REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXVIII - N. 135 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2017 - ISSN 1982-1506

NESTA EDIÇÃO:

- **A inconstitucionalidade das alterações na pensão por morte (decorrente das modificações promovidas pela Lei nº 13.135/2015 no art. 77 da Lei nº 8.213/1991)**
  MARCUS ORIONE
- **A possibilidade de uma pessoa acusada em processo penal dispensar o seu interrogatório judicial durante a audiência designada para a sua realização**
  JOSÉ RENATO RODRIGUES
- **A Resolução nº 15/2017 do Senado Federal, um caso de manipulação inconstitucional**
  MOISÉS ANDERSON COSTA RODRIGUES DA SILVA
- **"Reformar para excluir": consequências do aumento do tempo de contribuição nas principais modalidades de aposentadoria do RGPS**
  JÚLIA LENZI SILVA



- **Os dois filósofos da Escola de Atenas**
  RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Nery Júnior

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXVIII	n. 135	p. 1-515	out./dez. 2017

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Nery Júnior

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

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

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

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

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

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 01/12/2017.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA - Presidente
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA - Presidente
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE - Presidente
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA - Presidente
JOHONSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO - Presidente
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO
GISELLE FRANÇA - Juíza Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI - Presidente
DAVID DANTAS

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN - Presidente
ANA PEZARINI

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES - Presidente
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

A inconstitucionalidade das alterações na pensão por morte (decorrente das modificações promovidas pela Lei nº 13.135/2015 no art. 77 da Lei nº 8.213/1991)
Marcus Orione *15*

A possibilidade de uma pessoa acusada em processo penal dispensar o seu interrogatório judicial durante a audiência designada para a sua realização
José Renato Rodrigues *27*

A Resolução nº 15/2017 do Senado Federal, um caso de manipulação inconstitucional
Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva 41

Os dois filósofos da Escola de Atenas
Ricardo de Castro Nascimento *51*

"Reformar para excluir": consequências do aumento do tempo de contribuição nas principais modalidades de aposentadoria do RGPS
Júlia Lenzi Silva *65*

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Licitação. Pregão eletrônico. Rejeição da proposta da licitante. Recurso administrativo apreciado pelo pregoeiro. Impossibilidade.
Ap 0002962-63.2007.4.03.6100
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 81

Servidor público inativo. Gratificações de desempenho individual percebidas pelos servidores ativos. Extensão aos aposentados e pensionistas. Paridade. Possibilidade. Caráter geral do benefício. Súmula vinculante nº 20, STF. Necessidade de regulamentação. Norma de natureza geral e linear. Perda do caráter "pro labore faciendo".
Ap 0002673-38.2009.4.03.6108
Desembargador Federal Wilson Zauhy 85

Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo. Microempresa cuja atividade básica é higiene e o embelezamento de animais domésticos. Registro no conselho profissional. Contratação de responsável técnico. Desnecessidade. Nulidade do auto de multa decorrente.
Ap 0003507-71.2015.4.03.6127
Desembargador Federal Antonio Cedenho 99

Mandado de Segurança. Cédula de identidade de estrangeiro. Regularização migratória. Isenção de taxas. Hipossuficiência comprovada. Razões humanitários. Atos necessários ao exercício da cidadania.
Ap 0014729-20.2015.4.03.6100
Desembargador Federal Nelton dos Santos 105

Mandado de Segurança. Especialização. Obstetrícia. Registro no Conselho Regional de Enfermagem - COREN/SP. Resolução nº 479/2015/COFEN. Possibilidade.
ReeNec 0014207-56.2016.4.03.6100
Desembargador Federal André Nabarrete 109

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Prejuízo ao erário. Indícios de atos ímprobos. Indisponibilidade de bens. Proibição de contratação com o poder público e exercício de cargos públicos.
AI 0002191-03.2017.4.03.0000
Juíza Federal Convocada Denise Avelar 113

Suspensão de Liminar. Decisão que determinou o cumprimento de medida liminar de fornecimento de medicamento sob pena de bloqueio de receitas do município de Campo Grande. Portadora de amiotrofia espinhal progressiva tipo II. Uso contínuo do medicamento importado Spinraza (Nusinersen), necessário para bloquear a degeneração neural. Medicamento aprovado recentemente pela ANVISA, pendente a regulação quanto ao preço a ser vendido no país. Preço arbitrado pelo laboratório de altíssimo custo.
SLAT 5020456-65.2017.4.03.0000
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 123

DIREITO CIVIL

Ação de reintegração de posse. Invasão de imóvel inserido no programa de arrendamento residencial - PAR. Esbulho possessório configurado.
Ap 0014845-60.2014.4.03.6100
Desembargador Federal Souza Ribeiro 131

DIREITO CONSTITUCIONAL

Lei municipal. Segurança dos munícipes quando da utilização de caixas eletrônicos. Interesse local. Competência municipal.
Ap 0002779-71.2007.4.03.6107
Desembargadora Federal Marli Ferreira 139

DIREITO EMPRESARIAL

Ação anulatória de registro de marca. Utilização da águia bicéfala como signo distintivo da marca Cavalera. Validade. Pedido julgado improcedente.
Ap 0005375-78.2009.4.03.6100
Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....145

DIREITO PENAL

"Estelionato judicial". Crime tipificado no artigo 171, § 3º, c/c artigo 14, II, do CP. Atipicidade não configurada. Cerceamento de defesa. Não configurado. Materialidade e autoria comprovadas.
Ap. 0002510-33.2005.4.03.6000
Desembargador Federal Valdeci dos Santos.....155

Lavagem de capitais. Lei nº 9.613/1998. Materialidade. Autoria. Dolo. Comprovação. Crime antecedente. Ocorrência. Origem lícita do bem não demonstrada. Erro de proibição. Inaplicabilidade.
Ap. 0008230-44.2006.4.03.6000
Desembargador Federal Maurício Kato.....163

Peculato-furto. Materialidade e autoria comprovadas. Funcionária da CEF. Saque fraudulento de contas do FGTS. Pena redimensionada.
Ap. 0008307-87.2009.4.03.6181
Desembargador Federal Nino Toldo 171

Corrupção passiva. Crime formal. Materialidade. Autoria. Comprovação. Avaliador do Ministério da Educação. Solicitação de valores para instruir instituição superior na interposição de recurso administrativo contra o relatório por ele próprio elaborado.
Ap. 0010135-24.2010.4.03.6104
Desembargador Federal André Nekatschalow 187

Tráfico internacional de armas. Dosimetria. Valor do dia-multa e prestação pecuniária reduzidos.
Ap. 0002767-57.2016.4.03.6005
Juíza Federal Convocada Giselle França 195

Dano contra CEF. Artigo 163, III, do CP. Decisão de rejeição da denúncia reformada. Inaplicabilidade do princípio da insignificância.
RSE 0007375-86.2016.4.03.6106
Desembargador Federal Paulo Fontes 200

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria por tempo de contribuição. Motorista autônomo. Comprovação das condições especiais.
ApReeNec 0004163-70.2010.4.03.6105
Desembargador Federal Paulo Domingues 207

Aposentadoria por invalidez. Requisitos preenchidos. Contexto socioeconômico. Histórico laboral. Improvável reabilitação profissional. Súmula 47 do TNU. Precedente do STJ.
ApReeNec 0039135-87.2011.4.03.9999
Desembargador Federal Carlos Delgado 214

Pensão por morte. Indígena. Documentos emitidos pela FUNAI. Validade. Óbito, qualidade de segurado e dependência econômica comprovados. Requisitos preenchidos. Benefício devido. Termo inicial. Autora absolutamente incapaz. DIB fixada na data do óbito.
ApReeNec 0001057-38.2012.4.03.6006
Desembargador Federal Nelson Porfírio 221

Revisão do benefício. Falta de interesse de agir. Nulidade da sentença. "extra petita". Renda mensal inicial. Inclusão de verbas trabalhistas. Salários-de-contribuição no período básico de cálculo. Possibilidade. Prescrição quinquenal. Juros de mora e correção monetária.
Ap 0038675-66.2012.4.03.9999
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 227

Ação Rescisória. Erro de fato. Artigo 485, IX, CPC/1973. Tempo de serviço rural contado em duplicidade a período comum. Procedência da ação. Aposentadoria proporcional mantida. Retificação da data de início do benefício.
AR 0028942-95.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Luiz Stefanini 234

Incidente de juízo de retratação. Artigo 1.040, II, do CPC/2015. Benefício assistencial. LOAS. Deficiente mental. Exclusão do valor de um salário mínimo recebido pelo genitor a título de benefício previdenciário para cômputo da renda mensal do requerente. Reforma do julgado.
AI 0018152-18.2016.4.03.0000
Desembargador Federal David Dantas 238

Benefício assistencial de prestação continuada. Incapacidade parcial. Doenças. Ausência de tratamento. Hipossuficiência não demonstrada. Família.
ApReeNec 0031110-12.2016.4.03.9999
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 243

Auxílio-doença / aposentadoria por invalidez / benefício assistencial. Sentença anulada para realização em caráter excepcional, de perícia médica por especialista na área de psiquiatria. Apelação da parte autora provida. Determinado a remessa dos autos ao juízo de origem.
Ap 0017108-03.2017.4.03.9999
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 253

Pensão por morte. Requisitos não preenchidos. Ex-esposa/companheira sem comprovação de dependência econômica. Benefício não concedido.
Ap 0022518-42.2017.4.03.9999
Desembargador Federal Toru Yamamoto *256*

Aposentadoria por idade. Rural. Prova documental e testemunhal insuficientes. Requisitos não satisfeitos. Período de carência não cumprido.
Ap 0023818-39.2017.4.03.9999
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 259

Pensão por morte. Qualidade de segurado. O falecido se encontrava no período de graça. União estável por mais de dois anos. Início de prova material corroborado por testemunhas. Contribuições vertidas pelo segurado por dezoito meses. Lei nº 13.135/2015. Idade de 38 anos da companheira. Caráter temporário da pensão.
Ap 0025704-73.2017.4.03.9999
Desembargador Federal Gilberto Jordan 264

Aposentadoria por invalidez ou auxílio doença. Qualidade de segurado. Preenchimento dos requisitos legais. Reabilitação profissional. Realização de perícias periódicas.
Ap 0026363-82.2017.4.03.9999
Desembargador Federal Newton De Lucca 269

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Embargos de Declaração. Execução de Sentença. Precatório. Saldo remanescente. Juros de mora. Entendimento do e. STF. Repercussão geral. Juízo de retratação.
Ap 0425391-12.1981.4.03.6183
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 279

Agravo Interno. Decisão da Vice-Presidência. Negativa de seguimento a Recurso Excepcional. Correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior. Impossibilidade de rediscussão do acórdão paradigma. Execução Fiscal. Prescrição da pretensão executória.
Ag Ap 0014338-36.2004.4.03.6105
Desembargador Federal Mairan Maia 281

Embargos Infringentes. Embargos à Execução Fiscal. Eficácia obstativa da decisão do STF. Nulidade inocorrente. RFFSA. IPTU. Imunidade a partir de 22 de janeiro de 2007.
EI 0001678-31.2008.4.03.6182
Desembargador Federal Fábio Prieto 287

Embargos à Execução. Atualização de precatórios. EC nº 62/2009. Declaração de inconstitucionalidade. Modulação dos efeitos pela Suprema Corte. Juros de mora. Termo final na data do pagamento. Coisa julgada. Fiel cumprimento do título executivo.
Ap 0010883-06.2013.4.03.9999
Desembargador Federal Baptista Pereira 308

Execução contra a Fazenda Pública. Embargos à Execução. Fixação de honorários advocatícios. Princípio da causalidade. Reconhecimento do pedido. Fixação do valor da Execução nos termos propostos na inicial da ação de Embargos à Execução.
Ap 0000827-04.2015.4.03.6131
Desembargadora Federal Marisa Santos.....312

Decisão de acolhimento de impugnação à justiça gratuita. Declaração de pobreza. Presunção relativa. Situação econômica da parte a desautorizar a concessão da benesse. Afastamento da multa fixada.
AI 0018089-90.2016.4.03.0000
Desembargadora Federal Ana Pezarini.....318

Conflito de competência. Implantação de Vara Federal com jurisdição sobre o município em que domiciliada a parte executada posteriormente à redistribuição da ação na fase de cumprimento de sentença a pedido do exequente. Princípio da "perpetuatio jurisdictionis".
CC 0020053-21.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Peixoto Junior 327

DIREITO PROCESSUAL PENAL

"Habeas Corpus". Questão de ordem. Pedido de extensão. Deferimento. Identidade de caracteres objetivos. Artigo 580 do CPP. Concedida de ofício extensão quanto a terceiros.
HC 0014358-23.2015.4.03.0000
Desembargador Federal José Lunardelli..... 335

DIREITO TRIBUTÁRIO

Agravo Legal em Apelação Cível. Ação Ordinária. Contribuição. SEBRAE.
Ag ApReeNec 0012870-91.2000.4.03.6100
Desembargador Federal Marcelo Saraiva..... 349

Creditamento PIS/COFINS. Não-cumulatividade. Encargos depreciação/amortização. Artigo 31 da Lei nº 10.865/2004. Revogação. Impossibilidade.
ApReeNec 0017656-66.2009.4.03.6100
Desembargadora Federal Mônica Nobre 356

Embargos à Execução Fiscal. Preço público pelo direito de uso de radiofrequência – PPDUR. Taxa de fiscalização de instalação – TFI. Lei nº 9.472/1997. Autorização. Cobrança.
Ap 0000125-75.2012.4.03.6127
Desembargador Federal Nery Júnior..... 370

Embargos à Execução Fiscal. Contribuição ao FUNRURAL. Período de 03/97 a 01/98. Leis nºs 8.540/1992 e 9.528/1997. Inconstitucionalidade. EC nº 20/1998. Sentença reformada.
AP 0007665-96.2015.4.03.9999
Desembargador Federal Hélio Nogueira 376

Mandado de Segurança. IRPF. Limitações às deduções com despesas de instrução. Constitucionalidade, segundo a jurisprudência do STF, que suplanta o quanto foi decidido em Arguição de Inconstitucionalidade acolhida pelo Órgão Especial deste Tribunal.
ApReeNec 0000616-43.2016.4.03.6127
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 385

Agravo Interno. Mandado de Segurança. ISS. Inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS. Repercussão Geral. RE 574.706/PR.
Ag ApReeNec 0019330-35.2016.4.03.6100
Desembargadora Federal Diva Malerbi 388

SENTENÇAS

Ação Civil Pública. Edificação em área de preservação permanente. Usina Hidrelétrica de Jaguara. Obrigação de fazer. Demolição, plantio de mudas nativas e reparação de dano ambiental.
0001457-56.2011.4.03.6113
Juiz Federal João Carlos Cabrelon de Oliveira..... 393

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Procurador Seccional da Fazenda Nacional. Irregularidades em procedimentos de adjudicação em Execuções Fiscais ao arrepio da Lei de Responsabilidade Fiscal.
0005285-38.2012.4.03.6109
Juiz Federal Fernando Cezar Carrusca Vieira 405

Ação Ordinária. Caixa Econômica Federal. Portador de tetraplegia. Concurso público. Reprovação em exame médico admissional. Aprovação em concurso similar no Banco do Brasil. Indenização por perda de chance pelo autor e por danos morais.
0007401-39.2015.4.03.6100
Juiz Federal Heraldo Garcia Vitta 444

Ação Penal. Crime de estelionato. Exigência de dedicação exclusiva às atividades acadêmicas para percepção de bolsa da CAPES. Prestação de serviços ao DAEE concomitantemente à fruição de bolsa.
0009649-15.2015.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 453

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Ex-prefeito e ex-vice-prefeito. Merenda escolar. Recursos do FNDE. Danos ao erário.
0000041-23.2016.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 461

Ação Penal. Lei nº 9.613/1998 (art. 1º). Ocultação da propriedade de veículos adquiridos com produto de tráfico internacional de entorpecentes.
0001096-87.2016.4.03.6105
Juíza Federal Valdirene Ribeiro de Souza Falcão 477

Pleito de fornecimento de medicamento de alto custo. Distrofia Muscular de Duchenne. Doença rara, grave e progressiva, capaz de causar morte. Ataluren. Medicamento que não possui registro na ANVISA, rejeitado pela Comissão de Incorporação de Tecnologia do Ministério da Saúde.
0005534-35.2016.4.03.6113
Juíza Federal Fabíola Queiroz 493

SÚMULAS

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO 509

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO 513



Artigos Doutrinários

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

A inconstitucionalidade das alterações na pensão por morte (decorrente das modificações promovidas pela Lei nº 13.135/2015 no artigo 77 da Lei nº 8.213/1991)



Marcus Orione
Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

I) Uma advertência necessária

Não pretendemos, aqui, fazer uma análise do tema a partir do referencial teórico a que estamos nos dedicando mais recentemente e que se insere nos marcos da crítica marxista do Direito em geral e dos direitos sociais em particular.

Chamamos atenção, portanto, para as advertências feitas no artigo *A legalização da classe trabalhadora – uma leitura a partir do recorte da luta de classes*, escrito em obra comemorativa dos 40 anos da ANAMATRA.[1] Ali, estabelecemos em que perspectiva deve atuar o jurista marxista em matéria de direitos fundamentais dos trabalhadores, atuação sempre tímida em relação à leitura de classe que envolve a crítica marxista do Direito.

Assim sendo, para que se esteja atento às armadilhas contidas em qualquer texto positivista, como o presente, convidamos o leitor à necessária leitura do mencionado artigo. Nessa linha, quando falarmos em igualdade, por exemplo, não estaremos realizando a crítica marxista, mas admitindo, para fins de uma análise meramente positivista, os pressupostos que deveriam minimamente ser respeitados em uma democracia liberal.

Fizemos essa concessão de leitura positivista a que procederemos em vista da necessidade da busca, no campo limitado e específico do Direito, do afastamento de uma das disposições que reputamos mais prejudiciais, nos últimos anos, aos trabalhadores individualmente considerados – no caso a coletividade dos segurados. Não se trata, portanto, de uma análise de classe, intrínseca à crítica marxista.

1 ORIONE, Marcus. A legalização da classe trabalhadora – uma leitura a partir do recorte da luta de classes. *In*: ARIANO, Silvana Abramo; FELICIANO, Guilherme Guimarães; GRILLO, Sayonara; SANTOS, José Aparecido dos (Orgs.). *Direito do trabalho*: releitura, resistência. São Paulo: LTr, 2017, p. 139-154.

II. Sobre o tema



Partindo dessa análise exclusivamente positivista, como é de conhecimento vulgar, encontra-se assentado na jurisprudência dos tribunais superiores que a pensão por morte é regida pela legislação do instante do óbito do segurado. Ainda que se discorde dessa premissa, não há como afastá-la, em vista de se tratar de remansoso entendimento jurisprudencial.

Por conseguinte, diante de óbitos posteriores ao advento da Lei nº 13.135/2015, há que se considerar as importantes (e restritivas) alterações que promoveu no artigo 77 da Lei nº 8.213/1991, com destaque para a disposição abaixo:

> Artigo 77.
> [...]
> § 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:
> [...]
> V - para cônjuge ou companheiro:
> a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas "b" e "c";
> b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado;
> c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:
> 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
> 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
> 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
> 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
> 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
> 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.
> [...]

Como veremos a seguir, os requisitos exigidos pelo parágrafo 2º do artigo 77 da nova legislação não resistem a uma análise constitucional mais acurada.

No entanto, para que possamos proceder à verificação da constitucionalidade das disposições anteriores, urge que façamos uma tabela comparativa da mudança legislativa, a saber:

<table>
<tr><th colspan="3">Direito à pensão por morte do cônjuge ou companheiro(a):</th></tr>
<tr><td>Lei nº 8.213/1991</td><td>MP nº 664/2014, de 30/12/2014,
Art. 74, § 2º</td><td>Lei nº 13.135/2015, de 17/06/2015</td></tr>
<tr><td>Comprovar o casamento ou a união na data do óbito.</td><td>O cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício da pensão por morte se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da data do óbito do instituidor do benefício, salvo nos casos em que:</td><td>Comprovar o casamento ou a união na data do óbito.</td></tr>
<tr><th colspan="3">Do prazo de recebimento do benefício pelo cônjuge ou companheiro(a):</th></tr>
<tr><td>Lei nº 8.213/1991</td><td>MP nº 664/2014, de 30/12/2014,
art. 77, § 5º</td><td>Lei nº 13.135/2015, de 17/06/2015,
art. 77, V, "b" e "c":</td></tr>
<tr><td>Vitalício</td><td>O tempo de duração da pensão por morte devida ao cônjuge, companheiro ou companheira, inclusive na hipótese de que trata o § 2º do art. 76, será calculado de acordo com sua expectativa de sobrevida no momento do óbito do instituidor segurado, conforme tabela abaixo:
<table>
<tr><th>Expectativa de sobrevida à idade x do cônjuge, companheiro ou companheira, em anos (E(x))</th><th>Duração do benefício de pensão por morte
(em anos)</th></tr>
<tr><td>55 < E(x)</td><td>3</td></tr>
<tr><td>50 < E(x) ≤ 55</td><td>6</td></tr>
<tr><td>45 < E(x) ≤ 50</td><td>9</td></tr>
<tr><td>40 < E(x) ≤ 45</td><td>12</td></tr>
<tr><td>35 < E(x) ≤ 40</td><td>15</td></tr>
<tr><td>E(x) ≤ 35</td><td>vitalícia</td></tr>
</table></td><td>b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado;
c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável;
1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade
2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade
6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade</td></tr>
</table>

Há que se ressaltar, por fim, o disposto no artigo 5º da Lei nº 13.135/2015, segundo o qual "os atos praticados com base em dispositivos da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, serão revistos e adaptados ao disposto nesta Lei".

Feitas essas observações preliminares, constata-se que a delimitação de tempo de duração da pensão (que passaria a ser provisória, observadas as faixas etárias) bem como a necessidade de um lapso prévio de contribuição ou de existência do casamento

ou de união estável, constantes das disposições legais destacadas, não resistem a uma análise constitucional mais minuciosa. Vejamos.

O ato de interpretar, a partir da Constituição, implica a adequação do ordenamento jurídico aos princípios constitucionais e, no plano dos direitos humanos, até mesmo a postulados supranacionais do Direito. Aqui estamos, obviamente, diante de terreno extremamente fértil à investigação, pois nos remete à questão dos princípios constitucionais e da elaboração de um sistema normativo, em especial um sistema normativo voltado para os direitos sociais e, em particular, para a segurança social.

Passemos, portanto, a discorrer de forma mais minuciosa a respeito dessa metodologia a ser perseguida para a compreensão diária do direito da segurança social.

Na verdade, parte-se de uma constatação óbvia de que a Constituição rege o sistema. A leitura, dessarte, deve ser a partir da Constituição e não a partir dos atos normativos infraconstitucionais ou mesmo dos atos administrativos que, aparentemente, possuem efeito normativo. Estamos a afirmar que, em especial em matéria previdenciária, não é possível ceder à primeira tentação de dizer o direito apenas a partir daquilo que dizem as instruções normativas, as portarias e os demais atos administrativos. Em direito de segurança social, especialmente previdência e saúde, há uma proliferação enorme de atos administrativos, o que é compreensível, na medida em que essas duas áreas de atuação do Direito estão ligadas essencialmente ao Direito Administrativo.

Neste contexto, temos que a administração pública, regendo situações envolvendo previdência e saúde, normalmente edita portarias, instruções normativas e ordens de serviço. É claro que a primeira tentação do Poder, enquanto detentor de certas prerrogativas, é, por meio de atos administrativos, limitar, cercear a liberdade individual e, também, a liberdade social. Certo é que, dentro de um contexto maior, se fizéssemos uma dicção do sistema apenas a partir desses atos de natureza administrativa, teríamos sérios problemas na construção do Direito. Por isso, sugere-se que façamos a leitura a partir da Constituição.

Aqui, obviamente, há que se adiantar o seguinte: o sistema de segurança social é um sistema que se encontra, a partir de 1988, originariamente em sede constitucional. A segurança social passou a ser segurança normativa e, mais, segurança normativo-constitucional. Obviamente, o melhor ambiente para o estudo de um conceito de segurança social é o âmbito da Constituição. Portanto, deve-se partir do pressuposto da necessidade da análise dos *termos constitucionais* e dos princípios constitucionais.

Os termos constitucionais seriam aqueles que estão na Constituição e que, por meio do ato interpretativo, emergem do sistema. Os princípios são elementos indispensáveis para a própria construção do conceito. Logo, a leitura sugere uma conjugação dos princípios que informam o termo constitucional. Em algumas oportunidades, tendo em vista que estamos diante de regras constitucionais, ainda aqui será possível o recurso aos princípios, não para afastar o caráter explícito da regra, mas para reafirmar o seu conteúdo ou aumentar a sua efetividade.

Ora, se existe um termo como previdência em matéria constitucional, ou mesmo saúde, é da Constituição que emergirão os conceitos inerentes aos sistemas de previdência e de saúde. Esses conceitos, por sua vez, somente serão revelados na medida em que constatarmos quais os princípios fundantes da previdência ou de saúde em dado modelo de Estado. É óbvio que, dentro desse contexto, estamos buscando a unidade política por meio dos princípios e essa unidade política somente encontra conforto na própria Constituição, que é o pacto maior, o pacto que a ser preservado, o pacto sob o qual convivemos. *Sugerimos uma interpretação em que a descoberta*

do termo constitucional se faz por meio de um modelo de interpretação constitucional.

Nesse sentido, existem vários exemplos. No caso de uma pensão de uma filha que vive com um médico rico e que tem uma mãe pobre. Essa filha sustenta a mãe. Morrendo a filha, subsiste o direito à pensão. Essa pensão, se usarmos o artigo 16, I, combinado com o seu parágrafo 1º, da Lei nº 8.213/1991, iria para o marido. No entanto, o marido é rico, e a mãe, que poderia postular esta pensão também, é pobre. Num contexto de mera legalidade decorrente da combinação das disposições legais supra, teríamos uma solução propensa ao marido. Só que essa solução perverte o conceito de previdência e o conceito de dependência previstos no artigo 201 da Constituição Federal. Não há dependência do marido, a dependente é a mãe. Então na verdade, há que se possibilitar, no mínimo e em vista da própria redação do artigo 201 e do conceito de dependência, a divisão do valor do benefício. A solução não é "*contra legem*", a despeito da redação do artigo 16 da Lei nº 8.213/1991, já que se preserva o princípio constitucional. Diante do fato concreto, temos a ideia de que quem deve ser contemplado com essa pensão é a própria mãe, mesmo porque, se lermos o artigo constitucional, há uma possibilidade de que ela seja contemplada. O artigo 201 dá essa possibilidade.

Assim, na Lei nº 8.213/1991, teremos uma solução. Já, ao lermos a Constituição, teremos outra solução. Mas a Lei nº 8.213/1991 deixou de existir? Não, ela está lá, aquele é um patamar a partir do qual nos guiamos para grande parte das situações. Mas, na hipótese concreta, um cotejo dos princípios e da ideia de dignidade humana, sugeriria uma solução que, embora diferente do artigo ali exposto, do artigo 16, I, II, § 1º, na verdade assegura o conceito constitucional de segurança social. *Só é possível esse tipo de ilação, dentro de uma construção conceitual da Constituição: da ideia do termo, da busca do termo, da busca do que seja a segurança social.* Não é segurança social, certamente, o amparo ao marido rico. O amparo à mãe, nesse caso, está dentro da própria ideia de previdência, da própria noção de pensão, do próprio conceito constitucional de pensão, que está ligado à ideia de dependência.

APLIQUEMOS ESSA MESMA DINÂMICA DE INTERPRETAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 77, § 2º, DA LEI Nº 8.213/1991, E A SOLUÇÃO IMPLICARÁ O SEU IMEDIATO AFASTAMENTO, COM A PRESERVAÇÃO DAS PENSÕES DE FORMA VITÁLICIA E SEM QUALQUER REQUISITO PRÉVIO DE PAGAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES POR PARTE DO SEGURADO OU DE DETERMINADO LAPSO DE EXISTÊNCIA DO CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL.

As hipóteses acima afrontam diretamente o que a Constituição pretende por pensão por morte como elemento componente de um sistema de segurança social. Ora, quando a Constituição indica a expressão "nos termos da lei", não deseja permitir jamais que exista redução no seu conceito posto constitucionalmente.

Na forma do artigo 201, V, da Constituição, cônjuges e companheiros são dependentes necessários, que sequer precisam demonstrar dependência (o que deflui da simples leitura dessa disposição, que fala em concessão do benefício pensão por morte, nos termos da lei, ao cônjuge ou ao companheiro *e* dependentes). Da literalidade, pelo uso da expressão "e", houve uma nítida diferenciação constitucional entre as figuras do cônjuge ou companheiro, que não se confundem com aqueles que são dependentes do segurado no instante do falecimento. Assim, o artigo 16 da Lei de Benefícios deveria, necessariamente, observar a literalidade da Constituição e não tratar de maneira diversa o que ali vem previsto – concebendo cônjuge e companheiro como se fossem dependentes, o que, no entanto, apenas viria mitigado pelo fato de que a "dependência" ali prevista decorreria de presunção absoluta.

Logo, nos casos de casamento e união estável, estamos diante de hipótese constitu-

cional em que a pensão deverá se dar imediatamente, não havendo como se impor limites temporais relativos ao casamento ou à união estável ou de qualquer outra natureza. Não há sentido constitucional, portanto, em se conceber o benefício apenas após alguns anos de casamento ou concubinato ou de contribuição do segurado.

Da mesma forma, pressupondo uma dependência, não há consistência em vincular a existência do benefício a certo lapso de tempo, segundo faixas etárias. Perceba-se ainda que, além de afrontar o conceito de segurança social, a introdução de requisitos prévios de duração de casamento e união estável conspira também contra os dispositivos constitucionais que regulam a família. Ora, a família constituída pelo casamento ou pela estabilidade da união estável é protegida como cerne das disposições constitucionais sobre o tema.

Dessa maneira, nada obsta que a lei verse sobre pensão, mas não pode fazê-lo de forma a modificar ou dificultar o acesso ao benefício consoante previsto, pelo poder constituinte originário, no texto constitucional.

Repetindo, se fizermos uma interpretação literal do artigo 201, V, da Constituição, a pensão é garantida ao cônjuge ou companheiro *e* dependentes. Há uma expressão aditiva que, mais do que tudo, indica que cônjuge e companheira sequer devem ser considerados, para fins da pensão por morte, como dependentes. Trata-se, na realidade, de espécies de beneficiários necessários, indicados constitucionalmente como tais, o que decorre imediatamente do matrimônio ou união estável, não podendo ser desfeito por disposição infraconstitucional que, partindo de um pressuposto equivocado (em todos os sentidos), de dependência, os coloca sob a proteção social somente após o cumprimento de certas exigências e apenas por certo lapso de tempo (observadas faixas etárias).

Frisando, não há sequer que se falar aqui em dependência, já que a Constituição distinguiu as coisas, mas sim de beneficiários legais necessários diante de um fato imediato (casamento ou união estável). Disso decorre que condição de cônjuge ou de companheiro somente é aferível até o instante da morte, não podendo ser delimitado posteriormente o período de percepção do benefício, com base em pressupostos equivocados de dependência. Veja-se que este é exatamente o exemplo "ótimo" de tudo que falamos anteriormente: há um termo constitucional, decorrente aqui não apenas da conjugação dos princípios de proteção do sistema de segurança social, mas de uma regra constitucional informada por tais princípios e que não pode ser alterada pela norma infraconstitucional, como ocorreu no caso dos autos.

O cônjuge e o companheiro, na medida em que são beneficiários, sempre, da pensão por morte, não podem ser analisados a partir da noção de dependência. Assim, presumir-se que, até certa faixa etária, o cônjuge terá, por exemplo, mais facilidade de deixar de ser dependente, uma vez que, quanto mais jovem, mais fácil a sua absorção pelo mercado, conspira contra a própria literalidade do texto constitucional, já que não estamos diante de caso de dependência como exaustivamente mencionado. Portanto, essa presunção legal não resiste à análise do conceito constitucional de pensão por morte para cônjuges e companheiros.

Da mesma forma, requerer, para certas hipóteses, algum tempo de contribuição ou de casamento ou de união estável não tem sentido à luz do texto constitucional. Veja-se que, no caso da união estável, para fins de Direito de Família, a própria jurisprudência afastou qualquer necessidade de tempo de duração da união para fins de seu reconhecimento. Se isto se deu em relação ao Direito de Família, a partir do que diz a Constituição na parte específica, com muito mais razão há que se determinar o seu afastamento para fins de Direito Previdenciário, em que o princípio da solidariedade demanda maior cobertura da proteção social.



Diante de tudo que foi exposto, justifica-se que não se peça qualquer prova da dependência econômica de cônjuges e companheiros – aliás, a presunção absoluta de dependência, construída jurisprudencialmente, corrobora essa tese. Já nas demais hipóteses elencadas a partir do inciso II do artigo 16 da Lei nº 8.213/1991 devem demonstrar a sua dependência. Por outro lado, se a própria lei trabalhou com uma dependência presumida – jurisprudencialmente presumida de forma absoluta – para os filhos, tanto melhor, já que esse entendimento se encontra em consonância com os objetivos do sistema de segurança social (conclusão a que se chega pela interpretação teleológica).

Os cônjuges são necessariamente beneficiários de pensões, por razões inclusive de natureza histórica, posto que, na gênese do instituto, são aqueles para quem a pensão sempre foi destinada (interpretação histórica). No entanto, em relação às demais classes, a lei poderia até criar presunções (em especial se mais favoráveis). O que a lei não pode fazer é diminuir a dimensão constitucional do conceito de dependente ou criar restrições para a percepção do benefício pelo cônjuge ou companheiro. Caso contrário, estaríamos conspirando contra o conceito (o termo) constitucional. Portanto, a expressão "nos termos da lei" do artigo 201 da Constituição deve ser lida com cuidado, visto que essa não pode dispor de forma a infirmar o próprio texto da Constituição.

Por fim, ressalte-se o retrocesso histórico, decorrente das disposições aqui consideradas inconstitucionais, já que estamos retornando ao modelo previdenciário dos anos 60/80, de antes das conquistas da Constituição de 1988, que veio exatamente para retirar do sistema os desvios que possuía, atingindo a proteção social. Frise-se: um modelo previdenciário distorcido quanto à proteção do segurado, típico do Brasil dos tempos da ditadura militar, em que tanto direitos e liberdades individuais como direitos e liberdades sociais eram amplamente desconsiderados. Constate-se que a Constituição de 1988 consertou um desacerto teórico da legislação previdenciária anterior à sua edição.

Ainda que se considerasse, a nosso ver, incorretamente à luz mesmo da literalidade do texto constante do artigo 201, V, da Constituição, que esposa e companheiro sejam dependentes, a solução dada pelo novel artigo 77, § 2º, da Lei de Benefícios, não resistiria à análise de outro aspecto concernente a sua constitucionalidade.

A dependência decorrente da morte não poderia existir por certo lapso, mas deflui da própria ideia de que o dependente será, desde a morte, coberto pela hipótese constitucional, mantendo-se nessa condição enquanto durar a situação de dependência (o máximo que se admitiria, ainda de forma excepcional, seria a derrocada dessa presunção por meio de exaustiva prova produzida pela entidade seguradora social).

Veja-se que, além disso, não há qualquer fator constitucional de diferenciação que permita a subsistência da provisoriedade da pensão por conta de certas faixas etárias ou imposição de elementos prévios

relativos ao casamento ou união estável, como promovido pelo malfadado artigo 77, § 2º, da Lei de Benefícios, com a sua nova redação. Ora, o simples fato de se tratar de uma pessoa jovem ou mais idosa, com mais ou menos tempo de convivência com o segurado falecido, não é elemento que autoriza quaisquer distinções a partir de referenciais constitucionais. Aliás, nas hipóteses previstas em lei, parte-se de dados exteriores à própria pessoa, ou de uma presunção forjada em fatos de que a pessoa mais jovem irá obter emprego com mais facilidade do que a outra mais idosa (no entanto, mesmo se atentarmos para tal dado de natureza meramente econômica, o critério etário é extremamente perigoso, na medida em que o acesso ao mercado de trabalho está cada vez mais restritivo, dependendo muito mais da qualificação do que do fator idade).

A redação dada ao artigo 77, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 (admitindo-se, é claro, a noção de dependência) é completamente incongruente com a finalidade do benefício e com a contingência por ele atendida, atingindo o próprio princípio da isonomia e, também nesse caso, o próprio conceito constitucional de dependente.

A limitação imposta jamais poderia se dirigir ao tempo de existência da pensão por morte, já que o destinatário da norma é o dependente, cuja matriz conceitual se encontra na Constituição. A contingência atinge, para fins previdenciários, diretamente a situação de dependência – na qual se fica privado da fonte de subsistência, que era o trabalho do segurado antes do seu falecimento. Portanto, ao considerar a dependência circunscrita a certa durabilidade, para fins de limitação na concessão do benefício, a nova disposição teria conspirado contra a própria finalidade constitucional do instituto e, consequentemente, também contra o conceito constitucional de dependência.

Veja-se, ainda, que tal limitação introduz critérios como tempo de casamento, tempo de contribuição do segurado e idades distintas dos beneficiários, para fins de concessão ou duração do benefício, que não traduzem fatores de discrímen constitucionais suficientes a autorizar distinções entre os dependentes.

Defende Konrad Hesse que "o princípio da igualdade proíbe uma regulamentação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente".[2] Por outro lado, é necessário ter em mente que "os conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações".[3]

Em contrapartida, como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello, "é agredida a igualdade quando fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão do benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto".[4]

No caso em apreço, os fatores elencados residem em elementos externos às pessoas que seriam contempladas com o direito (tempo de casamento, contribuição do segurado e idade do dependente), que não traduzem qualquer razão para a distinção realizada, se considerarmos a Constituição.

Além de atingida, com a alteração normativa, a contingência prevista constitucionalmente (a dependência), ter-se-ia afrontado o próprio princípio da isonomia (artigo 5º da Constituição Federal), já que houve distinção

2 HESSE, Konrad *apud* BECKAUSEN, Marcelo Veiga; LEIVAS, Paulo Gilberto Congo. Eficácia dos direitos fundamentais – direito à igualdade: ação civil pública proposta com objetivo de equiparar, para fins previdenciários, as relações heterossexuais às homossexuais. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, maio 2000, p. 17.

3 FAGUNDES, Seabra *apud* SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

insuficiente e inadequada para o atendimento dos propósitos constitucionais de previdência social.

Em face das colocações anteriores, devem-se ter sempre em mente as sempre sábias palavras de Konrad Hesse, segundo as quais:

> (...) não é, portanto, em tempos tranqüilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas (...) A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em cada eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca.[5]

Dessarte, ainda que haja necessidade de acomodação dos valores inicialmente dispostos à realidade, não há como se desejar que a Constituição seja revista sempre, no ato de interpretação e mesmo de atuação de poder constituinte (ainda que derivado), para modificá-la pelo sabor contingencial de fatos econômicos. Aliás, pensar de forma diversa implica a consagração da perda da própria força normativa da Constituição e o fim da análise constitucional em si, centrada no vetor de interpretação dicotômico dignidade da pessoa humana/democracia. Em matéria de direitos sociais – em especial os trabalhistas e os previdenciários – isto fica bem nítido. Não é qualquer dificuldade orçamentária ou econômica que deve representar a diminuição dos direitos sociais, sob pena de se enfraquecer os princípios da dignidade humana e da democracia liberal.

Assim, se há necessidade de constante reafirmação do pacto constitucional instituído originariamente, esse exercício é ainda mais intenso quando se fala em direitos sociais, em vista da própria mobilidade das contingências sociojurídicas que os envolvem. A dinâmica e prática dos direitos sociais estão a corroborar a necessidade de que esses sejam reafirmados sempre dentro da parte do direito constitucional que é ciência normativa, sem esquecer, no entanto, aquele cadinho de ciência da realidade. Não obstante, ainda ali e acima de tudo aqui, não há como se viabilizar que incertezas econômicas e financeiras alterem o pacto originariamente firmado de defesa dos direitos sociais – caso contrário, jamais será possível a consolidação de uma teoria e prática dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Logo, entende-se que, no concernente aos direitos sociais – em especial direitos trabalhistas e da seguridade social, que são os grandes direitos sociais insculpidos nas modernas Constituições –, deva existir, de forma ainda mais acentuada, uma postura do ordenamento jurídico de concretização democrática, em especial a partir da harmonia de ambos os contextos normativos (o constitucional e o infraconstitucional). A razão é nítida: é na efetividade da promoção dos direitos sociais que um dos maiores desejos da democracia – o de igualdade – se concretiza de maneira plena. Do mesmo modo, somente assim os objetivos inscritos constitucionalmente nesse modelo de Estado alcançarão a sua plenitude.

5 HESSE, Konrad *apud* BECKAUSEN, Marcelo Veiga; LEIVAS, Paulo Gilberto Congo. Eficácia dos direitos fundamentais – direito à igualdade: ação civil pública proposta com objetivo de equiparar, para fins previdenciários, as relações heterossexuais às homossexuais. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, maio 2000, p. 25.

Devem, em razão disso, ser afastadas as disposições inconstitucionais constantes da nova redação do artigo 77, § 2º, da Lei nº 8.213/1991. Dessa forma, a pensão por morte deverá ser concedida sem a imposição de tais limitações inconstitucionais, observadas as demais regras que se encontram intangíveis no ordenamento jurídico. Logo, qualquer sentença, inclusive as de primeira instância em controle difuso de constitucionalidade, pode afastar, por inconstitucionalidade, as novas disposições introduzidas no artigo 77, § 2º, da Lei de Benefícios, fazendo constar que as pensões por morte serão concedidas sem qualquer limitação temporal para a sua duração, portanto, em respeito à Constituição da República Federativa do Brasil, sendo sempre vitalícias.

Referências bibliográficas

BECKAUSEN, Marcelo Veiga; LEIVAS, Paulo Gilberto Congo. Eficácia dos direitos fundamentais – direito à igualdade: ação civil pública proposta com objetivo de equiparar, para fins previdenciários, as relações heterossexuais às homossexuais. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, maio 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ORIONE, Marcus. A legalização da classe trabalhadora – uma leitura a partir do recorte da luta de classes. *In*: ARIANO, Silvana Abramo; FELICIANO, Guilherme Guimarães; GRILLO, Sayonara; SANTOS, José Aparecido dos (Orgs.). *Direito do trabalho*: releitura, resistência. São Paulo: LTr, 2017, p. 139-154.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Revista do TRF3 - Ano XXVIII - n. 135 - Out./Dez. 2017

A possibilidade de uma pessoa acusada em processo penal dispensar o seu interrogatório judicial durante a audiência designada para a sua realização[1]

José Renato Rodrigues
Juiz Federal – Ponta Porã/MS. Graduado e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) – Bauru/SP.

RESUMO: Tratamos do interrogatório de uma pessoa acusada em processo penal, trazendo, de forma objetiva, sua definição e a controvérsia acerca de sua natureza jurídica, para depois sustentarmos a possibilidade de dispensa, pela própria pessoa acusada, de sua realização, estando ela presente ou ausente em audiência, por ser o interrogatório judicial um essencial meio de autodefesa e à luz do direito constitucional ao silêncio.

PALAVRAS-CHAVE: Interrogatório judicial. Meio de defesa. Dispensa pela pessoa acusada. Não realização a critério da defesa. Direito ao silêncio. Autodefesa. Renunciável.

1 Por questão de justiça e lealdade, temos que registrar o nosso agradecimento ao Dr. Luiz Paulo Paciornik Schulman, Procurador da República, em virtude das contribuições que deu após ler este trabalho inacabado, inclusive com indicação de obra doutrinária e, principalmente, por ter sido, sem saber, um incentivador deste escrito. É que, durante uma das primeiras audiências, das muitas que já realizamos juntos na Subseção Judiciária de Ponta Porã/MS, informamos aos presentes da audiência criminal o nosso entendimento de ser o interrogatório judicial um meio de defesa e que, por isso, poderia referido ato ser dispensado a critério exclusivo da defesa, quando o culto o Procurador, após ser por nós instado, se manifestou dizendo que compartilhava do mesmo entendimento e que sempre "brigou" pela sua observância desde a época em que atuava como Defensor Público, sendo este o motivo pelo qual fizemos questão de pedir para que o excelente profissional opinasse, o que foi feito pronta e gentilmente, enriquecendo este nosso pequeno trabalho.

O interrogatório judicial de uma pessoa acusada em ação penal está disciplinado nos artigos 185 a 196 do Código de Processo Penal, podendo ser definido como:

> (...) ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação (...).[2]

A sua natureza jurídica é controvertida, havendo, basicamente, quatro correntes doutrinárias a respeito: (i) meio de prova; (ii) meio de defesa; (iii) meio de prova e de defesa e (iv) meio de defesa, primordialmente e, num segundo plano, meio de prova. De acordo com esta última posição, da qual compartilhamos,

> (...) o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo.[3]

Independentemente da divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do interrogatório judicial da pessoa acusada, acreditamos ser prevalecente o entendimento no sentido de que "(...) a autoridade estatal não pode dispor dele (...)".[4]

Por outro lado, parece majoritária a posição de que a pessoa acusada, como regra geral, não está obrigada a comparecer a todos os atos do processo, o que implica dizer que, se ela não comparecer à audiência designada para seu interrogatório, este não mais será realizado na respectiva ação penal e o processo seguirá sua marcha normal, atento ao contido no artigo 367 do Código de Processo Penal, *in verbis:*

> Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Defendendo a possibilidade de a pessoa acusada se ausentar à audiência com o intuito de não ser submetida ao interrogatório judicial, Aury Lopes Júnior desenvolve o seguinte raciocínio:

> Primeiro ponto: está o réu obrigado a comparecer a todos os atos do processo? Como regra, não. Apenas quando o dever de comparecimento for determinado na concessão da liberdade provisória, após a prisão em flagrante, nos termos do artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal. Outra hipótese de obrigação de comparecimento pode decorrer da incidência das medidas cautelares diversas, do artigo 319, I ou VIII ou da fiança do artigo 350 do CPP. Enfim, são todas situações em que o acusado foi preso em flagrante ou preventivamente e a liberdade é concedida mediante o dever de comparecer aos atos do processo.
> Fora desses casos, comparecer em juízo é uma faculdade, que atende aos interesses da defesa (pessoal e técnica), jamais um "dever" processual cujo descumprimento acarrete uma sanção. É claro que, excepcionalmente, o não comparecimento aliado a outros elementos concretos, pode justificar uma prisão preventiva

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 431.
3 *Ibidem*, p. 432.
4 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA



> nos termos do artigo 312 do CPP (garantia da aplicação da lei penal). Mas essa é uma situação pontual, grave e aliada a outros dados fáticos que demonstrem a existência de *periculum libertatis*.
> Do contrário, o simples não comparecimento do acusado na audiência não pode acarretar qualquer consequência negativa, por absoluta inexistência de um dever de comparecimento. Andou bem o legislador quando estabeleceu — na reforma de 2008 — o direito do acusado não comparecer ao plenário do júri. Deveria ter expressamente estendido essa previsão para todo e qualquer procedimento, para romper com a cultura inquisitória e autoritária vigente.[5]

Sintetizando esse pensamento de validade de ausência da pessoa acusada à audiência para não ser interrogada, segue a observação de Daniel Lima:

> (...) o não comparecimento do réu ao interrogatório como estratégia de defensiva é perfeitamente válido, e está em harmonia com o princípio da não autoincriminação, já que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, alinhando-se ainda ao direito de audiência e ao de presença, que podem ser exercidos de forma negativa.
> Isso possibilita que o réu fique ausente durante a audiência, não participando, portanto, do seu interrogatório, uma vez que a defesa pessoal ou autodefesa é renunciável: pode ou não ser exercitado, haja vista o direito ao silêncio.[6]

O problema a ser enfrentado, e é esse o objetivo central deste nosso trabalho, é quanto à obrigatoriedade, ou não, de o interrogatório ser realizado pelo juiz quando a pessoa acusada estiver presente na audiência e não desejar, a bem de sua defesa, ser interrogada.

Já adiantamos que o nosso entendimento é pela possibilidade de a pessoa acusada, ainda que presente na audiência, dispensar a sua realização sem que isso lhe cause quaisquer prejuízos.

Entretanto, acreditamos que a nossa opinião seja minoritária, na medida em que parece prevalecer a corrente que compartilha do entendimento de ser o interrogatório da pessoa acusada uma obrigação quando ela tiver comparecido à audiência criminal.

Tal posicionamento está bem retratado no recente e respeitável julgado que se segue:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. INTERROGATÓRIO DISPENSADO. RÉU PRESENTE NA AUDIÊNCIA. NULIDADE DECLARADA *EX OFFICIO*
> 1. O interrogatório, no sistema acusatório, é meio de defesa e, como tal, permite ao acusado exercer — se quiser — a autodefesa, dando a sua versão dos fatos; pode até confessar e obter disso um benefício na fixação da pena.
> 2. Conforme dispõe o art. 187 do Código de Processo Penal, o interrogatório é composto de duas partes, sendo a pri-

5 LOPES JÚNIOR, Aury. *De qualquer lado que se olhe, revelia é incompatível com o processo penal.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/limite-penal-revelia-incompativel-processo-penal>. Acesso em: 26 ago. 2017.

6 LIMA, Daniel. *O réu pode deixar de comparecer ao interrogatório judicial?* Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/reu-interrogatorio-judicial/>. Acesso em: 27 ago. 2017.

meira relativa a questões pessoais e, a segunda, à acusação.
3. No que diz respeito aos dados pessoais, o réu não tem o direito de silenciar-se, devendo responder a todas as questões que se refiram à sua pessoa. Pode silenciar quanto aos fatos, sem que esse silêncio importe em confissão ou implique prejuízo à sua defesa. Não pode, todavia, silenciar quanto aos seus dados pessoais.
4. Por essa razão, a recusa do acusado em dar a sua versão sobre os fatos não pode implicar na dispensa do interrogatório pelo juiz. Até porque os questionamentos de cunho pessoal constituem elementos importantes para a individualização da pena, em caso de eventual condenação. É o princípio da individualização da pena que deve ser estritamente observado pelo juízo sentenciante.
5. Considerando-se que não se realizou o interrogatório do acusado, embora estivesse presente na audiência, houve evidente violação a preceitos fundamentais de garantia do processo penal justo, quais sejam o devido processo legal e a ampla defesa, de modo que a nulidade é absoluta e deve ser decretada.
6. Declarada a nulidade do processo a partir do momento em que o juiz dispensou o acusado de ser interrogado, restando, em decorrência, prejudicada a análise dos recursos interpostos.[7]

Para uma melhor compreensão, transcrevemos parte do r. voto condutor deste v. acordão, *in verbis*:

(...)
A despeito dos argumentos expendidos, constato que o magistrado *a quo* não realizou o interrogatório do réu, tendo consignado no termo de audiência (fls. 119v):
"Em seguida, as partes foram informadas a respeito do entendimento do Juízo de ser o interrogatório um meio de defesa e, por isso, dispensável a critério da defesa, a qual optou por dispensar a sua realização sem oposição do MPF".
É preocupante essa afirmação, pois o interrogatório, a despeito de ser um meio importante de defesa (autodefesa), é também meio de prova. Nesse sentido, observe-se a lição de Eugênio Pacelli:
"Inicialmente concebido como um meio de prova, no qual o acusado era unicamente mais um objeto da prova, o interrogatório, na ordem atual, há de merecer nova leitura.
Que continue a ser uma espécie de prova, não há maiores problemas, até porque as demais espécies defensivas são também consideradas provas. Mas o fundamental, em uma concepção de processo via da qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa".
(Curso de processo penal. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 379/380)
O interrogatório, no sistema acusatório, é meio de defesa e, como tal, permite ao acusado exercer — se quiser — a autodefesa, dando a sua versão dos fatos; pode até confessar e obter disso um benefício na fixação da pena.
No entanto, precisa ser realizado, sob pena desse importante direito de defesa ser comprometido. Com efeito, dependendo de como o acusado e seu defensor são "informados" do entendimento do Juízo de ser o interrogatório dispensável, pode a defesa (acusado e defensor) ser induzida a acreditar que disso possa advir algum benefício, prejudicando — repito — a ampla defesa.
Não deve o juiz criar seu próprio código de procedimentos. Deve seguir a lei em todos os seus termos. Não se deve confundir direito ao silêncio com dispensa de interrogatório. Chama-me a atenção, ademais, que o próprio órgão do Ministério Público Federal presente

7 TRF da 3ª Região, Décima Primeira Turma, ACr 0004595-66.2013.4.03.6111, Relator Desembargador Federal Nino Toldo, j. 30/05/2017, DJe 06/06/2017.

à audiência tenha permitido que isso acontecesse, na medida em que lhe competia zelar pelo cumprimento da lei.
De outro lado, é importante lembrar que, conforme dispõe o art. 187 do Código de Processo Penal, o interrogatório é composto de duas partes, sendo a primeira relativa a questões pessoais e, a segunda, à acusação.
A prerrogativa de se calar, assegurada no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, refere-se ao mérito, à imputação propriamente dita, ou seja, à segunda parte do interrogatório.
No que diz respeito aos dados pessoais, o réu não tem o direito de silenciar-se, devendo responder a todas as questões que se refiram à sua pessoa. Pode silenciar quanto aos fatos, sem que esse silêncio importe em confissão ou implique prejuízo à sua defesa. Não pode, todavia, silenciar quanto aos seus dados pessoais.
Por essa razão, a recusa do acusado em dar a sua versão sobre os fatos não pode implicar na dispensa do interrogatório pelo juiz. Até porque — repito — os questionamentos de cunho pessoal constituem elementos importantes para a individualização da pena, em caso de eventual condenação. É o princípio da individualização da pena que deve ser estritamente observado pelo juízo sentenciante, o que não ocorreu no presente caso.
Portanto, no caso, considerando-se que não se realizou o interrogatório do acusado (...), embora estivesse presente na audiência, houve evidente violação a preceitos fundamentais de garantia do processo penal justo, quais sejam o devido processo legal e a ampla defesa, de modo que a nulidade é absoluta e deve ser decretada.
Assim sendo, DECLARO, DE OFÍCIO, A NULIDADE DO PROCESSO a partir do momento em que o juiz dispensou o acusado de ser interrogado, restando, em decorrência, prejudicada a análise dos recursos interpostos.
Os autos deverão retornar ao juízo de origem para que se proceda ao interrogatório do acusado, com nova oportunidade de alegações finais e, ao final, prolação de nova sentença, observando-se o devido processo legal.
(...)[8]

Como visto no julgado antes transcrito, o principal fundamento a exigir a realização do interrogatório é o direito ao silêncio abranger tão somente os fatos incriminadores (interrogatório de mérito), havendo a obrigatoriedade, portanto, da pessoa acusada em falar sobre sua pessoa (interrogatório de qualificação).

Qual a consequência se a pessoa acusada, interrogada, nada disser sobre a sua pessoa? Ou seja, silenciando ela também nessa parte do interrogatório, terá ela alguma sanção?

O processo judicial, como se sabe, é disciplinado pelo ordenamento jurídico, cabendo àqueles que nele intervém obedecer as normas que o regem, o que implica dizer que as partes devem arcar com algum ônus (sanção), também previsto na legislação, caso deixem de cumprir determinação legal e/ou judicial.

E, no caso, silenciando o acusado sobre a sua pessoa, a legislação não lhe imputa nenhuma sanção e, portanto, nada poderá fazer, legitimamente, o juiz, a não ser presenciar o silêncio da pessoa acusada. Com maior razão, "(...) do exercício do direito ao silêncio não se pode extrair também a configuração do delito de desacato ou desobediência".[9] A propósito, estas conclusões podem ser extraídas do seguinte julgado do E. Supremo Tribunal Federal:

> O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento

8 *Ibidem.*

9 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processual penal).* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 426.

> que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado.[10]

O direito ao silêncio está contido em nossa Constituição Federal de 1988 a qual prevê em seu artigo 5º que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (inciso LXIII).

Essa previsão constitucional guarda consonância com várias legislações internacionais de proteção aos direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos que preconiza, dentre outros, que toda pessoa acusada de um ato delituoso tem assegurada todas as garantias necessárias à sua defesa (art. 11, 1).

Na mesma esteira, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo nosso país em 25 de setembro de 1992, já prevê expressamente como garantia judicial mínima de toda pessoa o "direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;" (art. 8º, 2, "g").

É um direito fundamental de toda pessoa que decorre, no nosso entender, do sistema acusatório vigente e dos princípios da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/88)[11] e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88)[12], consistindo ele, direito ao silêncio, em

> (...) uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.[13]

Em primorosa obra, Maria Elizabeth Queijo nos ensina: "Literalmente, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir", sendo que tal princípio "(...) assegura ao acusado o direito de não se auto-incriminar (...)", não sendo, entretanto,

> (...) sinônimo do direito ao silêncio. Tal equivalência corresponde à adoção de conceito extremamente restrito do *nemo tenetur se detegere*. Atendendo à natureza de direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio apresenta-se como uma de suas diversas decorrências.[14]

Mais à frente, a aludida autora assevera:

> O direito ao silêncio, enumerado na Constituição Federal como direito de permanecer calado, é decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere* e coloca-se na esfera da autodefesa. Além disso, o silêncio pode representar também uma estratégia da defesa.
> (...) a recusa do acusado em colaborar na persecução penal não poderá ser interpretada desfavoravelmente a ele, em face

10 STF, Pleno, HC 79.812, Relator Ministro Celso de Mello, j. 08/11/2000, DJ 16/02/2001.

11 "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

12 "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;".

13 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 464.

14 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processual penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1, 4 e 69.

> do princípio da presunção de inocência. (...)
> O direito ao silêncio corresponde ao direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade. É o direito de calar, reconhecimento da liberdade moral do acusado (...) manifestação do direito à intimidade que, igualmente, é direito fundamental. Insere-se também entre as liberdades públicas, oponíveis ao Estado (...) Insere-se na construção de um processo ético, de respeito à liberdade e dignidade do ser humano.[15]

Importante frisar que o *caput* artigo 186 do Código de Processo Penal é claro ao anunciar que:

> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, *do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas*. (destacamos)

Embora o artigo seguinte (art. 187) assevere que "O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos", não há nenhuma previsão no Código de Processo Penal que excepcione a regra inserida na parte final do *caput* do artigo 186 que assegura expressamente ao acusado o direito de "(...) não responder perguntas que lhe forem formuladas".

Desta forma, fácil concluir que o direito ao silêncio, de acordo com a legislação processual penal vigente, abrange as duas partes do interrogatório. Na verdade, o Código de Processo Penal, em sua redação atual, dá a desejada concretude ao direito constitucional ao silêncio.

É lógico que o interrogatório pode ser útil à defesa da pessoa acusada, podendo ela, se interrogada, por exemplo, negar a acusação, apresentar sua versão sobre os fatos, questionar as provas já produzidas, acrescer algo que contribua à sua defesa e até confessar o delito com o intuito de se beneficiar da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP)[16], quando for verificado que o crime e sua participação delituosa, pelas demais provas já produzidas, já estiverem suficientemente demonstrados.

Entretanto, apesar de poder parecer inofensivo à pessoa acusada falar sobre os seus dados pessoais ("sobre a pessoa do acusado"), na verdade, de sua fala pode(m) ser extraída(s) prova(s) que a prejudique(m). Imaginemos, por exemplo, que nenhuma prova exista nos autos acerca de sua condição econômica. Neste caso, o juiz não terá elementos para, por exemplo, fixar, com segurança e justiça, o valor do dia-multa em patamar superior ao mínimo. Nesta situação, dizendo a pessoa acusada no interrogatório que tem bom salário, produzirá prova contra si e isto, fatalmente, vai implicar em fixação de um maior valor do dia-multa, prejudicando-a. Outra situação hipotética é a ausência de prova produzida que macule sua vida pregressa e, aí, havendo o interrogatório, a pessoa acusada acaba dizendo que já foi presa e/ou processada anteriormente, o que resulta na solicitação de outros documentos que servem para majorar sua pena, dado o afastamento, em virtude da prova que a pessoa acusada contra si produziu, da suposta primariedade e/ou bons antecedentes.

No nosso entender, o direito constitucional ao silêncio possui, repita-se, uma envergadura maior e, por isso, também pode ser exercido no que se refere à parte do interrogatório "sobre a pessoa do acusado".

No processo penal, a defesa abarca a defesa técnica e a autodefesa. A primeira é indisponível, irrenunciável e é exercida por advogado, que é o profissional legalmente

15 *Ibidem*, p. 75, 78, 190 e 194.

16 "Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;".

habilitado para tal mister. No que se refere à autodefesa:

> (...) cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos, a serem escrupulosamente observados: *o direito de audiência* e *o direito de presença*. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o *interrogatório*. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas.[17]

Ao optar a pessoa acusada por não ser submetida ao interrogatório judicial, está ela exercendo sua "autodefesa negativa".[18]

A autodefesa, que pode ser exercida pessoalmente pela pessoa acusada durante o seu interrogatório, é uma garantia que lhe é constitucionalmente assegurada. A sua ampla defesa, prevista na Constituição Federal (art. 5º, LV)[19], abarca, por óbvio, o seu direito de não exercer a sua autodefesa.

Dizendo de outro modo, a não realização do interrogatório pode ser exatamente a forma pela qual a pessoa exercitará sua autodefesa.

A autodefesa não pode ser imposta ao acusado e

> (...) é considerada renunciável por este. Mas essa renunciabilidade não significa sua dispensabilidade pelo juiz. De sorte que o cerceamento de autodefesa, mutilando a possibilidade de o acusado colaborar com seu defensor e com o juiz para a apresentação de considerações defensivas, pode redundar em sacrifício de toda a defesa.[20]

O E. Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

> (...) Ao réu é assegurado o exercício da autodefesa consistente em ser interrogado pelo juízo ou em invocar direito ao silêncio, bem como de poder acompanhar os atos da instrução criminal, além de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que este elabore as teses defensivas. (...)[21]

A acusação e o Judiciário não podem se imiscuir na estratégia defensiva e/ou sindicar a forma como ela vai ser exercida pela pessoa acusada, que sempre deve estar assistida por advogado por ela constituído ou nomeado pelo juiz.

O interrogatório deve ser espontâneo/voluntário, ou seja, é da pessoa acusada o livre arbítrio para decidir pela realização, ou não, de seu interrogatório judicial.

Isto pode ser decidido pela pessoa acusada após a sua necessária entrevista prévia com o seu defensor (§ 5º do art. 185 do CPP),[22] que pode acontecer até momentos antes do ato do interrogatório. Veja-se que:

> (...) o direito de entrevista prévia e reservada entre o réu e seu defensor está ligado ao interrogatório do acusado e não à audiência de instrução e

17 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

18 Expressão dita por LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 458.

19 "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;".

20 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72-73.

21 STF, HC 102.019, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 17/08/2010, DJe 21/10/2010.

22 "§ 5º. Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso".

> julgamento. A garantia possibilita ao réu que não possua advogado constituído conversar antecipadamente com o defensor nomeado, para que possa ser orientado sobre as consequências de suas declarações, de modo a não prejudicar sua defesa.[23]

Vale a pena acrescer que o acusado pode exercer o seu direito ao silêncio livremente, inclusive enquanto estiver sendo interrogado, pois:

> (...) não se poderia exigir dele que fizesse opção pelo direito ao silêncio, ou não, antes de conhecer as perguntas que seriam formuladas, exceto se se tratasse de estratégia defensiva previamente traçada.
> Desse modo, poderá o acusado não responder a nenhuma pergunta, como poderá responder a algumas delas e silenciar com relação a outras que entenda expô-lo a risco de auto-incriminação. Fica assim assegurada integralmente a sua liberdade de autodeterminação no interrogatório.[24]

Dada a sua importância e amplitude, o direito constitucional ao silêncio não deve ser apequenado para ser aplicado a somente uma parte do interrogatório judicial. Pode ele ser exercido da forma como bem entender qualquer cidadão que esteja sendo acusado judicialmente e devem as autoridades, principalmente as judiciais, assegurar o seu pleno exercício, sob pena de uma indevida violação de uma garantia constitucional (inciso LXIII do art. 5º da CF/88), repetida na legislação infraconstitucional (parte final do *caput* do art. 186 do CPP).

Não é demais consignar a seguinte lição de Aury Lopes Júnior:

No processo penal, não existe distribuição de cargas, pois o réu, ao ser (constitucionalmente) presumidamente inocente, não tem qualquer dever de atividade processual. Mais do que isso, da sua inércia nenhum prejuízo jurídico-processual pode brotar. Assim, toda carga está nas mãos do acusador.
Inclusive, em relação ao reconhecimento pessoal, fornecimento de material genético, padrões de escrita etc., como o imputado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, sua presença na audiência também não é obrigatória. Insisto, ele não é "objeto" de prova e não está obrigado a colaborar para que o acusador se liberte da sua carga probatória. E mais, a carga da prova é inteiramente do acusador e se ele se libertar de forma plena, é legítima a condenação. Se não o fizer, o critério pragmático de solução será a absolvição. Não incumbe ao juiz contribuir para que o Ministério Público se liberte de sua carga probatória e nem produza prova de ofício.
Infelizmente muitos atores judiciários ainda tratam o acusado — ainda que inconscientemente — como "objeto" do processo e "objeto" de prova, como alguém que está ali para sofrer uma punição processual, antes mesmo de se chegar na pena, e que deve se submeter a todo tipo de intervenção do poder estatal pacificamente. É fruto de mentalidades autoritárias que não veem o acusado como sujeito de direito, cuja presunção de inocência impõe o "dever de tratamento" de inocente. É gente que já considera o imputado como culpado a partir do recebimento da denúncia, tanto que o submete a "pena processual", ao tratamento de completa submissão ao ritual de poder, como se culpado o fosse. Ainda que não assumam, é assim que operam de forma inconsciente e quase automática. É manifestação de absoluta falta de respeito pelo réu como sujeito de direito.
Infelizmente muitos juízes não conseguem compreender uma regra básica da estrutura dialética do processo:

23 STF, Segunda Turma, HC 99.684, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 24/11/2009, DJe 10/12/2009.

24 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processual penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 204-205.

> condenar ou absolver são equivalente axiológicos para a Justiça. Ou seja, ele cumpre muito bem o seu papel e corresponde a todas as expectativas jurídicas criadas quando condena, mas também quando absolve. Sem falar que a presunção de inocência deve acarretar uma pré-ocupação mental do julgador e uma preocupação em efetivamente tratar o imputado como inocente. Logo, o acusado comparecer ou não na audiência é uma faculdade e estratégia da defesa, sem que se possa fazer qualquer juízo negativo de valor pelo legítimo exercício direito de defesa pessoal, positiva ou negativa. (...)[25]

Pertinente ainda, o sempre atual ensinamento do nosso guardião da Constituição Federal:

> (...) Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, entre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*). (...) A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a *persecutio criminis* nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional – além de não importar em confissão – jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa.[26]

A não realização do interrogatório judicial, a pedido da pessoa acusada, não pode ensejar, como consequência lógica da sua legítima dispensa, a sua condução coercitiva, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal.[27-28]

Também não há que se falar da ocorrência da nulidade prevista no artigo 564, III, "e", do Código de Processo Penal.[29] Ora, se a pessoa acusada desejou não ser interrogada como poderá, depois, invocar o reconhecimento de nulidade pela não realização do mesmo ato processual? Seria um contrassenso e prestigiaria, indevidamente, a sua própria torpeza.

25 LOPES JÚNIOR, Aury. *De qualquer lado que se olhe, revelia é incompatível com o processo penal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/limite-penal-revelia-incompativel-processo-penal>. Acesso em: 26 ago. 2017.

26 STF, Segunda Turma, HC 99.289, Relator Ministro Celso de Mello, j. 23/06/2009, DJe 03/08/2011.

27 "Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. Parágrafo único. O mandado conterá, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável".

28 Sobre a condução coercitiva, registramos que há controvérsia sobre a sua validade. Uma das correntes defende a impossibilidade de sua utilização por não estar prevista no ordenamento jurídico, por ser o interrogatório um meio de defesa, ter a pessoa acusada o direito ao silêncio e o de não produzir prova contra si. Neste ponto, vale a pena ressaltar que a constitucionalidade de tal medida será decidida, em breve, pelo plenário do E. Supremo Tribunal Federal nos autos das ADPFs nos 395 e 444, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Esclareça-se que a primeira já foi liberada pelo relator para julgamento em plenário e conta com parecer, favorável à sua adoção, do Procurador Geral da República.

29 "Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;".



Além disso, declarar a nulidade de ofício é suplantar a autodefesa negativa exercida, de forma legítima, pela pessoa acusada.

Ainda que nulidade houvesse, o que dizemos só para prosseguir no raciocínio, seria ela, no máximo, relativa. Corroborando este nosso ponto de vista, mais uma vez nos valemos de Guilherme de Souza Nucci, para quem:

> (...) é causa de nulidade relativa se o magistrado, estando o réu presente, deixar de lhe proporcionar a oportunidade para ser interrogado, o que não significa que ele deva comparecer ou mesmo responder às perguntas formuladas. Tem o acusado o direito ao silêncio, razão pela qual pode não querer ser interrogado. Apesar disso, deixar de designar data para a audiência onde o ato possa ser realizado provoca nulidade. Entretanto, segundo cremos e já afirmamos, é uma nulidade relativa. Atualmente, em função do direito de permanecer calado, pode a defesa manifestar que, a despeito de não ter sido designada data possibilitando a realização do interrogatório do acusado, não iria ele valer-se da oportunidade, desejando ficar em silêncio. Assim sendo, não houve prejuízo algum e não se necessita proclamar a nulidade (...).[30]

30 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1069.

Entendendo haver alguma nulidade, absoluta ou relativa, há que se provar o prejuízo ocorrido com a aludida ausência do interrogatório. É a regra contida no artigo 563 do Código de Processo Penal,[31] ressaltando que "Não há, no processo penal, nulidade ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu".[32]

Na obra que escreveu antes da Lei nº 10.792, de 01/12/2003, que deu a atual redação do artigo 186 do Código de Processo Penal, Maria Elizabeth Queijo já defendia que o interrogatório judicial somente deveria ser "realizado mediante requerimento da defesa (...) quando o acusado pretendesse responder às indagações formuladas ou a algumas delas (...)".[33]

O professor e desembargador Guilherme de Souza Nucci assim critica a obrigatoriedade do interrogatório judicial:

> (...) cremos ser viável que o interrogatório deixe de ser ato processual obrigatório, isto é, durante a instrução, em audiência, convocar-se o réu para ficar diante do juiz, mesmo sabendo que ele tem direito ao silêncio e pode não querer dizer nada. Por que gerar, então, a posição constrangedora de ficar face a face com o magistrado, invocando a pretensão de se manter calado? Consequência disso é que alguns juízes continuam extraindo conclusões negativas para a defesa do réu. O ideal seria o interrogatório como ato facultativo, a realizar-se a critério da defesa, quando o réu estivesse devidamente identificado e não necessitasse ser qualificado diante do juiz (...).[34]

31 "Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

32 STF, Segunda Turma, HC 82.899, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 02/06/2009, DJe 25/06/2009.

33 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processual penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 239 e 427.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 435.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que diante do direito constitucional ao silêncio "(...) o réu pode permanecer absolutamente inerte, comparecer *ou não* aos interrogatórios, responder ou não, sem que essa conduta lhe prejudique a defesa (...)".[35]

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima também defende a facultatividade do interrogatório judicial:

> (...) A nosso ver, como o interrogatório é a concretização do direito de audiência, desdobramento da autodefesa, é óbvio que o juiz deve assegurar ao acusado a possibilidade de ser ouvido, sob pena de nulidade absoluta.
> Porém, como o acusado pode se valer do direito ao silêncio, dúvida não há quanto à possibilidade de o acusado abrir mão do seu direito de tentar formar a convicção do magistrado. Afinal de contas, diversamente da defesa técnica, que é irrenunciável (CPP, art. 261), o acusado pode optar pelo não exercício do seu direito de audiência (autodefesa) (...)[36]

Em conclusão, podemos afirmar que no processo penal democrático brasileiro[37] a pessoa acusada, embora possa, não precisa se ausentar da audiência para exercer um legítimo direito de autodefesa, pois mesmo que esteja presente em audiência, pode ela, independentemente do entendimento da acusação e/ou do juiz, desistir, validamente, da realização de seu interrogatório. Vamos além, pois "sendo o direito ao silêncio decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*, todos aqueles que possam auto-incriminar-se por meio de declarações prestadas perante autoridade têm o direito de calar".[38]

35 TJ/SP, Sétima Câmara de Férias de Janeiro de 2010, Ap. 286.117-3, Relator Desembargador Celso Limongi, j. 12/01/2000, destacamos.

36 LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 594.

37 "Não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate". NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 28.

38 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processual penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197.

Bibliografia

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Daniel. *O réu pode deixar de comparecer ao interrogatório judicial?* Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/reu-interrogatorio-judicial/>. Acesso em: 27 ago. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *De qualquer lado que se olhe, revelia é incompatível com o processo penal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/limite-penal-revelia-incompativel-processo-penal>. Acesso em: 26 ago. 2017.

_____ . *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____ . *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processual penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

A Resolução nº 15/2017 do Senado Federal, um caso de manipulação inconstitucional

Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva
Juiz Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul. Foi Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

RESUMO: O poder senatorial de suspender a eficácia de atos normativos não é ilimitado. Havendo alteração do entendimento da Corte constitucional, o Senado Federal não pode suspender a validade de normas, devendo deflagrar o processo legislativo para atingir o fim almejado. O ato que suspendeu artigos que autorizam a cobrança do FUNRURAL não é válido porque demandaria observar o regular processo legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução nº 15/2017. Manipulação.

ABSTRACT: The senatorial power to suspend the effectiveness of normative acts is not unlimited. If there is a change in the understanding of the Constitutional Court, the Federal Senate cannot suspend the validity of norms, and should trigger the legislative process to achieve the desired end. The act that suspended articles that authorize the collection of FUNRURAL is not valid because it would require observing the regular legislative process.

KEYWORDS: Resolution nº 15/2017. Manipulation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A questão do FUNRURAL. 3. O papel da Resolução Senatorial no controle difuso de constitucionalidade. 4. As manipulações do texto constitucional. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução.

Almeja-se com este ensaio demonstrar a inconstitucionalidade da edição da Resolução nº 15/2017 do Senado Federal a qual, a pretexto de espraiar os efeitos de uma antiga decisão do Supremo Tribunal Federal, vulnerou o papel daquela casa no controle de constitucionalidade, exercido na via difusa.

A Constituição é o vértice do ordenamento jurídico nacional, gerindo condutas e espraiando valores no regramento da vida.

A arte nos revela este valor quando assistimos à película cinematográfica estadunidense "Ponte de Espiões", e nos deparamos com a frase:

> Você é descendente de alemães e eu de irlandeses. Sabe o que faz de nós, americanos? Só uma coisa: uma, uma, uma — o livro de regras. Chamamos a isso de Constituição. Concordamos com as regras e é isso que nos faz americanos [...].

E é este livro de regras que deve ser respeitado por todos na vida privada e, principalmente, pelo Estado na relação com seus cidadãos e com seus próprios órgãos.

> O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos a Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.1

Com isso afirmamos que o equilíbrio constitucional pressupõe a aplicação soberana do seu texto por todos os atores da vida estatal.

> O defeito de uma Constituição escrita é estabelecer cláusulas pétreas que, quando se tornam inconvenientes, a alteração torna-se difícil; porque muitas vezes é arquitetada sobre princípios técnicos verbalmente criticáveis, e não à luz dos grandes princípios; e não menos vezes tende a invadir o domínio da legislação ordinária, em vez de restringir-se a regras fundamentais, e por isso a estimular desmoralizadoras exorbitâncias. Mas como a Constituição escrita é uma necessidade na América, os perigos são insignificantes em comparação aos seus inestimáveis benefícios.2

Como valor fundamental supremo, a Constituição se impõe como regra independentemente da anuência dos demais atores estatais e agentes privados, legitimando as normas a ela inferiores hierarquicamente, sejam elas emanadas pelo próprio Estado, sejam elas permitidas pelo ordenamento, celebradas pelos particulares em sua normatização privada.

> Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.

2 COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2002, p. 34.

> supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar — controle incidental de constitucionalidade — ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle principal ou por ação direta).[3]

Contudo, não testemunhamos isso na data de 13 de setembro de 2017, pois o Senado Federal suspendeu a execução dos dispositivos que autorizavam a contribuição previdenciária do produtor rural pessoa física sobre a receita da comercialização da produção, FUNRURAL.

Diz o aludido texto:

> Art. 1º. É suspensa, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução do inciso VII do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e a execução do art. 1º da Lei nº 8.540, de 22 de dezembro de 1992, que deu nova redação ao art. 12, inciso V, ao art. 25, incisos I e II, e ao art. 30, inciso IV, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, todos com a redação atualizada até a Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, declarados inconstitucionais por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 363.852.[4]

O presente ensaio visa demonstrar o uso indevido da Resolução Senatorial para suspender a eficácia de dispositivos legais que foram referendados pela mais alta Corte do país, quando não mais poderia fazê-lo.



2. A questão do FUNRURAL.

Instituiu-se a contribuição previdenciária rural em apreço pela Lei nº 8.540/1992 que, em seu artigo 1º, deu nova redação aos artigos 25 e 30 da Lei nº 8.212/1991.

Originariamente, o artigo 25 da Lei nº 8.212/1991 previu, sem ambiguidades, a incidência de contribuição sobre a comercialização da produção rural, embora submetesse somente o segurado especial à exigência.

Com a Lei nº 8.540/1992, definiram-se como contribuintes o empregador rural pessoa física e o segurado especial; já o artigo 30, ao mesmo tempo, impôs ao adquirente/consignatário/cooperativas o dever de proceder à retenção do tributo.

Entretanto, o STF, no Recurso Extraordinário nº 363.852/MG, entendeu que a alteração introduzida pelo artigo 1º da Lei nº 8.540/1992 violou o § 4º do artigo 195

3 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 371-372.

4 Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=17763129>. Acesso em: 17 out. 2017.

da Constituição, porque aquela previu nova fonte de custeio da Previdência Social sem a observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto.

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO - VIOLÊNCIA À CONSTITUIÇÃO - ANÁLISE - CONCLUSÃO. Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adota entendimento quanto à matéria de fundo do extraordinário, a conclusão a que chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina - José Carlos Barbosa Moreira -, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento.
> CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS - PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS - SUB-ROGAÇÃO - LEI Nº 8.212/91 - ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL - PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - UNICIDADE DE INCIDÊNCIA - EXCEÇÕES - COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PRECEDENTE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais, pessoas naturais, prevista nos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Aplicação de leis no tempo - considerações.[5]

A Emenda Constitucional nº 20/1998, em seu artigo 195, adicionou o vocábulo "receita" na alínea "b" do inciso I. Com isso, aceitou-se o instrumento da lei ordinária para dispor acerca da contribuição do empregador rural pessoa física incidente sobre a receita/faturamento.

Editou-se a Lei nº 10.256/2001, reescrevendo o artigo 25 da Lei nº 8.212/1991, suprindo a exigência constitucional:

> Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de:
> I - 2% (dois por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;
> II - 0,1% (um décimo por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

Em razão disso, o próprio STF, instado a se manifestar novamente, sobre a matéria, reconheceu a constitucionalidade da matéria nos seguintes termos:

> É constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção.
> Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário em que se discutia a constitucionalidade do art. 25 da Lei 8.212/1991, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 10.256/2001, que reintroduziu, após a Emenda Constitucional 20/1998, a contribuição a ser recolhida pelo empregador rural pessoa física sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, mantendo a alíquota e a base de cálculo instituídas por leis ordinárias declaradas inconstitucionais em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal (STF).
> O Colegiado observou que a Lei 9.528/1997 incluiu no "caput" do art. 25 da Lei 8.212/1991 a contribuição do empregador rural pessoa física, cuja base de cálculo é a receita bruta proveniente

5 STF, Pleno, RE 363.852/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 03/02/2010, DJe 22/04/2010.

da comercialização da produção. Como a receita bruta não figurava no elenco do art. 195, I, da Constituição Federal (CF) como uma base de cálculo possível para a incidência de contribuições sociais, o STF, em dois precedentes, concluiu pela inconstitucionalidade do emprego dessa base de cálculo, a qual somente poderia ser instituída por lei complementar, nos termos do art. 195, § 4º, da CF.

Entretanto, com a Emenda Constitucional 20/1998, que incluiu a receita ao lado do faturamento como uma materialidade passível de ser tributada para fins de financiamento da seguridade social (CF, art. 195, I), passou a ser possível a instituição de contribuição patronal do empregador rural pessoa física com base na receita bruta proveniente da comercialização da produção. Assim, a Lei 10.256/2001 reincluiu a figura do empregador rural pessoa física na disciplina já existente e em vigor para o segurado especial — produtor rural que não tem empregados.

A Corte ressaltou que a norma impugnada, ao incluir um novo sujeito passivo no dispositivo de uma lei que já existia e já definia claramente os elementos do fato gerador, a base de cálculo e a alíquota, violou o princípio da legalidade.

Ademais, ao dar tratamento diferenciado para o produtor rural, o empregador rural pessoa física e o empregador urbano pessoa física, a lei em questão não ofendeu o princípio da isonomia, pois, se assim fosse, em nenhuma hipótese seria possível desonerar a folha de salários como política tributária.

Vencidos os ministros Edson Fachin (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso.

Pontuavam que o art. 1º da Lei 10.256/2001, ao recolocar o empregador rural pessoa física na condição de contribuinte do tributo, sem dispor expressamente sobre os demais elementos da regra-matriz de incidência tributária, de modo a aproveitar do binômio base de cálculo/fato gerador e da alíquota já prevista para a figura do segurado especial, teria vulnerado a CF.

Não seria possível conceber técnica legislativa que permitisse o aproveitamento das alíquotas e bases de cálculo de contribuição social com inconstitucionalidade reconhecida pelo STF.

Consignavam que a Emenda Constitucional 20/1998 em nada teria alterado essa conclusão, pois inviável reputar a validade de uma norma legal anteriormente considerada inconstitucional, em decorrência de uma alteração formal da CF.

Além disso, haveria inconstitucionalidade material da norma impugnada também por patente violação ao princípio da isonomia, em virtude de injustificado tratamento diferenciado conferido aos empregadores pessoa física, a depender da ambiência do labor, se urbano ou rural.

Frisavam que também procederia a afirmação de que o empregador rural pessoa física seria duplamente tributado, em razão da incidência simultânea de contribuições sociais, o que atrairia a vedação ao "bis in idem".[6]

Esta é a história judiciária da contribuição do FUNRURAL.

3. O papel da Resolução Senatorial no controle difuso de constitucionalidade.

A Resolução Senatorial é um ato político, discricionário, ampliativo da decisão declaratória de inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do qual a eficácia de uma lei é sustada.

É certo que o controle difuso de constitucionalidade é exercido por todos os juízes e tribunais do país. Todavia, em nome da segurança jurídica, desde 1934, previu-se o

6 STF, Pleno, RE 718.874/RS, Relator Originário Ministro Edson Fachin, Relator para o Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, j. 30/03/2017, DJe 26/09/2017, Informativo STF n. 859, de 27 a 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo859.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

aludido instrumento como forma de expandir a decisão do Pretório Excelso para todos, suspendendo a norma tida por ele como inconstitucional.

> Funções do Senado (...)
> É de sua competência privativa o suspender a execução de leis e decretos no todo ou em parte julgados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo (art. 52, X). Essa competência lhe foi atribuída pela Constituição de 1934 (art. 91) e é sem símile. Por ela, o Senado tinha o caráter de órgão de coordenação entre Legislativo e Judiciário, dificilmente conciliável na Constituição atual com o seu caráter de integrante do Congresso. Exercendo essa função, cumpre o Senado relevante papel para o estabelecimento de segurança nas relações jurídicas que, por não estarem no Brasil os juízes vinculados à interpretação das leis dadas pelos tribunais superiores, pode ser sempre ameaçada pela teimosia de magistrados isolados.
> Note-se que no desempenho dessa função o Senado não pode apreciar o mérito da decisão, ou, em outras palavras, se há ou não a inconstitucionalidade identificada. Só lhe cabe verificar se os requisitos formais da decisão foram observados.[7]

Como ato discricionário, não está o Senado obrigado a adotar a decisão do Supremo Tribunal, mas o fazendo não pode retroceder, reavivando a norma.

Registre-se que a doutrina não fixa prazo para o exercício pelo Senado do poder de editar a resolução suspensiva. Entretanto, por razão lógica, defendemos que somente poderá fazê-lo até eventual mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

> Caberia indagar se o Supremo Tribunal Federal poderia vir a reconhecer a constitucionalidade de lei anteriormente declarada inconstitucional, mesmo após a regular comunicação ao Senado. Considerando o lapso de tempo decorrido entre a comunicação e o novo julgado, a resposta poderá ser afirmativa. Assim como o Senado não está obrigado a suspender imediatamente o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nada obsta a que o Tribunal reveja a orientação anteriormente firmada. Neste caso, a suspensão superveniente não deverá produzir consequência juridicamente relevante. [8]

4. As manipulações do texto constitucional.

A doutrina nos introduz o conceito de manipulações do texto constitucional, as quais podem ser constitucionais e inconstitucionais.

> Manipulação constitucional é o expediente por meio do qual os órgãos do Poder Público – Executivo, Legislativo e Judiciário – fazem as normas constitucionais funcionarem, pondo-as em movimento, a fim de concretizarem as liberdades civis, as franquias e os direitos assegurados na Carta Maior.
> O parâmetro para se empreenderem as manipulações constitucionais é o bom senso, indispensável nas sociedades de massa, que abrigam formas de convívio social bastante complexas e diversificadas. A busca por resultados melhores e pela felicidade exigem de todos os membros dos Poderes do Estado, e não apenas dos juízes, o dever de atuarem como instrumentos de efetividade das constituições.
> Nesse contexto, surge a importância das manipulações constitucionais, que

7 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 151.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1244.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA



> podem evitar erros, equívocos e injustiças.[9]

Um bom exemplo disso se dá no controle concentrado de constitucionalidade quando o Supremo Tribunal posterga a eficácia de sua decisão a fim de não aplicar o dogma da nulidade da norma, e não destruir situações jurídicas legítimas criadas no seio da norma afastada.

Percebe-se que o agente no caso não viola o texto, somente o adequa à realidade, cumprindo sua finalidade institucional.

Diversamente:

> Manipulação inconstitucional é o desrespeito às normas constitucionais, que passam a ser usadas para servir, ardilosamente, a interesses vis. O intérprete, em vez de servir a constituição, serve-se dela, mediante manobra ou engodo da lei suprema, fazendo passar "gato por lebre constitucional" (Néstor Pedro Sagüés).[10]

Em tal modalidade de modulação, há um desvirtuamento da aplicação do texto constitucional, deturpando-o, malferindo-o ao ponto de haver uma fissura em seu espírito.

> Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.
> Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição "deve ser honestamente preservado, mesmo que para isso tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado e mormente ao Estado democrático". Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não será mais recuperado.[11]

Foi o que ocorreu na edição da referida Resolução Senatorial porque o Senado da República, ciente da alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal, ressuscitou um julgado que não mais espelhava a orientação predominante na Corte.

Em sua justificativa, o projeto da Resolução, iniciado em 19/04/2017, entende que o

9 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 427.
10 *Ibidem*, p. 428.
11 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 33.

Supremo Tribunal Federal julgara inconstitucionais os dispositivos nele mencionados quando nos RE nº 363.852/MG, em 03 de fevereiro de 2010, reiterando entendimento no RE nº 596.177/RS.

Entretanto, em 30/03/2017, o próprio STF mudara o entendimento, reconhecendo a constitucionalidade da contribuição na forma da Lei nº 10.256/2001. Ou seja, menos de vinte dias após a decisão soberana da mais Excelsa Corte do país, buscou-se reviver um entendimento ultrapassado.

Percebe-se que o artigo 52, X, da Constituição Federal não autoriza ao Senado que edite Resoluções suspensivas em relação à lei não declarada inconstitucional pelo Supremo.

Não há atribuição de tal poder a um órgão do Poder Legislativo, revogando uma lei válida, sem passar novamente pelo devido processo legislativo, com a participação da Câmara dos Deputados e a possibilidade do veto presidencial.

Ultrajou-se o princípio do bicameralismo, pois a Câmara dos Deputados se viu tolhida de integrar a análise da matéria, a qual foi discutida e a aprovada de forma singela, no seio da Comissão de Constituição e Justiça, sem sequer ser analisada pelo Plenário da aludida casa.

> Assim, diz-se que no Brasil vigora o bicameralismo federativo no âmbito federal. Ou seja, o Poder Legislativo no Brasil, em âmbito federal, é bicameral, ou seja, composto por duas casas: a Câmara dos Deputados e Senado Federal, a primeira composta por representantes do povo e a segunda representando os Estados-Membros e o Distrito Federal, adjetivando, assim, o nosso bicameralismo, que é do tipo federativo, como visto.
> Pelo exposto, outra não poderia ser a redação do art. 44 da CF/88 que diz: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal".[12]

Se o Senado desejasse anistiar ou remitir a contribuição ou mesmo revogá-la, que obedecesse aos trâmites legais e constitucionais do Processo Legislativo, e editasse lei específica para tal desiderato, na forma do § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, mas não editando uma norma que não tivesse nenhuma base constitucional.

> Com sua nova redação, o art. 150, § 6º, da CF impôs às pessoas políticas uma exigência sobremodo importante e oportuna: qualquer vantagem fiscal ("subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão") só será válida se objeto de "lei específica" da pessoa política, isto é, que "regule exclusivamente" tal matéria. Daí podermos falar em princípio da especificidade e exclusividade das leis tributárias benéficas.
> Portanto, nenhum benefício fiscal pode ser disciplinado em lei voltada a outros temas. Graças à determinação constitucional, evita-se que emendas capciosas induzam parlamentares menos avisados a aprovar, sem que o percebam, favores fiscais que nada têm a ver com o assunto central do ato normativo que estiver em votação. [13]

5. Conclusão.

> (...) Mas onde, como na América, a legislatura age em virtude de uma autoridade delegada, limitada pela própria Constituição, e o Poder Judiciário tem força para declarar a legitimidade de uma lei, uma disposição inconstitucional forçosamente decairá quando como tal for reconhecida pelos tribunais a cujo exame for submetida. Semelhante

12 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 219-220.

13 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 863.

> disposição rigorosamente não é uma lei, porque não estabelece regra alguma; é meramente uma fútil tentativa para estabelecer uma lei.[14]

O respeito à Constituição é uma tarefa diária, vivenciada nos pequenos gestos, devendo ser observada por todos os particulares e, principalmente, pelos agentes do Estado.

Quem detém competência para editar atos que interfiram na ordem jurídica precisa exercitá-la com muita parcimônia para não evadir do campo autorizado pela ordem constitucional.

A atribuição do texto constitucional de o Senado ampliar a eficácia da decisão da Corte no controle difuso de constitucionalidade não é ilimitada, sendo um poder discricionário exercitável até a mudança do entendimento desta.

Vê-se que a Resolução Senatorial nº 15/2017 é um flagrante desrespeito à autoridade da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, uma violação ao sistema bicameral legislativo brasileiro e à regra que exige a edição de lei específica para instituir anistia ou remissão em matéria de tributos.

A referida Resolução figura como uma equivocada engenharia legislativa para alcançar um fim que não poderia ser atingido sem percorrer o democrático processo legislativo, com a participação da Câmara dos Deputados e do Presidente da República, apta a afastar uma obrigação tributária regularmente constituída.

Portanto, a dita norma é um exemplo típico de manipulação indevida do texto constitucional, devendo sua inconstitucionalidade ser declarada.

14 COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2002, p. 34.

6. Referências.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

Os dois filósofos da Escola de Atenas



Ricardo de Castro Nascimento
Juiz Federal. Mestre e Doutor em Direito. Professor do Instituto de Direito Público de São Paulo – IDP/SP.

O Afresco no Vaticano

Na sala de trabalho do Papa Júlio II (1443-1513), atualmente uma das mais visitadas do Vaticano, encontra-se o afresco *Stanza della Segnatura*, a Escola de Atenas, pintado, em 1510, pelo pintor renascentista italiano Rafael Sanzio (1483-1520). Um dos mais poderosos papas da Igreja Católica poderia ter escolhido uma cena bíblica para sua sala de trabalho na busca da inspiração na tomada de decisões, mas optou pela Grécia clássica, mais precisamente pela filosofia grega.

Composta com singular simetria e equilíbrio, a Escola de Atenas é um grande exemplo de como o Renascimento concebia a vida intelectual da Grécia antiga. Em meio às construções em perspectiva de Atenas, os filósofos gregos mais representativos são retratados em uma disposição que prima pela harmonia e equilíbrio. Ao centro, sobressaem as figuras de Platão (426-347 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.). Parecem debater. Platão, o

mais velho, aponta a mão direita para cima, ao passo que Aristóteles aponta para frente e para baixo. Tais gestos sintetizam a clássica discordância entre os dois filósofos. "Platão tem os olhos voltados para o céu, o pretenso céu das ideias, Aristóteles olha a terra e reabilita a experiência sensível".[1] Os gestos denotam diferentes concepções de verdade.

A oposição entre as visões dos dois filósofos permeia a própria história da filosofia até hoje, especialmente a filosofia política. Em qualquer debate político, por mais simples que seja, sempre assistimos à contraposição entre uma visão mais idealista de como deveria ser a política e uma mais realista que busca soluções com base em como as instituições funcionam de fato e não como deveriam funcionar.

Platão e a República

O mundo apreendido pelos sentidos, para Platão, é mera aparência de verdade ou uma percepção limitada do mundo, como as sombras projetadas na parede da alegoria da caverna,[2] narrada em *A República*. A verdade reside no mundo das ideias de difícil percepção pelos sentidos. Nem sempre é possível suportar a verdade. É como a luz muito forte que ofusca a nossa visão, notadamente quando se está acostumado a viver no escuro da caverna com a ilusão de que as sombras projetadas na parede são a verdade. Somente com o tempo nos acostumamos com a luz do Sol, mas nem todos conseguem chegar a este estágio e passam a vida com a ilusão de que conhecem a verdade.

A realidade não é aferível pelos cinco sentidos, mas apenas parte dela. A verdade está no mundo abstrato das ideias. A filosofia aproxima-se da matemática, a mais pura e abstrata das ciências, que tem seus conceitos absolutos e autônomos em relação ao mundo dos sentidos. A matemática é abstração pura. A busca da pureza do mundo das ideias tornou-se uma obsessão na vida de Platão e na sua filosofia.

Nascido em Atenas em 426 a.C., Platão vinha de família aristocrática. Viveu no tempo tumultuado do declínio de Atenas após o governo de Péricles (495-429 a.C.), quando se sucediam governos aristocráticos, democráticos e tiranos, todos de curta duração. Vários descendentes diretos de Platão ocuparam posições de destaque nos governos de Atenas. Há poucas informações confiáveis sobre sua biografia. A *Carta VII,* uma das únicas fontes com alguma confiabilidade, limita-se ao curto período que Platão viveu em Siracusa, colônia grega na Sicília[3] e também teve sua autenticidade posta em dúvida.

Por volta de 387 a.C., fundou a primeira escola de filosofia de que se tem notícia, a Academia, nos arredores de Atenas, onde os alunos podiam dedicar-se em tempo integral às diversas áreas do conhecimento. A Academia funcionou até 529 d.C., quando foi fechada por ordem do imperador romano Justiniano, após séculos de convivência har-

1 VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38.

2 "Imagine-se pessoas que vivessem numa caverna francamente iluminada por uma fogueira, imobilizadas e viradas para a parede na qual veem apenas as confusas sombras projetadas por coisas que passam às suas costas. Como tudo que elas conhecem são essas sombras, sem nunca ter visto as próprias coisas, elas tomam tais sombras pela realidade. Imagine-se, ainda, que, eventualmente, uma delas, com grande dificuldade, conseguisse libertar-se e sair da caverna. A princípio ficaria completamente ofuscada pela luz do Sol, mas, vagarosamente, acostumaria a vista da claridade e poderia ver nitidamente todas as coisas e entender que elas são reais, enquanto as sombras não passam de sombras. Alegre com sua grande descoberta, obriga-se a voltar à caverna para transmiti-la a todos. Ao contrário do que se espera, ninguém acredita nele e ainda zombam de suas palavras, que soam tão distantes do que lhes parece ser a realidade, as sombras, única 'realidade' que conhecem". (LOPES, Marisa da Silva; ESTEVÃO, José Carlos. Platão e Aristóteles – o nascimento da filosofia política. *In*: RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. *Manual de filosofia política*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33)

3 IRWIN, Terence H. *Introdução à Carta VII de Platão*. Trad. José Trindade Santos e Juvino Maia Jr. São Paulo: Loyola, 2008, p. 15.



moniosa com a evolução das várias correntes do pensamento filosófico, inclusive com o cristianismo. O nome academia passou a ser sinônimo de casa do saber.

Platão foi também o primeiro filósofo a deixar uma obra escrita de vulto. São cinquenta e três livros que chegaram até nós. Em sua maioria, escritos por meio da técnica dos diálogos filosóficos, ou platônicos, que se assemelham à dramaturgia tão cultuada na Grécia clássica. Um grupo de pessoas, a maioria filósofos, reunia-se para debater o significado de um grande tema (amor, amizade, justiça, beleza, piedade, coragem, etc.), cada um, sucessivamente, apresentando a sua definição.

As ideias de Platão confundiam-se com as de Sócrates (469-399 a.C.), de quem foi discípulo. Como Sócrates nada escreveu, tudo o que sabemos de seu pensamento é por meio de terceiros, sobretudo, por Platão, seu discípulo mais talentoso, que o transformou na personagem central dos seus diálogos filosóficos, nos quais Sócrates sempre discutia suas ideias com interlocutores, em sua maioria sofistas.[4]

4 "Sofista é o termo que significa 'sábio', 'especialista do saber'. A acepção do termo, que em si mesma é positiva, tornou-se negativa sobretudo pela tomada de posição de Platão e Aristóteles. Durante muito tempo, os historiadores da filosofia adotaram, além das informações fornecidas por Platão e Aristóteles sobre os sofistas, também as suas avaliações, de modo que, geralmente, o movimento sofista foi desvalorizado e considerado predominantemente como momento de grave decadência do pensamento grego. Somente no século XX foi possível uma revisão sistemática desses juízos e, consequentemente, uma radical reavaliação histórica dos sofistas; e a conclusão à qual se chegou é que os sofistas constituem o elo essencial na história do pensamento antigo. (...) Os Sofistas, com efeito, operaram verdadeira revolução espiritual (deslocando o eixo da reflexão filosófica da *physis e do cosmo para o homem e àquilo que concerne à vida do homem como membro de uma sociedade*) e, portanto, centrando seus interesses sobre a ética, a política, a retórica, a arte, a língua, a religião e a educação, ou seja, sobre aquilo que hoje chamamos a

Sócrates, por meio de processo de contraposição de ideias denominado dialética, desconstruia seus interlocutores que pretendiam dar a definição final dos grandes temas. Os diálogos platônicos não chegam a nenhuma conclusão definitiva sobre os temas propostos. Sócrates desconstruia as tentativas dos seus interlocutores de chegar a uma conclusão, mas, contudo, não chegava a um conceito próprio, pois, como ele mesmo enfatizava: "só sei que nada sei". Tal afirmação é a antítese da arrogância dos que se arvoram detentores de uma retórica que impressiona pela beleza dos argumentos, mas está distante da verdade.

As ideias do mestre e discípulo confundem-se na personagem Sócrates das obras de Platão. Não se sabe com precisão onde terminam as ideias de Sócrates e começam as ideias de Platão nas falas da personagem Sócrates. Até que ponto Sócrates na forma retratada realmente existiu ou é um mero personagem literário dos diálogos platônicos?

A condenação à morte de Sócrates, seu grande mestre, em julgamento perante uma assembleia de mais de quinhentos membros, em plena democracia ateniense, sob a acusação de não reconhecer os deuses da cidade, de introduzir divindades novas e de corromper a juventude ateniense, deixou marcas profundas em Platão.[5] O ceticismo em relação à democracia marca a sua obra política. Afinal foi um tribunal em plena democracia que condenou à morte Sócrates, o mais justo dos homens. O fato de uma decisão ser tomada pela maioria não assegura que ela seja justa. Justiça e democracia não andam necessariamente de mãos dadas. Não se chega ao justo pela regra da maioria.

A República, a obra mais significativa de Platão, tem como tema principal a busca do conceito de justiça. Sócrates refutou várias tentativas dos sofistas de definir o que é o justo. Após desconstruir e apontar as contradições de todos os interlocutores, Sócrates propôs uma mudança de perspectiva: em vez de pensar o que seria o homem justo, deveríamos ampliar o horizonte e pensar o que seria uma cidade justa. Só é possível existir um homem justo em uma cidade justa, a governada com justiça. Baseado na perspectiva da cidade ideal e, por consequência, a mais justa, é que se poderá definir a justiça e distinguir o que é justo do que é apenas aparentemente justo.

A função do governante justo é assegurar uma vida digna a todos. Viver dignamente não era uma questão de bem-estar material, honra ou prazer, mas sim viver de acordo com as virtudes fundamentais ou cardinais, a saber: a sabedoria, a coragem, a temperança e a justiça. A busca das quatro virtudes é o objetivo do homem e uma cidade justa deve propiciar a cada cidadão a possibilidade de desenvolver as suas potencialidades em relação a cada uma das virtudes.[6] A cidade justa, governada por um governo justo, deve possibilitar aos seus cidadãos uma vida virtuosa.

Na cidade ideal de Platão, cada cidadão deve exercer a função mais condizente com sua natureza, potencialidade e virtude preponderante. Há uma divisão de funções. Os produtores, cuja virtude básica é a temperança (o poder de controlar instintos e apetites), têm a função de alimentar e prover as necessidades do povo. Os guardiões, tendo a coragem como virtude preponderante, são os encarregados da segurança da cidade-estado. Por fim, os filósofos, mais afetos à sabedoria, devem encarregar-se da arte de governar a *pólis*. A cidade justa é aquela em que cada um

cultura do homem. Portanto, é exato afirmar que com os sofistas, inicia-se o *período humanista* da filosofia antiga". (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia,* volume 1 – filosofia pagã antiga. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2014, p. 73)

5 Em *Apologia de Sócrates*, Platão transcreve os discursos de Sócrates perante o tribunal ateniense que o condenou à morte. (PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011)

6 "Em verdade, a real função do Estado é a de desenvolver as habilidades, aptidões, objetivando o mais excelente, o melhor, o alcance da virtude (*areté*, do grego, excelência)". (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado*: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 87)

cumpre bem a função para qual está vocacionado. A justiça é o devido equilíbrio entre as outras três virtudes. Importante registrar que, na cidade ideal, os mais bem remunerados são os produtores, ao passo que os filósofos governantes são os que devem viver mais modestamente.

A função de governar é muito especial e requer a reunião de todas as virtudes cardinais de quem vai bem exercê-la. Entre as virtudes, a sabedoria é a mais importante para o governante, pois somente com sua preponderância se pode possuir e equilibrar minimamente todas as outras virtudes. A sociedade ideal deveria ser governada pelos mais sábios, os filósofos, pois somente o homem sábio tem a inteira ideia do bem, do belo e do justo, conceitos que Platão desenvolverá em outras obras.[7]

Em sua visão idealista, Platão concentrou a atenção sobre como deveria ser o governo ideal, não se voltando para como de fato funcionam as várias formas de governo nas cidades-estados gregas. O sonho idealizado por Platão de uma vida harmônica e fraterna, com cada um exercendo a função para qual é vocacionado, servirá como inspiração para todas as utopias políticas que desde então a humanidade passou a conhecer. A visão platônica virou sinônimo de visão idealista da realidade e da política.

O pensamento platônico foi o alvo principal da sátira mordaz de Aristófanes (447-385 a.C.), o maior comediógrafo grego, que na comédia *As nuvens* retrata o filósofo S*ócrates*, o grande porta-voz da filosofia platônica, como um alienado do mundo real, vivendo literalmente *nas nuvens*. A comédia apresenta Sócrates como o estereótipo moderno do intelectual alienado da realidade material da vida.

Precisamos, contudo, ser também justos com Platão. Ele não ficou *nas nuvens* em matéria de política. Ao contrário, foi várias vezes a Siracusa, cidade grega na Sicília, e aí tentou convencer o tirano Dionísio a adotar a sua fórmula de governo ideal. Apesar da persistência, a empreitada não obteve êxito. Dionísio rechaçou a proposta depois de saber que perderia o poder para os filósofos.[8] Platão, desiludido, voltou a Atenas, onde veio a falecer em 347 a.C., deixando vários seguidores vinculados à Academia.

Em sua filosofia política, Platão não formulou uma teoria sobre a divisão dos poderes. O tema não chegou a ser objeto de suas reflexões. Apontou, contudo, a necessidade de divisão de funções na *pólis* para se chegar à cidade justa. Ressaltou também os riscos da concentração do poder em uma única pessoa, que transformaria o governo em uma tirania, na qual o exercício do poder fundamenta-se no medo e na violência. A divisão de poderes foi o antídoto preventivo contra o uso abusivo do poder político.

Platão discorreu, contudo, sobre as cinco formas de governo das cidades-estados gregas (aristocracia, timocracia, oligarquia, democracia e tirania), assim como as características do governante em cada uma delas. Considerou, como forma de governo ideal, a aristocracia, o governo composto pelos mais sábios ou os mais justos, os filósofos. Evitou a concentração do poder em uma só pessoa, por mais sábia que ela seja.

Por outro lado, não poupou críticas às demais formas de governo. Começando pela timocracia, na qual o governante é guiado pela conquista de honrarias e na ostentação da força e do poder. A força impera sobre a razão e a honra é princípio dominante, o que é incompatível com a arte de bem governar, pois impera o mais forte e não o mais justo, o mais corajoso e não o mais sábio. A cidade ideal não é a mais guerreira.

7 *Hipias maior*; *As leis* e *O banquete*.

8 As viagens de Platão a Siracusa e os seus relacionamentos com Dionísio e Dion estão narrados diretamente pelo próprio Platão em sua *Carta VII*, cuja autenticidade é questionada.

A oligarquia é o governo dos mais ricos,[9] na qual a sabedoria cede lugar à riqueza, baseada na propriedade, e os pobres são alijados do governo, o que leva ao eterno conflito entre ricos e pobres, distanciando-se do justo. A busca da riqueza é o que guia o governante na oligarquia. A grande quantidade dos excluídos torna o governo não só injusto como também instável.

A democracia é o governo no qual muitos governam, mas sem o devido preparo para a função, levando à anarquia. Apesar de famosos por terem introduzido a ideia de democracia, os gregos, notadamente os seus mais importantes filósofos – Sócrates, Platão e Aristóteles –, não exaltavam a democracia como forma de governo ideal. Ao contrário, a maioria não estava preparada para a arte de governar, que deveria ser reservada apenas aos mais aptos em uma aristocracia.

Por fim, na tirania, a violência do governante e o interesse do tirano prevalecem sobre o interesse da *pólis*, configurando a forma de governo mais distante da ideal preconizada por Platão. Nela há concentração de poderes em uma única pessoa, o tirano. Tal concentração do poder representa o maior risco de desvirtuamento e usurpação.

Aristóteles e a Política

Ao contrário de Platão, descendente da alta aristocracia ateniense, Aristóteles era um estrangeiro, nascido em 384 a.C. na pequena cidade-estado de Estagira na fronteira da Grécia com a Macedônia. Nessa condição, não gozava de direitos políticos, mas tinha permissão para se estabelecer em Atenas.

Teve acesso a uma educação de excelência, mesmo com a morte precoce do pai Nicômaco, médico do então Rei da Macedônia, Amintas, avô de Alexandre Magno. Aos dezessete anos, foi para Atenas, o principal centro cultural da Grécia, para estudar na Academia de Platão. Aí permaneceu por cerca de vinte anos, nos quais passou de aluno a um dos principais professores.

Após o falecimento de Platão, decepcionado de não tê-lo sucedido na direção da Academia, abandonou Atenas. Espeusipo (410-339 a.C.), sobrinho de Platão, tornou-se o líder da Academia. O fato de ser considerado um estrangeiro, um meteco,[10] certamente contou para ter sido preterido. Tinha fortes vínculos com a Macedônia, a maior ameaça externa da Grécia.

Retirou-se para Artaneus na Ásia Menor, onde foi conselheiro do tirano Hérmias, antigo discípulo da Academia. Conhece também Teofrasto, seu futuro e principal discípulo. Casa-se com Pítias, sobrinha de Hérmias.

Após a morte de Hérmias, atendendo ao convite de Filipe II (382-336 a.C.), novo Rei da Macedônia, tornou-se preceptor de seu filho Alexandre (356-323 a.C.), então com apenas treze anos. Há poucos registros da relação entre um dos maiores filósofos da história e um dos estadistas mais poderosos da humanidade.[11] Especula-se que foi Aristóteles o responsável pela preparação do exemplar da *Ilíada* de Homero levado consigo por Alexandre, um admirador confesso do herói Aquiles, em suas campanhas militares.

Atenas foi uma das primeiras cidades a serem ocupadas por Alexandre, o Grande,

9 "- Que tipo de governo, disse ele, afirmas como oligarquia? - É, disse eu, a forma de governo que tem sua base no censo de propriedade, na qual os ricos governam, mas os pobres não". (PLATÃO. *A República*. Trad. Ana Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 316)

10 Estrangeiro residente na *pólis*.

11 "Foi assim que começou a associação entre a mente mais poderosa da época e o homem mais poderoso. A união aguçou a imaginação romanesca e numerosas estórias foram contadas. Mas o que Aristóteles disse a Alexandre, o Grande, e Alexandre a ele, nós não sabemos. (Historiadores procuram em vão por influências aristotélicas na carreira sanguinária de Alexandre; e filósofos não acharão nada – ou praticamente nada – nos escritos políticos de Aristóteles que denuncie algum interesse na sorte do império macedônio.)". (BARNES, Jonathan. A vida e a obra. *In*: BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. 2. ed. Trad. Ricardo Hermann Ploch Machado. Aparecida/SP: Ideias Letras, 2009, p. 34)

em sua extensa e rápida empreitada de conquistas. Aristóteles para lá voltou e, em vez de se reintegrar à Academia ou ocupar uma posição no novo governo, optou por fundar sua própria escola de filosofia, o Liceu, em um pequeno bosque nos arredores da cidade consagrado ao deus Apolo Lício, pois, como meteco, continuava a não poder ter propriedades na cidade.

No Liceu, organizou o inventário de suas pesquisas científicas de campo e uma vasta biblioteca que se tornou protótipo de todas as grandes bibliotecas da Antiguidade. Além de escola, o Liceu foi um centro de pesquisas em várias áreas do conhecimento. Foram, por exemplo, catalogadas as cento e cinquenta e oito constituições das cidades-estados gregas, material posteriormente utilizado como base de dados na elaboração da *Política*. As diferentes visões de Platão e Aristóteles refletiam-se obviamente no método adotado pelas respectivas escolas. Na Academia, por exemplo, não havia um centro de documentação e pesquisa.

Com a morte precoce de Alexandre e a desintegração do grande império por ele formado, Aristóteles, com fortes ligações com a Macedônia, passou a ser visto novamente como um estrangeiro inimigo em Atenas.[12] Receoso de perseguição pelos novos detentores do poder, fugiu para a ilha de Eubeia mais ao norte da Grécia. Em referência direta ao julgamento de Sócrates, Aristóteles justifica a fuga de Atenas. "Eu não vou permitir que os atenienses pequem duas vezes contra a filosofia". Um ano depois, veio a falecer. Foi sucedido na direção do Liceu por seu principal discípulo direto, Teofrasto, que, por ser ateniense, pôde comprar um terreno no centro da cidade de Atenas e para lá transferir o Liceu.

Não há na história um filósofo com obra tão abrangente. Debruçou-se sobre as mais diversificadas áreas do conhecimento (física, química, metafísica, artes, ciências naturais, zoologia, teoria do conhecimento, psicologia, lógica, retórica, ética e política). A incursão pelas ciências naturais levou-o a adotar um método de investigação científica e a tornar-se um grande classificador de espécies. Na tentativa de classificar a realidade para compreendê-la, dividiu os seres vivos, plantas e animais, em um sistema hierárquico de gêneros e espécies.

Boa parte das centenas de obras a ele atribuídas foi perdida. Somente cinquenta chegaram até nós, várias ainda incompletas. Mesmo assim, muitas parecem mais anotações de aulas feitas pelos discípulos. Durante séculos, o mundo ocidental ficou alheio à obra de Aristóteles. Foram principalmente os árabes os responsáveis pelo seu resgate, por meio das traduções e comentários de Averróis (1126-1198),[13] e pela grande difusão de seu pensamento na Idade Média e no Renascimento.

Discípulo de Platão, Aristóteles foi com o tempo distanciando-se das ideias do mestre, quarenta e cinco anos mais velho. Não há registro histórico do distanciamento entre os dois.[14] A única fonte é a própria evolução do pensamento de Aristóteles. Ao ser indagado sobre as razões do rompimento entre os dois, Aristóteles teria dito a célebre frase: "eu amo Platão, mas amo ainda mais a verdade".

A verdade, para Aristóteles, somente pode ser encontrada no mundo material dos sentidos e não no mundo das ideias. Com espírito prático e inclinação para as ciências naturais, Aristóteles deu uma visão mais realista às ideias de Platão. A oposição entre os dois filósofos, apresentada no afresco de Rafael, tem um aspecto didático bastante

12 "Quando da morte de Alexandre, um sentimento antimacedônico intensificou-se e ganhou viva expressão. Aristóteles tinha estreitas e notórias conexões com a Macedônia". (*Ibidem*, p. 35)

13 Averróis, mesmo não sendo grego e tendo vivido mais de mil anos depois, foi retratado na *Escola de Atenas* de Rafael Sanzio.

14 HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*. Trad. Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 21.

útil para o estudo da evolução das correntes filosóficas, mas as divergências não foram tão marcantes como insinuam as interpretações mais radicais da obra.

Na filosofia política, a divergência também não é radical. A análise do fenômeno político deve levar em conta as duas visões, que mais se completam do que se opõem. Platão defendeu uma forma de governo ideal, um governo justo, no qual cada um exerce as funções de acordo com a sua virtude preponderante. Ao contrário, Aristóteles discorreu sobre as várias formas de governo existentes nas cidades-estados gregas sem a preocupação de construir um modelo de governo ideal. As várias formas de governo podem ser consideradas adequadas dependendo das circunstâncias políticas de cada cidade-estado e das qualidades pessoais dos governantes.

Aristóteles, contudo, também teve evidente preocupação ética no exercício da política.[15] A *Política* é uma continuação da *Ética a Nicômaco*, na qual são analisadas as virtudes humanas, o que evidencia a mesma preocupação ética demonstrada por Platão em *A República*. A sequência entre as obras fica evidenciada pelo último parágrafo da *Ética a Nicômaco,* na qual Aristóteles aponta o estudo das constituições a ser desenvolvido na *Política*.[16] Melhor seria afirmar que houve distanciamento entre os dois filósofos, mas que não redundou em oposição radical ou ruptura. Na visão de ambos, a política tem ligação íntima com a moral e a ética.[17]

Mesmo com a ligação entre política e ética, Aristóteles, no desenvolvimento da *Política*, especialmente na parte final, quando discorreu sobre como evitar a revolução e dá conselhos aos tiranos, prenunciou, com séculos de antecedência, os conselhos de Maquiavel ao *Príncipe*.[18] De fato, conselhos dessa espécie não são encontrados em Platão. Enfim, o grau de ruptura entre os dois filósofos é uma questão que deve ficar em aberto para cada intérprete.

A Grécia clássica era politicamente dividida em centenas de cidades-estados, cada qual com território e população reduzidos e governo próprio. Cada cidade-estado tinha

15 "Em Aristóteles, política e ética caminham de mãos dadas". (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado*: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 116)

16 "Em primeiro lugar, pois, se alguma coisa foi bem exposta em detalhe pelos pensadores que nos antecederam, passemo-la em revista; depois, à luz das constituições que nós mesmos coligimos, examinaremos que espécies de influências preservam e destroem os Estados, que outras têm os mesmos efeitos sobre os tipos particulares de constituição, e a que causas se deve o fato de serem umas bem e outras mal aplicadas. Após estudar essas coisas teremos uma perspectiva mais ampla, dentro da qual talvez possamos distinguir qual é a melhor constituição, como deve ser ordenada cada uma e que leis e costumes lhe convém utilizar a fim de ser a melhor possível". (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção Os Pensadores. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 235)

17 "A teoria política, desse modo, não é para Aristóteles nem um assunto distinto da teoria moral nem a aplicação da teoria moral à esfera política; pelo contrário, ela é uma disciplina auxiliar da teoria moral. Dada a identificação do bem humano alcançada pela última, a teoria política concebida estritamente procura identificar que formas de sociedade são mais ou menos aptas a conduzir à conquista desse bem, explicar os defeitos das formas imperfeitas e sugerir como esses defeitos podem ser remediados". (TAYLOR, C. C. W. Política. *In*: BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. 2. ed. Trad. Ricardo Hermann Ploch Machado. Aparecida/SP: Ideias Letras, 2009, p. 300)

18 "Em público, ele deve ter um ar mais grave que severo, em vez de despertar o terror àqueles que são admitidos à sua presença, deve antes lhes inspirar respeito. Para dizer a verdade, isso não é fácil, quando ele se torna desprezível. [...] Em questão de prazeres, é preciso fazer completamente o contrário daquilo que hoje fazem muitos tiranos. Mal nasce o sol, começam as suas orgias, que se prolongam por muitos dias seguidos. Querem mesmo ter testemunhas que possam presenciar a felicidade e ventura que eles desfrutam. Ao contrário, deve-se ter o máximo de moderação nesse ponto ou pelo menos evitar os olhares do povo. Não é homem sábio que se faz desprezar e que se surpreende facilmente, é o homem dissipado; não é aquele que vela, é o que dorme. [...] O tirano fará o contrário daquelas velhas máximas das quais falamos anteriormente. Ele procurará adornar e embelezar a cidade, como se fosse o seu administrador e não o tirano. Sobretudo, mostrar-se-á continuamente penetrado de respeito pelos deuses, porque os cidadãos receiam menos injustiças da parte do tirano quando veem que aquele que tem autoridade sobre eles honra a religião e procura render aos deuses o culto que lhes é devido. São menos tentados a conspirar quando pensam que ele tem os deuses por aliados". (ARISTÓTELES. *Política*. 2. ed. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 2009, Livro Oitavo, Capítulo IX, § 13, p. 262)

uma constituição[19] com governo e instituições próprios e em constante mutação.[20] Na *Política*, Aristóteles, como um cientista, analisou e classificou as formas de governo nas várias cidades-estados, por meio de suas respectivas constituições, apontando também os riscos de desvirtuamentos de cada forma de governo. No Liceu, foram catalogadas cento e cinquenta e oito constituições das várias cidades-estados,[21] mas somente uma, a constituição de Atenas, chegou até nós.[22]

Aristóteles fez um exaustivo estudo das constituições das cidades-estados, apontando vícios e qualidades de cada uma, independente da forma de governo adotada e respectiva evolução. Primeiro, delimitou o objeto a ser estudado (as constituições das cidades-estados gregas); depois, dividiu-o e classificou as formas de governos; por fim, analisou cada uma, apontando as respectivas virtudes e riscos de desvirtuamento.

O homem, para Aristóteles, é por natureza um animal político.[23-24] A vida em



sociedade na *pólis* é o seu caminho natural, decorrente da própria vida em família, e não uma opção fruto da vontade humana. A formação da sociedade política deriva da própria natureza humana. As necessidades do homem são mais facilmente atendidas em uma vida em sociedade, o que permite a cada homem potencializar as suas virtudes, viabilizando melhores condições materiais.[25] O homem

19 "Visto que as palavras constituição e governo significam a mesma coisa, que o governo é a autoridade suprema nos Estados e que essa autoridade suprema deve repousar necessariamente nas mãos de um só, ou de vários ou da multidão [...]". (*Ibidem*, Livro Terceiro, Capítulo V, § 1, p. 86)

20 "Para os antigos, a ideia de constituição significa a organização tradicional de determinada sociedade, incluindo não só as relações de poder político, como também o conjunto das instituições da vida privada, notadamente a família, o grupo familiar alargado (como a *gens* romana, por exemplo), a educação e a propriedade". (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124)

21 RYAN, Alan. *On politics*: a history of political thought to the present. New York: Norton & Company, 2012, p. 72.

22 ARISTÓTELES. *Constituição de Atenas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

23 "É evidente que a cidade faz parte das coisas da natureza e que o homem é naturalmente um animal político destinado a viver em sociedade". (ARISTÓTELES. *Política*. 2. ed. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 2009, Livro Primeiro, Capítulo I, § 16, p. 16)

24 "Vimos que, para Aristóteles, embora o bem singular do indivíduo e o bem do Estado tenham a mesma natureza (posto que ambos consistem na virtude), o bem do Estado é mais importante, mais nobre, mais perfeito e mais divino. A razão disso reside na própria natureza do homem, ao demonstrar com clareza que ele é absolutamente incapaz de viver isolado e que precisa, para ser ele mesmo, estabelecer relações com seus semelhantes em todos os momentos de sua existência". (REALE, Giovanni. *Introdução a Aristóteles*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 129)

25 "A Ética a Nicômaco propõe um número de argumentos plausíveis em favor da tese de que uma boa vida humana tem de ser uma vida em comunidade. Ninguém, Aristóteles afirma com toda a razão, desejaria viver em isolamento, sem amigos. Sem levar em conta quaisquer benefícios extrínsecos que podemos obter dos outros, como ajuda em épocas difíceis, nós achamos que compartilhar a vida com amigos de mentalidades parecidas é intrinsecamente bom, pois tal vida é mais agradável e vale mais a pena para nós que uma vida sem amigos". (TAYLOR, C. C. W. Política.

almeja levar uma vida digna, ou seja, viver de acordo com as virtudes. O propósito da *pólis*, extensão natural da vida familiar, seria capacitar o homem para ter uma vida digna, uma vida virtuosa.

Aristóteles examinou e classificou as diferentes formas de estado e de governo. Com uma visão mais pragmática, não discorreu como o rei filósofo deveria governar, mas sim como se pode governar um estado real. Procurou classificar e analisar como a política funciona e não como ela deveria funcionar. A *Política* não deixa de ser um trabalho de catalogação e análise das várias formas de governos nas cidades-estados.

Com um método de investigação científica tão afeto às ciências naturais, Aristóteles, classificador inveterado, elaborou sua teoria política por meio da investigação e classificação do governo e da constituição de cada cidade-estado grega. Classificou as espécies de governo com base em duas perguntas: quem governa e a favor de quem governa. As cidades-estados eram governadas por uma pessoa (monarquia), por um grupo seleto de pessoas (aristocracia) ou por muitas pessoas (democracia ou politeia). Não fez juízo de valor sobre as três espécies, não demonstra preferência por nenhuma delas. Não fez apologia à democracia ou politeia, que também são chamadas de república.[26]

Todas as três espécies podem constituir um bom e verdadeiro governo, se os detentores do poder agirem de acordo com o bem comum e incentivarem os cidadãos na busca da vida digna. No entanto, há sempre o risco de corrupção, quando o governante se distancia do bem comum, privilegiando o interesse próprio em detrimento do coletivo. Quando o monarca passa a ser guiado pelo interesse próprio em detrimento do bem comum, a monarquia se corrompe e se transforma em tirania. O mesmo acontece com a aristocracia, quando o grupo seleto passa a governar para atender o seu interesse, levando à corrupção do governo e sua transformação em oligarquia. Mesmo na democracia ou politeia, quando os governantes passam a governar para si mesmos, temos a demagogia.[27]

Além de não declinar preferência por uma espécie determinada de governo, Aristóteles ressaltou também a existência de uma combinação entre elas, como ocorreu com êxito em Esparta, o que pode se classificado como uma sétima espécie, uma mistura balanceada de elementos da monarquia, aristocracia e democracia, prenunciando a teoria do governo ou Constituição mista,[28-29] no qual todas as forças sociais têm seu espaço de participação.

Aristóteles não chegou a formular uma completa teoria da divisão ou separação dos

In: BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. 2. ed. Trad. Ricardo Hermann Ploch Machado. Aparecida/SP: Ideias Letras, 2009, p. 300)

26 "Entre o poder real dá se geralmente o nome de monarquia àquela que tem por objetivo o interesse geral; de aristocracia, ao governo para um reduzido número de homens ou de vários (contanto que não seja de um só) – seja porque a autoridade está nas mãos de diversas pessoas de bem, seja porque tais pessoas fazem uso dela para maior bem do Estado. Finalmente, quando a multidão governa no sentido do interesse geral, dá-se e esse governo o nome de república, que é comum a todos os governos". (ARISTÓTELES. *Política*. 2. ed. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 2009, Livro Terceiro, Capítulo V, § 2, p. 87)

27 "Os governos viciados são: a tirania para o poder real, a oligarquia para a aristocracia, a demagogia para a república. A tirania é uma monarquia que não tem outro objetivo além do interesse do monarca; a oligarquia só enxerga o interesse dos ricos; a demagogia só enxerga o dos pobres. Nenhum desses governos se ocupa do interesse geral". (*Ibidem*, Livro Terceiro, Capítulo V, § 4º, p. 87)

28 "Alguns filósofos dizem que o melhor governo deve ser uma combinação de todos os outros, e é por essa razão que aprovam a constituição de Lacedemônia, consideram-na como um misto de oligarquia, monarquia e democracia. Dizem que ela é monarquia para seus reis, oligarquia para seus anciões, democracia para os seus éforos – que são sempre tirados do meio do povo". (*Ibidem*, Livro Segundo, Capítulo III, § 11, p. 49)

29 "Compreende-se como Constituição mista aquela Carta Política que vigorou em determinada época histórica de molde a proporcionar às diversas classes sociais então existentes a participação equilibrada no exercício do poder. A sociedade de então, dividida que se encontrava em estamentos, impôs a ideia de que todos estes deveriam ter acesso ao poder, que não deveria restar nas mãos de uma única parcela da sociedade". (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28)

poderes do Estado, mas encontramos, na *Política*, um primeiro esboço. Sua contribuição foi demonstrar a existência de funções distintas no governo, além de enfatizar o perigo de se atribuir a um só ente o exercício do poder. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina que:

> O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.[30]

Após uma análise descritiva da estrutura política das várias cidades-estados gregas, Aristóteles fez a distinção das três partes do governo, a saber: a primeira, o poder deliberativo, decidia acerca dos negócios do Estado; a segunda exercia a magistratura (definida como uma espécie de função executiva); e a terceira exercia a jurisdição.[31] Essas três partes do governo guardam estreita semelhança com as atuais três funções ou poderes do Estado.

O bom funcionamento e o equilíbrio entre as três partes ou funções do governo são requisitos para um bom governo.

> Em todo governo, há três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem vários governos. Uma destas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é aquela que exerce as magistraturas, e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial, e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a parte que administra a justiça.[32]

A palavra "magistratura", derivada do latim *magistratus*, é aqui empregada no sentido de autoridade pública e não vinculada exclusivamente ao exercício de funções jurisdicionais. Na Grécia e na Roma antigas, as autoridades máximas da função executiva são comumente denominadas magistrados.

O poder deliberativo tinha como principais incumbências as decisões soberanas acerca da promulgação das leis, da guerra e da paz, da ruptura dos tratados, das penas de morte, de banimento e de confisco e a prestação de contas aos magistrados. Era exercido pela assembleia com a participação direta dos cidadãos de diversas maneiras, de acordo com a constituição de cada cidade-estado. Os critérios de escolha dos membros da assembleia variavam também por cidade-estado. Os membros da assembleia poderiam ser escolhidos por eleição, sorteio nas diversas classes ou ainda aberto à participação de todos os cidadãos.[33] Na democracia pura, era necessário um regramento mais detalhado, pois os cidadãos participavam diretamente das decisões das assembleias. O corpo deliberativo era o verdadeiro soberano da cidade-estado, pois detinha o poder sobre as decisões mais vitais da sociedade política.

Já as magistraturas governamentais executavam as deliberações acerca dos negócios do Estado, isto é, detinham os poderes

30 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, Livro II, Capítulo XI, p. 215.

31 "Aristóteles aponta os três elementos, ao que tudo parece, essenciais, para toda constituição (*politeía*), independentemente do regime ou forma de governo: (1) um que delibera sobre assuntos da *pólis*; (2) um que se incumbe das magistraturas; (3) um que cuida da administração da justiça". (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado*: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 131)

32 ARISTÓTELES. *Política*. 2. ed. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 2009, Livro Sexto, Capítulo XI, § 1, p. 195.

33 *Ibidem*, Livro Sexto, Capítulo XI, § 3, p. 196.

constituídos de que a cidade-estado precisava para agir, respeitando-se as decisões emanadas pelo poder deliberativo. Era considerada difícil a tarefa de escolha dos que deveriam chamar-se magistrados. Não havia uniformidade quanto ao número de magistrados, a forma de escolha e tempo de duração do exercício da função. As várias constituições apresentavam soluções diversas de acordo com a experiência política da respectiva cidade-estado.[34] As magistraturas caracterizavam-se essencialmente pelo exercício da função de ordenar, mas também julgavam e deliberavam a respeito de matérias específicas.

Os tribunais, ou a ordem judiciária, ocupavam-se dos julgamentos em geral, decidindo sobre as questões que envolviam o exame da conduta dos magistrados, as malversações financeiras, os crimes ou atentados contra a constituição, as multas contra as pessoas públicas e privadas, os contratos, bem como questões criminais e relativas a estrangeiros, havendo ainda os juízes singulares para os casos mínimos. A escolha dos juízes também poderia ser realizada por sorteio ou por eleição.[35]

A filosofia grega teve como preocupação central o equilíbrio e a harmonia do universo. No Renascimento (séculos XIV a XVI), houve uma revalorização da cultura greco-romana como ideal de beleza e sabedoria, daí o próprio nome "renascimento". Era como se a humanidade tivesse vivido um tempo sombrio entre o esplendor greco-romano e o Renascimento. Essa tese é hoje bastante refutada por historiadores que não mais consideram a Idade Média como a idade das trevas.[36]

No auge do Renascimento, o Papa Júlio II recorreu à filosofia grega, no seu ponto de equilíbrio entre as visões de Platão e Aristóteles, para ornamentar a sala onde foram tomadas as grandes decisões do seu pontificado. Sábia escolha, mais sábia ainda por não privilegiar nenhum dos dois grandes filósofos, deixando em aberto o conflito entre ambos.

34 "[...] esta parte da constituição dos Estados apresenta também inúmeras diferenças, seja quanto à extensão dos poderes, ou à duração das funções. Uns acham que elas não se devem prolongar por mais de seis meses, outros por menos ainda; estes querem que as magistraturas sejam anuais, aqueles que elas durem mais tempo. Finalmente, devem elas ser vitalícias ou ter um tempo de duração bastante longo? Ou nem uma nem outra coisa? Dever-se-ão chamar para exercê-las muitas vezes as mesmas pessoas, ou será melhor encarregar duas vezes a mesma pessoa de exercê-las, mas apenas uma vez?" (*Ibidem*, Livro Sexto, Capítulo XII, § 1, p. 198)

35 "Os tribunais podem variar entre si em três pontos de vista diferentes: as pessoas, a natureza das causas, o modo de nomeação dos juízes. Trata-se de saber, quanto às pessoas que compõem os tribunais, se elas são escolhidas entre todos os cidadãos, ou apenas em uma certa classe; quanto à natureza das causas, quais são as diferentes espécies de tribunais; finalmente, quanto à nomeação dos juízes, se eles são designados por eleição ou por sorte". (*Ibidem*, Livro Sexto, Capítulo XIII, § 1, p. 203)

36 GOFF, Jacques Le. *Para uma outra idade média*: tempo, trabalho e cultura no ocidente. Trad. Tiago de Abreu; Lima Florêncio e Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes, 2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. Trad. Alfredo Bosi (coord.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ARISTÓFANES. *As nuvens*. Coleção Teatro Vivo. Trad. Gilda Maria Reale Starzynski. São Paulo: Abril Cultural, 1977.

ARISTÓTELES. *Constituição de Atenas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

_____ . *Ética a Nicômaco*. Coleção Os Pensadores. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____ . *Política*. 2. ed. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 2009.

AVERRÓIS. *Comentário sobre a "República"*. Trad. Anna Lia de Almeida Prado e Rosalie Helena de Souza Pereira. São Paulo: Perspectiva, 2015.

BARNES, Jonathan. A vida e a obra. *In*: BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. 2. ed. Trad. Ricardo Hermann Ploch Machado. Aparecida/SP: Ideias Letras, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do estado*: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia* – volume 1 – Dos pré-socráticos a Aristóteles. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Teoria geral do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRY, Luc. *Aprender a viver* – filosofia para novos tempos. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

GOFF, Jacques Le. *Para uma outra idade média*: tempo, trabalho e cultura no ocidente. Trad. Tiago de Abreu; Lima Florêncio e Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes, 2013.

HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*. Trad. Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008.

IRWIN, Terence H. *Introdução à Carta VII de Platão*. Trad. José Trindade Santos e Juvino Maia Jr. São Paulo: Loyola, 2008.

LOPES, Marisa da Silva; ESTEVÃO, José Carlos. Platão e Aristóteles – o nascimento da filosofia política. *In*: RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. *Manual de filosofia política*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

PLATÃO. *A República*. Trad. Ana Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____ . *Apologia de Sócrates*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

_____ . *As Leis*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2010.

_____ . *Carta VII*. Trad. José Trindade Santos e Juvino Maia Jr. São Paulo: Loyola, 2008.

REALE, Giovanni. *Introdução a Aristóteles*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

_____ ; ANTISERI, Dario. *História da filosofia,* volume 1 – filosofia pagã antiga. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2014.

RYAN, Alan. *On politics*: a history of political thought to the present. New York: Norton & Company, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAYLOR, C. C. W. Política. *In*: BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. 2. ed. Trad. Ricardo Hermann Ploch Machado. Aparecida/SP: Ideias Letras, 2009.

VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund., 1998.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Claudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

“Reformar para excluir”: consequências do aumento do tempo de contribuição nas principais modalidades de aposentadoria do RGPS[1]



Júlia Lenzi Silva
Doutoranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP. Mestra em Direito pela UNESP. Professora de Direito Previdenciário e da Seguridade Social.

RESUMO: Os posicionamentos contrários às propostas de reforma da previdência social têm centrado suas críticas na instituição de uma idade mínima para aposentadoria de homens e mulheres. Com o objetivo de ampliar o debate e fortalecer as correntes que denunciam o agravamento da situação da classe trabalhadora, centramos nossa análise nas propostas de aumento do tempo de contribuição, destacando sua incidência nas principais modalidades de aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A partir desse aporte, pretendemos aclarar a violência e profundidade das alterações propugnadas, as quais, se aprovadas, poderão gerar a exclusão da maioria dos trabalhadores e trabalhadoras do âmbito, já precário, da proteção previdenciária no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma da previdência. Aumento do tempo de contribuição. Aposentadoria. Exclusão previdenciária.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O fim das modalidades autônomas de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade: contribuir mais, para receber menos. 2. O rebaixamento de valores das aposentadorias por invalidez: “salvar” a previdência para quem? Considerações finais. Referências.

1 O presente artigo é fruto da exposição realizada no painel “Reforma da Previdência” na audiência pública organizada pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (AMATRA 15) e parceiros, no dia 27 de abril de 2017, no auditório Zeferino Vaz do Instituto de Economia da UNICAMP, em Campinas/SP.

Introdução.

A proposta de reforma da previdência social está sistematizada em dois documentos: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 287/2016, elaborada pela equipe econômica do atual governo e apresentada pelo Poder Executivo em 05 de dezembro de 2016, e o seu relatório substitutivo, elaborado pelo relator da comissão especial, Deputado Arthur Maia (PPS/BA), e divulgado em 19 de abril de 2017, com alterações em 10 de maio de 2017. Desde a sua apresentação, a reforma previdenciária tornou-se objeto de críticas de intelectuais e organizações da classe trabalhadora, tendo sido fator de mobilização de levantes populares significativos em todo o país,[2] apesar dos esforços governamentais no sentido do convencimento acerca de sua "inevitabilidade".[3]

De início, salta à percepção a rapidez na tramitação da proposta: menos de 06 meses foram gastos entre a elaboração do projeto e o parecer por sua admissibilidade, restando demonstrado o pouco empenho dos representantes políticos em debater suas propostas com a sociedade. Essa pressa pela aprovação da reforma previdenciária não se coaduna com as características essenciais da política pública de previdência social, que talvez possa ser considerada como a que demanda maior planejamento de longo prazo, já que as alterações implementadas afetam, não apenas as gerações do presente, mas a vida e a segurança de trabalhadores(as) e aposentados(as) no futuro, afinal, como assevera Vicente de Paula Faleiros, "[...] Previdência Social não constitui somente um arcabouço técnico de seguro social, de caráter contributivo, mas um referencial de proteção social de um povo e de uma nação [...]".[4]

Nesse sentido, tomando em consideração que grande parte da argumentação opositiva à reforma tem se estruturado em torno da instituição de idades mínimas para a aposentadoria, este artigo centra sua análise nas *consequências do aumento do tempo de contribuição para as principais modalidades de aposentadoria do RGPS*. Tal recorte temático não é feito ao acaso, mas pautado na percepção de que esse é o cerne do desmonte da proteção social a ser promovido pela PEC nº 287/2016 e seu substitutivo, uma vez que outros benefícios previdenciários de importante impacto social, como a pensão por morte e o auxílio-doença, já foram reformados pela via infraconstitucional, por meio da Medida Provisória (MP) nº 664, já convertida na Lei nº 13.135/2015, e das MPs nº 739, de 2016, e nº 767, de 2017 – a primeira teve sua vigência encerrada e, por isso, foi praticamente "reeditada" na segunda, por sua vez já convertida na Lei nº 13.457/2017.

Nessa lógica, por questão de honestidade intelectual, é preciso dizer que, tomado o histórico legislativo a respeito da previdência social, constata-se que, pelo menos a cada 02 anos, desde 1991, com a promulgação do Plano de Benefícios (Lei nº 8.213/1991) e do Plano de Custeio (Lei nº 8.212/1991), o Brasil passa por uma reforma previdenciária de maior ou menor intensidade, com o escopo exclusivo

2 Com destaque para as mobilizações ocorridas em, ao menos, 16 estados da Federação e do DF no dia 31 de março de 2017, que se constituíram em importante fator de organização para a deflagração da greve geral de 28 de abril de 2017. Informações sobre as mobilizações podem ser consultadas em todos os canais de mídia, com destaque para essa reportagem do Portal UOL, que traz um resumo sobre o que aconteceu nas principais cidades brasileiras. Protestos contra a reforma da Previdência são registrados em ao menos 16 Estados e no DF. *UOL*, São Paulo, 31 mar. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/03/31/protestos-contra-a-reforma-da-previdencia-bloqueiam-vias-da-capital-e-da-grande-sp.htm>. Acesso em: 3 jun. 2017.

3 ROSA, Vera; MONTEIRO, Tânia. Planalto apela à verba de publicidade para aprovar reforma da previdência. *O Estado de S. Paulo,* São Paulo, 10 abr. 2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-apela-a-verba-de-publicidade-para-aprovar-reforma-da-previdencia,70001734212>. Acesso em: 3 jun. 2017.

4 FALEIROS, Vicente de Paula. Previdência social: conflitos e consensos. *Ser Social: Revista do Programa de Pós-graduação em Política Social da Universidade de Brasília*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 29-73, jan./jun. 1998, p. 30.



de redução dos patamares de proteção social, afetando, sobretudo, os(as) trabalhadores(as) que ocupam os postos mais precarizados no mercado de trabalho, com menores rendimentos, que veem a aposentadoria como um direito cada vez mais distante de concretização, diante do imperativo único de "proteção aos cofres públicos".[5]

Ademais, a opção por tratar do RGPS, gerenciado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), deve-se ao fato de que ele é o responsável pela cobertura previdenciária de todos que trabalham na iniciativa privada, bem como dos servidores públicos não abrangidos por regimes próprios.

Entretanto, antes de abordar os aspectos normativos acerca das mudanças nas aposentadorias, entende-se que seja imprescindível para o debate conhecer um pouco da realidade estatística da previdência social e do mercado de trabalho no Brasil. Com isso, pretende-se evitar que o debate a respeito da reforma previdenciária se desvincule do chão da história e do aspecto de garantia da possibilidade de reprodução da vida de trabalhadores e trabalhadoras, afinal, a estratégia mais sagaz para obter apoio à redução contínua de direitos previdenciários tem sido transformar a previdência em "assunto técnico", em "pauta econômica", desvinculando-a da realidade dos seus beneficiários(as):[6] de acordo com o IBGE, para cada benefício previdenciário concedido, são, em média, beneficiadas 2,5 pessoas, sendo que 69% dos benefícios concedidos tem valor de até um salário-mínimo, e 92% tem valor inferior a 03 salários-mínimos (ou seja, valores inferiores a R$ 2.800,00). Em 70% dos municípios brasileiros, o montante que circula via concessão de benefícios previdenciários supera os repasses do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e, em 82%, esse montante supera o valor da arrecadação tributária municipal.

Tais dados demonstram que, diferentemente dos discursos midiáticos relativos às "super aposentadorias", cerca de 70% dos benefícios previdenciários do RGPS não superam o valor do mínimo e, ainda assim, são fatores cruciais para a sobrevivência das famílias brasileiras e movimentação das economias nos municípios.

Feita a abordagem estatística, passa-se agora ao panorama normativo, com uma observação de caráter metodológico: as informações estruturantes da argumentação

5 Para uma problematização da temática do "déficit previdenciário", sugere-se a leitura dos artigos *Previdência: reformar para excluir* e *Reforma da previdência: direito ou negócio?*, do professor do Instituto de Economia da UNICAMP, Eduardo Fagnani, contidos na obra *O golpe de 2016 e a reforma da previdência*: narrativas de resistência - Gustavo Teixeira Ramos *et al* (Coords.) Bauru: Canal 6, 2017.

6 Os dados foram extraídos de relatórios elaborados pela ANFIP, IBGE, DIEESE e pela Plataforma de Política Social, sobretudo, dos documentos: *Previdência*: reformar para excluir? Contribuição técnica ao debate sobre a reforma da previdência social brasileira. Brasília: ANFIP/DIEESE, 2017; e *A previdência social e a economia dos municípios*. 6. ed. São Paulo: ANFIP, 2011.

produzida foram extraídas do texto da PEC nº 287/2016 e de seu relatório substitutivo, cujas referências completas encontram-se no tópico final deste artigo. Dado tratar-se de temática na pauta do dia, ainda há carência de materiais teóricos atinentes ao tema, razão pela qual a construção se limita quase que exclusivamente aos textos normativos, esperando-se que a publicação desse trabalho contribua para o processo de reflexão e debate acadêmico.

1. O fim das modalidades autônomas de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade: contribuir mais, para receber menos.

A primeira grande modificação trazida pela proposta de reforma previdenciária se dá nos âmbitos da *aposentadoria por tempo de contribuição* e da *aposentadoria por idade*, que deixam de existir como modalidades autônomas, passando-se a prever uma fórmula única, que leva em consideração idade mínima + tempo mínimo de contribuição. Nesse sentido, a PEC nº 287/2016, com as modificações do relatório substitutivo, prevê que só poderão se aposentar os homens que tiverem no mínimo 65 anos e as mulheres com idade mínima de 62 anos, exigindo-se, de ambos, *no mínimo 25 anos de tempo de contribuição.*

Comparando-se com as regras atuais, há um aumento de 10 anos no tempo de contribuição mínimo que assegura uma aposentadoria: hoje, pela regra geral, homens com 65 anos e mulheres com 60, conseguem se aposentar por idade com 15 anos de tempo de contribuição (180 meses), obtendo, no mínimo, 85% do salário de benefício como renda mensal inicial (assegurado o piso de um salário-mínimo – art. 201, § 2º, da CF). Ademais, hoje, homens e mulheres que atingem as referidas idades dispondo de 30 anos de contribuição, conseguem obter 100% do salário de benefício como renda mensal inicial de suas aposentadorias por idade (Cf. arts. 48 e 50 c/c art. 25, II da Lei nº 8.213/1991).

Assim, caso a reforma seja aprovada, as mulheres já são, de imediato, prejudicadas com acréscimo de 02 anos na idade mínima exigida,[7] e todos,[8] trabalhadores e trabalhadoras, além de terem de contribuir por, no mínimo, mais 10 anos para obter o direito à aposentadoria, terão seus rendimentos severamente reduzidos pela nova fórmula de cálculo: ao invés de, no mínimo, 85% do salário de benefício como renda mensal inicial (RMI da aposentadoria por idade), com 25 anos de tempo de contribuição – o tempo mínimo, pela nova regra, que garantiria, hoje, uma RMI de 95% no caso da aposentadoria por idade –, os futuros(as) aposentados(as) terão 70% do salário de benefício como RMI, sendo que apenas com 40 anos de tempo de contribuição será garantida uma RMI de 100% do salário de benefício.[9]

Se o aumento formal de 10 anos no tempo de contribuição já é impactante por seus resultados matemáticos, quando combinamos isso com a realidade do mercado de

7 Interessante observar que, em todos os aspectos da proposta de reforma, as mulheres são mais intensamente prejudicadas, aumentando-se a idade para concessão da aposentadoria em 02 anos para as seguradas em geral, inclusive para a segurada especial (agricultora em regime de economia familiar) e em 05 anos para a professora de ensino fundamental e médio. Tudo isso, claro, com desconsideração para a persistência das desigualdades de gênero: de acordo com a pesquisa "Retrato das desigualdades de gênero e raça", realizada pelo IPEA em parceria com a ONU Mulheres, as mulheres trabalham, em média, 7,5 horas semanais a mais que os homens e ganham cerca de 30% a menos nos mesmos cargos e tendo a mesma qualificação. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/>. Acesso em: 3 jun. 2017.

8 De acordo com o relatório substitutivo, apenas homens que tiverem, no mínimo, 55 anos e mulheres com, no mínimo, 53 anos na data da promulgação da Emenda, terão direito de se valer das regras de transição, que preveem um pedágio de 30% a mais do tempo que faltava para completarem, respectivamente, 35 e 30 anos de tempo de contribuição.

9 De acordo com as disposições do relatório substitutivo, a RMI será calculada pela seguinte fórmula: 70% do SB + 1,5% para cada ano que superar 25 anos de tempo de contribuição até 30 anos + 2% para cada ano do período de 30 até 35 anos de tempo de contribuição + 2,5% para cada ano que superar 40 anos de tempo de contribuição.

trabalho no Brasil, o resultado é socialmente catastrófico: tendo em conta que a maioria dos trabalhadores(as) brasileiros(as) consegue verter, em média, apenas 05 ou 06 contribuições para a previdência por ano – em razão da alta taxa de informalidade e de rotatividade nos postos de trabalho[10] – os 25 anos de tempo de contribuição se convertem, na realidade, em 50 anos de trabalho no mercado formal, o que significa, tomando por base os dados já apresentados, trabalhar, de forma contínua, dos 16 aos 66 anos de idade para conseguir uma aposentaria no valor de um salário-mínimo.

Em verdade, quando analisamos os dados relativos às concessões de aposentadoria por idade no Brasil, modalidade que corresponde a cerca de 70% de todas as aposentadorias concedidas pelo INSS, constatamos, enfim, o que a reforma da previdência vai ocasionar nas vidas das pessoas: considerando o ano de 2015, por exemplo, 60% das aposentadorias por idade concedidas foram para trabalhadores(as) que não tinham 20 anos de tempo de contribuição (lembrando que a regra atual exige 15 anos como tempo mínimo) e, em 79% delas, os beneficiários não tinham 25 anos de tempo de contribuição. Isso significa, em última instância, que, se a PEC nº 287/2016 for aprovada, cerca de 80% dos(as) trabalhadores(as) brasileiros(as) não conseguirão se aposentar.[11]

Ainda quanto a essa modalidade combinada de aposentadoria, que exige idade e tempo de contribuição mínimos, é preciso destacar a grave situação dos *segurados especiais* que, caso a PEC nº 287/2016 venha a ser aprovada, estarão praticamente excluídos da proteção previdenciária. Isso porque, de acordo com as propostas da reforma, para ter direito à aposentadoria no valor de um salário-mínimo, o segurado especial teria de efetivamente contribuir de forma individualizada por, no mínimo, 15 anos, exigência absolutamente deslocada da dura realidade dos pequenos agricultores que trabalham em regime de economia familiar, pescadores artesanais e seringueiros extrativistas, categorias abarcadas pela figura do segurado especial (art. 11, VII, da Lei nº 8.213/1991).

Atualmente, até por política de incentivo à permanência das famílias no campo,[12] essas categorias de trabalhadores precisam comprovar a manutenção de seus trabalhos nessas condições pelo período mínimo 15 anos, além da idade mínima de 60 anos para homens e 55 anos para mulheres, o que lhes garante uma aposentadoria no valor de um salário-mínimo (art. 39, I, da Lei nº 8.213/1991) – a contribuição somente é exigida quando é feita a comercialização dos produtos, sendo ela válida para todo o núcleo familiar (art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/1991). Exigir que cada um dos membros da família que trabalha em regime de economia familiar, produzindo para o próprio sustento,[13] verta contribuição mensal para a previdência, ainda que com alíquotas "favorecidas", como prevê o texto do relatório, é verdadeiramente optar por excluí-los da rede de proteção previdenciária, uma vez que, não só não têm condições econômicas de fazê-lo, como, inclusive, enfrentariam dificuldades de locomoção para regularizar suas situações com a previdência mês a mês.

10 Dado apresentado pelo professor Claudio Alberto Castelo Branco Puty, do Instituto de Economia da Universidade Federal do Pará, em sua fala durante o evento "Previdência Social: um debate necessário", realizado no dia 19 de abril de 2017, no salão nobre da Faculdade de Direito da USP, pelo Grupo de Educação Fiscal Estadual de São Paulo (GEFE-SP).

11 *Ibidem*.

12 Segundo os dados do último censo agropecuário (IBGE, 2006), a agricultura familiar representa 56% do valor da produção de animais de grande porte, 57% do valor agregado na agroindústria, 63% da horticultura e 80% da extração vegetal no país, tendo enorme representatividade na produção de gêneros alimentícios que compõem a nossa alimentação típica, tais como o feijão e a mandioca. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/50/agro_2006_agricultura_familiar.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

13 Ainda de acordo com o censo agropecuário, apenas três milhões (69,0%) dos produtores familiares declararam ter obtido alguma receita no seu estabelecimento durante o ano de 2006, ou seja, quase um terço da agricultura familiar declarou não ter obtido receita naquele ano. *Ibidem*.

Por último, ainda no âmbito dessa mesma modalidade, importante destacar a situação jurídica dos professores do ensino fundamental e médio, uma vez que as condições especiais para a aposentadoria dos professores do ensino superior já foram suprimidas com a Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998, o que exemplifica nossa afirmação acerca do movimento contínuo de redução de direitos previdenciários. De acordo com o texto do relatório substitutivo, caso a PEC nº 287/2016 seja aprovada, os professores e as professoras terão 60 anos como idade mínima para se aposentar, sem diferenciação de gênero, o que penaliza, uma vez mais, as mulheres, que são ampla maioria no âmbito dessa categoria profissional e sustentam duplas, triplas e até quádruplas jornadas de trabalho.

Além disso, dos professores e professoras, também será exigido 25 anos de tempo de contribuição como mínimo para aposentadoria, sendo que, com esse tempo, terão direito a apenas 70% do salário de benefício como renda mensal inicial da aposentadoria. Tomando-se em consideração que a profissão docente demanda formação em curso superior, o que acaba por retardar o ingresso no mercado de trabalho, imaginemos uma professora que começa a trabalhar na área aos 30 anos: ela terá de trabalhar, pelo menos, até os 70 anos de idade caso queira garantir uma renda mensal inicial de 100% do salário de benefício... o que, de imediato, em consonância com o princípio empático, deveria nos fazer refletir acerca do que significa, em termos de saúde física e mental, estar dentro de sala de aula por 40 anos ininterruptos.

Vista, com riqueza de cenários exemplificativos e a partir do recorte do aumento do tempo contributivo, a profundidade das mudanças nos benefícios de aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição, que passarão a compor uma única modalidade, com severas exigências, cumpre agora salientar as perversas alterações que estão propostas para um dos poucos benefícios previdenciários que, na atualidade, garantem renda de 100% do salário de benefício, uma vez que a razão de sua concessão passa ao largo da "vontade" do(a) segurado(a), estando fundada na "necessidade premente". Estamos falando da *aposentadoria por invalidez*.

2. O rebaixamento de valores das aposentadorias por invalidez: "salvar" a previdência para quem?

No tocante a essa modalidade de aposentadoria, de início, é de relevo explicitar que o já aludido processo de restrição de direitos previdenciários tem feito aumentar as dificuldades para sua concessão e gozo. Por exemplo, a partir da redação do artigo 42 da Lei nº 8.213/1991, que atesta que a aposentadoria por invalidez é devida quando o segurado for "considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício que lhe garanta a subsistência", sendo ela devida "*enquanto permanecer desta condição*", a Lei nº 13.457/2017, já referida nesse texto, incluiu o § 4º ao artigo 43 da Lei nº 8.213/1991,



dispondo que o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez pode ser convocado "*a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria, concedida judicial ou administrativamente*", dando azo à interpretação da precariedade absoluta do ato de concessão, que pode ser revogado a qualquer momento, ficando na mera dependência do resultado da avaliação pericial administrativa.

De qualquer forma, é preciso reconhecer que, figurando como modalidade de aposentadoria não eletiva, ou seja, que decorre, não da manifestação de vontade do segurado, mas de causa superveniente a esta, a aposentadoria por invalidez ainda figura como um dos poucos benefícios previdenciários que garantem pagamento de renda mensal inicial corresponde a 100% do salário de benefício (art. 44 da Lei nº 8.213/1991). Pelo menos, enquanto não for aprovada a reforma previdenciária. Isto porque, de acordo com o texto da PEC nº 287/2016 e de seu relatório substitutivo, a porcentagem de 100% do salário de benefício estaria garantida apenas nos casos em que a invalidez decorrer de acidente de trabalho ou doença profissional ou do trabalho. Nos demais casos, como, por exemplo, uma invalidez resultante de doença grave, contagiosa ou incurável não relacionada ao trabalho, o valor do benefício será proporcional ao tempo de contribuição, garantindo-se apenas 70% do salário de benefício para todo segurado que não houver completado 25 anos do tempo de contribuição quando da constatação da invalidez total e permanente não decorrente de questões afetas ao trabalho.[14]

Assim, se tomarmos o exemplo de um segurado acometido por câncer que contribua para previdência há 05 anos, pelas regras atuais, estando ele total e permanentemente incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação, receberia a aposentadoria por invalidez com RMI de 100% do salário de benefício, independentemente de sua idade; em sendo a PEC 287/2016 aprovada, sua aposentadoria, nesse mesmo caso, seria de apenas 70% do salário de benefício, o que representa uma perda de 30% do total de rendimentos, redução essa que, em verdade, pode significar a diferença entre vida e morte para alguém em luta contra o câncer.

Tamanho retrocesso em benefício com caráter protetivo tão acentuado é demonstrativo da ideia geral que perpassa todas as propostas contidas na PEC nº 287/2016, que se propõem a salvaguarda dos cofres públicos, ainda que isso signifique sacrificar, não apenas o bem-estar, mas a própria vida dos trabalhadores e trabalhadoras. E os "sacrifícios" feitos ao "deus mercado" se dão sem a divulgação e transparência acerca das manobras contábeis e ilegalidades utilizadas na produção do tão propalado déficit previdenciário, como vem demonstrando a Associação Nacional dos Auditores da Receita Federal do Brasil (ANFIP), ao longo dos anos, com a série histórica "Análise da Seguridade Social".[15]

Nesse sentido, nos impressiona a reiteração da mesma argumentação do "terror econômico" a cada novo ciclo de retração de direitos previdenciários, o que fica bem demonstrado pela recuperação das palavras de Aluísio Teixeira, datadas 2004 e perfeitamente aplicáveis à conjuntura atual, 13 anos depois:

14 Isso significa que, apenas segurados com mais de 25 anos de tempo de contribuição que se tornarem total e permanentemente incapazes em razão de doença grave, contagiosa ou incurável não relacionada ao trabalho receberão RMI superior a 70% do salário de benefício. Tomando a idade mínima de 16 anos para ingresso no mercado de trabalho, apenas a partir dos 42 anos, um segurado acometido por neoplasia maligna incapacitante poderia se aposentar por invalidez recebendo mais que 70% do salário de benefício, passando a receber "incríveis" 71,5% como RMI de sua aposentadoria.

15 A última publicação, referente ao ano de 2015, que comprova o superávit de 11 bilhões nas contas da seguridade social, mesmo em um ano de agravamento da situação econômica do país, está disponível em: <https://www.anfip.org.br/doc/publicacoes/20161013104353_Analise-da-Seguridade-Social-2015_13-10-2016_Anlise-Seguridade-2015.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

> A ideia de "reforma previdenciária" tornou-se uma expressão cabalística ou um artigo de fé, perante o qual todos têm que se curvar e prestar homenagem. Intelectuais, políticos, a imprensa de um modo geral, muitos sem o menor conhecimento do assunto, proclamam a sua necessidade sem sequer discutir do que se trata. Formou-se um consenso nacional quanto à importância de realizá-la, sob o pretexto de que, sem ela, qualquer política voltada à retomada do crescimento econômico estará fadada ao mais rotundo fracasso.[16]

Portanto, verifica-se que a nova rodada de diminuição dos patamares protetivos da previdência social, representada pela PEC nº 287/2016, caracteriza-se pelo empenho em aumentar a captação de recursos dos trabalhadores e trabalhadoras, por meio do aumento do tempo de contribuição, ao mesmo tempo que dificulta o acesso às aposentadorias e rebaixa seus valores, além de incentivar rupturas no seio da classe trabalhadora, colocando trabalhadores e aposentados como "concorrentes".

Nessa dinâmica, não importa se, por exemplo, 80% da classe trabalhadora terá de trabalhar, em média, 50 anos no mercado formal para conseguir obter os 25 anos de tempo mínimo de contribuição e aposentar-se com benefício no valor de um salário-mínimo, ou mesmo se os segurados incapazes para o trabalho receberão proteção absolutamente precária, com redução de até 30% no valor de seus benefícios. Afinal, como nos lembra Marcus Orione Gonçalves Correia:

> [...] o que importa é a geração de valores para o cumprimento de compromissos como superávit primário, ajuste fiscal e controle de inflação. A previdência social passa, com o tempo, a ser uma peça chave para o cumprimento de metas ligadas a esta tríade. Não está em jogo, portanto, se os valores economizados implicarão a redução do déficit da previdência (embora se queira fazer crer o contrário) – que, neste modelo, existirá sempre, inclusive como forma de ameaçar e romper o pacto entre trabalhadores ativos e inativos.[17]

Constata-se, portanto, que a essência por detrás da aparência do respeito ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial – mais uma contribuição do movimento contínuo de retração de direitos previdenciários, de que é importante exemplo histórico a EC nº 20/98 que o cunhou – não se relaciona com a construção de uma "previdência social mais justa e equilibrada", voltada para a garantia de proteção futura à classe trabalhadora, como querem fazer crer os defensores da PEC nº 287/2016.

Em verdade, a defesa da "saúde financeira" da previdência está imbricada no processo de contínua e aprofundada reversão dos valores captados dos trabalhadores e trabalhadoras, via contribuições sociais, para os capitais financeiros, retroalimentando o processo de financeirização da economia capitalista que, no Brasil, ganha contornos ainda mais trágicos diante da manutenção do título de "o país com as mais altas taxas de juros".[18]

Rasgar esse véu ideológico que sustenta a "inevitabilidade" da reforma é ponto central para o acirramento das lutas de classes e garantia da possibilidade de reprodução da vida de milhões de brasileiros, ainda que nos marcos do capitalismo.

16 TEIXEIRA, Aluísio *apud* GENTIL, Denise Lobato. Política econômica e seguridade social no período pós-1994. *In*: FAGNANI, Eduardo; HENRIQUE, Wilnês; LUCIO, Clemente Ganz (Orgs.). *Previdência social*: como incluir os excluídos? Uma agenda voltada para o desenvolvimento econômico com distribuição de renda. Debates contemporâneos, economia social e do trabalho. São Paulo: LTr, 2008. v. 4, p. 356.

17 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Dilma e a vaca profanada. *Blog da Boitempo*, 28 jan. 2015, p. 17.

18 BARRUCHO, Luis. Apesar de 1ª queda em 4 anos, Brasil continua com juros reais mais altos do mundo. *BBC Brasil*, Londres, 19 out. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37710131>. Acesso em: 4 jun. 2017.

Considerações finais.

Expostas as potenciais consequências do aumento do tempo de contribuição para acesso às principais modalidades de aposentadoria, espera-se ter conseguido esclarecer as reais motivações das propostas de reforma previdenciária, que passam ao largo da preocupação em garantir proteção social aos(as) segurados(as) do RGPS.

Nesse sentido, para além do rechaço à instituição de idades mínimas sem correlação com a realidade do mercado de trabalho brasileiro, é preciso destacar que a exigência de *25 anos de tempo de contribuição como mínimo* para acesso a um benefício pode vir a comprometer, no futuro, a aposentadoria de cerca de 80% da classe trabalhadora, prejudicando, sobretudo, os(as) mais vulneráveis economicamente, em especial, as mulheres. De imediato, as gerações do presente sentirão na carne o corte da proteção previdenciária, traduzido no rebaixamento de cerca de 30% nos valores de suas aposentadorias.

Diante desse quadro, o posicionamento de todos(as) aqueles(as) que compreendem a previdência social como garantia de renda para quem trabalhou por toda a vida deve ser de oposição à PEC nº 287/2016 e a seu relatório substitutivo, elaborados sem participação popular e com o intento de fazer com que, uma vez mais, os trabalhadores(as) paguem, com suas aposentadorias, por uma crise que não produziram.

Referências.

ANFIP (Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil); DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos). *Previdência*: reformar para excluir? Contribuição técnica ao debate sobre a reforma da previdência social brasileira. Brasília: ANFIP/DIEESE, 2017. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Documento_Completo.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____ ; Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social e Tributário. *Análise da seguridade social* 2015. 16. ed. Brasília: ANFIP, 2016. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/doc/publicacoes/20161013104353_Analise-da-Seguridade-Social-2015_13-10-2016_Anlise-Seguridade-2015.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

BARRUCHO, Luis. Apesar de 1ª queda em 4 anos, Brasil continua com juros reais mais altos do mundo. *BBC Brasil*, Londres, 19 out. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37710131>. Acesso em: 4 jun. 2017.

BRASIL. Poder Executivo. *Proposta de Emenda Constitucional n. 287*. Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. 05 dez. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D1F2433FCA0B5FB3F5D663CCBAA41FDA.proposicoesWebExterno2?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____ . Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda Constitucional n. 287, de 2016. *Relatório Substitutivo do relator, Deputado Arthur Oliveira Maia*. 19 abr. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1547049&filename=SBT+2+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Acesso em: 2 jun. 2017.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Dilma e a vaca profanada. *Blog da Boitempo*, 28 jan. 2015. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2015/01/28/dilma-e-a-vaca-profanada/>. Acesso em: 26 set. 2015.

FALEIROS, Vicente de Paula. Previdência social: conflitos e consensos. *Ser Social: Revista do Programa de Pós-graduação em Política Social da Universidade de Brasília*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 29-73, jan./jun. 1998. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/287/105>. Acesso em: 21 maio 2017.

FAGNANI, Eduardo. Previdência: reformar para excluir. *In*: RAMOS, Gustavo Teixeira *et al* (Coords.) *O golpe de 2016 e a reforma da previdência:* narrativas de resistência. Bauru: Canal 6, 2017.

_____ . Reforma da previdência: direito ou negócio? *In*: RAMOS, Gustavo Teixeira *et al* (Coords.) *O golpe de 2016 e a reforma da previdência:* narrativas de resistência. Bauru: Canal 6, 2017.

FRANÇA, Álvaro Sólon de. *A previdência social e a economia dos municípios*. 6. ed. São Paulo: ANFIP, 2011. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/doc/publicacoes/20120726210022_Economia-nos-municpios_26-07-2011_2011_Economia_dos_municipios.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

GENTIL, Denise Lobato. Política econômica e seguridade social no período pós-1994. *In*: FAGNANI, Eduardo; HENRIQUE, Wilnês; LUCIO, Clemente Ganz (Orgs.). *Previdência social*: como incluir os excluídos? Uma agenda voltada para o desenvolvimento econômico com distribuição de renda. Debates contemporâneos, economia social e do trabalho. São Paulo: LTr, 2008. v. 4. p. 355-371.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). *Censo agropecuário 2006*. Rio de Janeiro: IBGE, 2009. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/50/agro_2006_agricultura_familiar.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada); ONU Mulheres. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/>. Acesso em: 3 jun. 2017.

PROTESTOS contra a reforma da Previdência são registrados em ao menos 16 Estados e no DF. *UOL*, São Paulo, 31 mar. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/03/31/protestos-contra-a-reforma-da-previdencia-bloqueiam-vias-da-capital-e-da-grande-sp.htm>. Acesso em: 3 jun. 2017.

ROSA, Vera; MONTEIRO, Tânia. Planalto apela à verba de publicidade para aprovar reforma da previdência. *O Estado de S. Paulo,* São Paulo, 10 abr. 2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-apela-a-verba-de-publicidade-para-aprovar-reforma-da-previdencia,70001734212>. Acesso em: 3 jun. 2017.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0002962-63.2007.4.03.6100
(2007.61.00.002962-9)

Apelante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM
Apelada: BRASÍLIA SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: Ap 1511241
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/09/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. REJEIÇÃO DA PROPOSTA DA LICITANTE. RECURSO ADMINISTRATIVO APRECIADO PELO PREGOEIRO. IMPOSSIBILIDADE.
1. O pregão, como modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, foi instituído pela Lei nº 10.520/2002, e regulamentado na forma eletrônica pelo Decreto nº 4.450/2005.
2. O licitante tem o direito subjetivo a interpor recurso administrativo da decisão do pregoeiro que rejeitar a sua proposta, hipótese em que lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as suas fundamentações.
3. *In casu*, o pregoeiro rejeitou a proposta da apelada por considerá-la inexequível. Contudo, ao manifestar intenção de interpor recurso contra esta decisão, o pregoeiro rejeitou o intento, mantendo o entendimento por ele anteriormente adotado.
4. Viola o art. 26, o art. 11, VII e o art. 8º, IV, todos do Decreto nº 4.450/2005, a conduta adotada pelo pregoeiro que, ao manter sua decisão, deixa de encaminhar o recurso administrativo da parte autora à autoridade competente para julgá-lo. Precedentes.
5. Apelação não 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, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de agosto de 2017.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em ação de rito ordinário, proposta por BRASILIA SERVICOS DE INFORMATICA LTDA., em que pleiteou a declaração de nulidade da decisão do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM que rejeitou a apresentação de recurso administrativo no Pregão Eletrônico nº 001/2007.

Alegou a autora, em sua inicial, que: o DNPM publicou o edital de licitação, na modalidade Pregão Eletrônico, cujo objeto seria a "contratação de empresa especializada para prestação do serviço de Apoio Administrativo ao 2º Distrito do Departamento Nacional de Proteção Mineral em São Paulo - SP"; teve sua proposta comercial desclassificada, após a fase de lances, sob a alegação de que a proposta apresentada seria inexequível; manifestou a intenção de interpor recurso contra a decisão que a desclassificou do certame, o que lhe foi negado pelo pregoeiro, violando o princípio do devido processo legal, entre outros preceitos constitucionais.

Na sentença, o r. Juízo *a quo* julgou procedente em parte o pedido, "para declarar nulo o ato administrativo que negou à autora o direito de apresentar as razões de recurso no Pregão Eletrônico nº 001/2007 e determinar ao réu que lhe conceda o prazo de 3 (três) dias, contado a partir de sua intimação formal, para apresentar as razões de recurso" (fls. 216).

Apela o DNPM aduzindo, em síntese, que: a apelada foi desclassificada em razão de ter apresentado proposta inexequível; quando manifestou interesse em apresentar recurso, afirmou que buscaria comprovar exclusivamente a exequibilidade de sua proposta; a recusa foi válida porque o motivo utilizado tem natureza procedimental, não sendo adequado naquele momento discutir a comprovação da exequibilidade.

Decorrido *in albis* o prazo para apresentação das contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Não assiste razão à apelante, devendo a r. sentença ser mantida nos termos em que foi lançada.

O pregão, como modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, foi instituído pela Lei nº 10.520/2002, e regulamentado na forma eletrônica pelo Decreto nº 4.450/2005.

O art. 4º da Lei nº 10.520/2002 assevera que a fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados. Em seu inciso XXVIII preceitua que:

> XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a *intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso*, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Especificamente quanto ao pregão na modalidade eletrônica, o Decreto nº 4.450/2005 estabelece que:

> Art. 26. Declarado o vencedor, *qualquer licitante poderá*, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, *manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso*, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes

> assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.
> (...)

Da leitura dos citados dispositivos, constata-se que o licitante tem o *direito subjetivo* a interpor recurso administrativo da decisão do pregoeiro que rejeitar a sua proposta, hipótese em que lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as suas fundamentações.

Ainda segundo o mesmo Decreto, o art. 11 estabelece a competência do pregoeiro para:

> VII - receber, examinar e decidir os recursos, *encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão*;

E, complementando a regra citada, prevê o art. 8º que:

> Art. 8º À autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade, cabe:
> (...)
> *IV - decidir os recursos contra atos do pregoeiro quando este mantiver sua decisão;*

In casu, o DNPM/SP publicou edital de licitação nº 001/2007, na modalidade pregão eletrônico, tendo por objeto a "contratação de empresa especializada para prestação do serviço de Apoio Administrativo ao 2º Distrito do Departamento Nacional de Proteção Mineral em São Paulo - SP" (fls. 21).

Posteriormente, a apelada teve sua proposta comercial desclassificada, sob o argumento de que ela seria inexequível (fls. 76).

Ao manifestar sua intenção de recorrer, a parte autora indicou como motivo o fato de que "o preço apresentado após a fase de lances contempla todos os custos inerentes ao objeto licitado, bem como os benefícios das Convenções Coletivas e Legislações vigentes" (fls. 78).

No entanto, a intenção de recurso foi recusada pelo pregoeiro, sob o argumento de que sua proposta de lance seria inexequível (fls. 78).

Ora, a conduta adotada pelo pregoeiro viola o art. 26, o art. 11, VII e o art. 8º, IV, todos do Decreto nº 4.450/2005, vez que, ao manter sua decisão, deveria ter encaminhado o recurso administrativo da parte autora à autoridade competente para julgá-lo.

De fato, como ressaltado na r. sentença, a competência do pregoeiro restringe-se ao exame de admissibilidade da intenção de recorrer, "não sendo possível sua manifestação de forma antecipada a respeito de suas convicções sobre o mérito do assunto que será tratado na peça recursal, sob pena de violar o direito de recurso do interessado e, por consequência, os princípios do devido processo legal e da ampla defesa" (fls. 215v.).

Daí porque, como a conduta perpetrada pelo pregoeiro violou os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, de forma que deve ser mantida a r. sentença que declarou nulo o ato administrativo que negou à parte autora o direito de apresentar as razões de recurso no Pregão Eletrônico nº 001/2007.

Em casos análogos, outras Cortes Federais assim já decidiram:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. LICITAÇÃO. PREGÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPETRANTE. SUPOSTA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO. INADIMSSÃO SUMÁRIA DO RECURSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE

DO ATO CONFIGURADA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. SENTENÇA MANTIDA.
(...)
2. *Afigura-se ilegal* a desclassificação da impetrante por suposta infringência ao disposto no item 3.7 do Edital, que veda a participação no Pregão de sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico e *a inadmissão sumária do recurso da impetrante contra tal decisão, uma vez que o disposto no inciso XVIII do art. 4º da Lei 10.520/2002 possibilita a qualquer licitante recorrer da declaração do vencedor do certame.*
(...)
(TRF1, REMESSA 00234740920134014000, Relator Desembargador Federal Néviton Guedes, Quinta Turma, e-DJF1 de 14/10/2016) (Grifei)

ADMINISTRATIVO. REMESSA *EX OFFICIO*. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. INTENÇÃO RECURSAL DA LICITANTE REJEITADA PELA PREGOEIRA ADENTRANDO NO MÉRITO ADMINSITRATIVO. INOBSERVÂNCIA DO DUPLO GRAU ADMINISTRATIVO E DAS REGRAS EDITALÍCIAS.
1. A Lei nº 10.520/2002, que regulamenta a modalidade licitatória denominada Pregão, assegura aos licitantes que, declarado o vencedor, é cabível a imediata e motivada manifestação acerca da intenção de recorrer, oportunidade em que "lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso", *ex vi* do art. 4º, inciso XVIII.
2. *Conquanto seja atribuição do Pregoeiro a análise dos requisitos de admissibilidade do recurso administrativo, ao rejeitar a intenção recursal do licitante adentrando no mérito do recurso restou evidenciado que este extrapolou os limites de sua competência, configurando verdadeira afronta ao devido processo legal, que assegura o duplo grau administrativo, bem como as próprias regras editalícias, ensejando a anulação do ato.*
3. Merece ser prestigiada a sentença que, confirmando a liminar, concedeu a segurança para suspender o pregão eletrônico, determinando a abertura de 3 (três) dias de prazo à licitante para apresentação das razões recursais, e, após, o prosseguimento das demais fases do certame.
4. Remessa necessária desprovida.
(TRF2, REOAC 01299827320154025101, Relator Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva, 8ª Turma Especializada, j. 24/10/2016) (Grifei)

Ante o exposto, *nego* provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0002673-38.2009.4.03.6108
(2009.61.08.002673-8)

Apelante: DINAH ROSSITTO DI PIERO
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: Ap 326538
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. GDAFAZ. GRATIFICAÇÕES DE DESEMPENHO INDIVIDUAL PERCEBIDAS PELOS SERVIDORES ATIVOS. EXTENSÃO AOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS. PARIDADE. POSSIBILIDADE. CARÁTER GERAL DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES STF. SÚMULA VINCULANTE Nº 20, STF. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. NORMA DE NATUREZA GERAL E LINEAR. PERDA DO CARÁTER "*PRO LABORE FACIENDO*". TERMO FINAL.

1. Preliminarmente, por se tratar a lide de relação de trato continuado, o fundo de direito não é alcançado pela prescrição, mas apenas as parcelas vencidas há mais de 5 (cinco) anos contados da propositura da ação, nos termos da *Súmula 85 do STJ*: "nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Publica figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação". Assim, tendo sido a ação ajuizada em 03/04/2009, prescritas estão as eventuais parcelas anteriores a 03/04/2004.

2. Acerca do aspecto temporal, a isonomia entre os servidores inativos e ativos foi inicialmente estabelecida nos termos do art. 40, § 8º da CF/88, na redação dada pela EC nº 20, de 15/12/1998.

3. Posteriormente, com o advento da EC nº 41/2003, a isonomia entre os servidores ativos e inativos foi garantida apenas em relação aos servidores que, à época da publicação da EC 41/03, já ostentavam a condição de aposentados, pensionistas ou tinham preenchido os requisitos para a aposentadoria.

4. Em seguida, com a publicação da EC nº 47, de 5 de julho de 2005, restaram flexibilizados alguns direitos previdenciários suprimidos pela EC nº 41/2003, e foi mantida a regra de paridade para os servidores aposentados ou pensionistas, com base no art. 3º, àqueles que tenham ingressado no serviço público *até 16 de dezembro de 1998*, desde que preenchidos cumulativamente os requisitos ali indicados.

5. Da leitura dos dispositivos citados, de se concluir que a regra da paridade entre ativos e inativos, inicialmente prevista no § 8º do art. 40 da CF/88 (com a redação dada pela EC nº 20/98), restou assim mantida para: a) aos aposentados e pensionistas que fruíam do benefício na data da publicação da EC nº 41/03 (19.12.2003); b) aos que tenham sido submetidos às regras de transição do art. 7º da EC nº 41/03 (nos termos do parágrafo único da EC nº 47/05); c) aos que tenham se aposentado na forma do

caput do art. 6º da EC nº 41/03, c/c o art. 2º da EC nº 47/05 (servidores aposentados que ingressaram no serviço até a data da entrada em vigor da EC nº 41/03); d) aos aposentados com esteio no art. 3º da EC nº 47/05 (servidores aposentados que ingressaram no serviço público até 16.12.1998).

6. *In casu*, cinge a controvérsia acerca da possibilidade de extensão aos servidores inativos das gratificações devidas aos servidores ativos, por desempenho pessoal e institucional de caráter "*pro labore faciendo*" - ou seja - devidas no exercício efetivo de atividade específica.

7. De início, impende ressaltar que o STF, ao apreciar situação análoga ao caso em comento, especificamente da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico- Administrativa - GDATA (RE nº 597.154, em 19.02.2009, rel. Ministro Gilmar Mendes) reconheceu a existência de repercussão geral em relação à matéria e à luz da redação original do art. 40, §§ 4º e 8º da CF/88 (com a redação dada pela EC nº 20/98), e entendeu que mesmo nas gratificações de caráter "*pro labore faciendo*" deve ser aplicada a paridade entre os servidores da ativa e os inativos, desde que se trate de vantagem genérica.

8. Com efeito, entendeu o STF que a partir da promulgação da Lei nº 10.971/04, a GDATA perdeu o seu caráter "*pro labore faciendo*" e se transformou numa gratificação geral, uma vez que os servidores passaram a percebê-la independentemente de avaliação de desempenho.

9. Em resumo, os servidores inativos têm direito adquirido à percepção das mesmas vantagens e benefícios concedidos aos servidores em atividade, mesmo em relação às gratificações de caráter "*pro labore faciendo*", até que seja instituída novel disciplina que ofereça os parâmetros específicos para a avaliação de desempenho individual e institucional.

10. Do contrário, até sua regulamentação, as gratificações por desempenho, de forma geral, deverão assumir natureza genérica e caráter invariável. Em outras palavras, o marco que define o fim do caráter linear de uma gratificação é a implementação do primeiro ciclo de avaliação de desempenho, momento em que o benefício passa a revestir-se de individualidade (RE 631.389, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 25.9.2013).

11. Tal entendimento resultou na edição da Súmula Vinculante nº 20, a respeito da GDATA - Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa, "*verbis*": "A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico- Administrativa -GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002, e nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o art. 1º da Medida Provisória nº 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos."

12. Referido posicionamento, encontra-se em consonância com jurisprudência assente no STF, bem como nos Tribunais Regionais Pátrios, e por analogia, deve ser aplicado às gratificações por desempenho, ora em comento, porquanto as citadas gratificações de desempenho possuem características inerentes em comum, visto que consagram em sua essência o princípio da eficiência administrativa.

13. A Lei 11.357/2006, ao instituir Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte - GDPGTAS - em favor dos titulares dos cargos do Plano

Geral de Cargos do Poder Executivo, estabeleceu que a gratificação seria paga aos servidores ativos, inativos e pensionistas.
14. Nos termos explanados no tópico anterior, há que se ressaltar que o art. 7º, §10, da Lei 11.357/2006, ao autorizar o pagamento da verba a servidores inativos, não deixa dúvida quanto ao caráter remuneratório de ordem geral de que se reveste a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte - GDPGTAS.
15. Com efeito, não instituídos critérios de avaliação qualitativa de desempenho dos servidores em atividade, a pontuação a eles concedida deve ser estendida aos servidores inativos e aos pensionistas desde 01.07.2006 (data da edição da MP nº 304/2006 convertida na Lei nº 11.357/2006) e até que seja a gratificação regulamentada e que sejam processados os resultados da primeira avaliação individual e institucional, no valor correspondente a 80% de seu valor máximo, observada a classe e o padrão do servidor.
16. A partir de 1º de julho de 2006, cabe o pagamento da GDPGTAS, no valor equivalente a 80% (§ 9º do art. 7º da Lei nº 11.357/06), nos moldes em que foi paga, de maneira geral, aos servidores em atividade. É de ser limitada a percepção da GDPGTAS à sua extinção pela Medida Provisória nº 431/2008, convertida na Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, ou seja, até 31.12.2008, a partir de quando é instituída a Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – GDPGPE.
17. A Gratificação de Desempenho de Atividade Fazendária GDAFAZ) foi instituída pela Lei nº 11.907/2009, sendo devida aos servidores ocupantes dos cargos de provimento efetivo do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda quando lotados e no exercício das atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo nas unidades do Ministério da Fazenda.
18. Vê-se, pois, que a GDAFAZ era paga indistintamente a todos os servidores do quadro do Ministério da Fazenda, inclusive, àqueles que tinham retornado de licença sem vencimento ou de cessão ou de outros afastamentos sem direito à percepção da gratificação, independentemente de qualquer requisito, demonstrando, assim, ser uma vantagem de natureza genérica, motivo pelo qual deveria ter sido estendida aos aposentados e pensionistas daquele órgão nos mesmos patamares concedidos aos servidores ativos.
19. No caso dos autos, a impetrante é pensionista de servidor aposentado em *08/03/1991* (fls. 16) e recebe o benefício da pensão desde 10/11/2007, portanto, constata-se que a data da aposentadoria do instituidor da pensão, foi anterior ao período do regramento que estipulou os parâmetros de avaliação, razão por que a paridade requerida é devida nos termos acima apresentados. Vale dizer, a impetrante faz jus à percepção da GDAFAZ no mesmo patamar percebido pelos servidores da ativa, no montante de 80 (oitenta) pontos, no período compreendido entre 01/07/2008 (data da instituição da referida Gratificação - MP nº 441/08) até 31 de outubro de 2010 (fim do primeiro ciclo de avaliações de desempenho).
20. Assim, considerando que o resultado da primeira avaliação de desempenho gera efeitos financeiros a partir do início do primeiro período de avaliação (15/09/2010 - data da publicação da referida portaria), até o encerramento em 31/10/2010, conclui-se que a GDAFAZ deixa de ter natureza genérica a partir de então.
21. A *correção monetária* pelas atuais e vigentes Resoluções CJF nºs 134/2010 e 267/2013, até 30 de junho de 2009, a partir de quando será também aplicado o IPCA-e determinado naquelas normas, no entanto por força do entendimento acima

fundamentado;
22. Os *juros moratórios* serão contabilizados: a) no importe de 1% ao mês até 26 de agosto de 2001, nos termos do Decreto nº 2.322/87; b) a partir de 27 de agosto de 2001 até 29 de junho de 2009, no patamar de 0,5% ao mês, consoante redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 atribuída pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001; c) a partir de 30 de junho de 2009 até 3 de maio de 2012, incidirão à razão de 0,5% ao mês por força da edição da Lei nº 11.960/2009 e d) a partir de 4 de maio de 2012, incidirão juros de 0,5% ao mês, caso a Taxa SELIC ao ano seja superior a 8,5% ou 70% da Taxa SELIC ao ano, nos demais casos, dada a edição da Medida Provisória 567/2012, convertida na Lei nº 12.703/2012.
23. Por tais razões, de rigor a reforma da sentença primeva, para reconhecer o pedido da impetrante à percepção da GDAFAZ, no montante de 80 (oitenta) pontos, no período compreendido entre 01/07/2008 (data da instituição da referida Gratificação - MP nº 441/08, convertida na Lei nº 11.907/2009) até 31 de outubro de 2010 (fim do primeiro ciclo de avaliações de desempenho). Com aplicação da prescrição quinquenal das parcelas anteriores a 03/04/2004 e incidência de correção monetária e juros de mora, nos termos do tópico próprio desenvolvido no voto.
24. Sem condenação em honorários advocatícios, na forma do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.
25. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de outubro de 2017.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se na origem, de mandado de segurança, impetrado por DINAH ROSSITO DI PIERO, pensionista de servidor público falecido, objetivando o restabelecimento do pagamento e a incorporação da gratificação GDAFAZ, em paridade com os servidores que percebem o benefício anterior à data de 19 de fevereiro de 2004. A ação foi proposta em 03/04/2009.

Processado o feito, sobreveio sentença de improcedência por entender que somente as aposentadorias e pensões instituídas até 19 de fevereiro de 2004 fazem jus à incorporação da GDAFAZ, nos termos da Lei nº 11.907/09

Inconformada, apela a autora, às fls. 65/70, alegando em suma a necessidade de procedimento administrativo com o fim de possibilitar à impetrante o direito à ampla defesa e o contraditório, assevera a violação aos princípios constitucionais da igualdade e do devido processo legal, pugna pela aplicação dos princípios da Administração Pública ao caso. (Fls. 65/70)

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

O Ministério Público Federal opina por negar provimento à apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

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

1. Prescrição

Preliminarmente, por se tratar a lide de relação de trato continuado, o fundo de direito não é alcançado pela prescrição, mas apenas as parcelas vencidas há mais de 5 (cinco) anos contados da propositura da ação, nos termos *da Súmula 85 do STJ*:

> nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Publica figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.

Assim, tendo sido a ação ajuizada em 03/04/2009, prescritas estão as eventuais parcelas anteriores a 03/04/2004.

2. Aspecto temporal da regra de paridade

Acerca do aspecto temporal da paridade, a isonomia entre os servidores inativos e ativos foi inicialmente estabelecida nos termos do art. 40, § 8º da CF/88, na redação dada pela EC nº 20, de 15/12/1998, que previa o seguinte:

> § 8º. Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Posteriormente, com o advento da EC nº 41/2003, a isonomia entre os servidores ativos e inativos foi garantida apenas em relação aos servidores que, à época da publicação da EC 41/03, já ostentavam a condição de aposentados, pensionistas ou tinham preenchido os requisitos para a aposentadoria. Conforme os dispositivos abaixo transcritos, vejamos:

> Art. 3º. É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.
> (...)
> Art. 6º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição

> Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:
> I - sessenta anos de idade, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade, se mulher;
> II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
> III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e
> IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.
> Art. 7º. Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Em seguida, com a publicação da EC nº 47, de 5 de julho de 2005, restaram flexibilizados alguns direitos previdenciários suprimidos pela EC nº 41/2003, e foi mantida a regra de paridade para os servidores aposentados ou pensionistas, com base no art. 3º, àqueles que tenham ingressado no serviço público *até 16 de dezembro de 1998*, desde que preenchidos cumulativamente os requisitos ali indicados, *in verbis*:

> Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:
> I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
> II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;
> III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo.
> Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

Da leitura dos dispositivos anteriormente transcritos, de se concluir que a regra da paridade entre ativos e inativos, inicialmente prevista no § 8º do art. 40 da CF/88 (com a redação dada pela EC nº 20/98), restou assim mantida para: a) aos aposentados e pensionistas que fruíam do benefício na data da publicação da EC nº 41/03 (19.12.2003); b) aos que tenham sido submetidos às regras de transição do art. 7º da EC nº 41/03 (nos termos do parágrafo único da EC nº 47/05); c) aos que tenham se aposentado na forma do *caput* do art. 6º da EC nº 41/03, c/c o art. 2º da EC nº 47/05 (servidores aposentados que ingressaram no serviço até a data da entrada em vigor da EC nº 41/03); d) aos aposentados com esteio no art. 3º da EC nº 47/05 (servidores aposentados que ingressaram no serviço público até 16.12.1998).

3. As gratificações de desempenho e a analogia em relação à GDATA (Súmula Vinculante nº 20, STF)

In casu, cinge a controvérsia acerca da possibilidade de extensão aos servidores inativos das gratificações devidas aos servidores ativos, por desempenho pessoal e institucional de caráter *"pro labore faciendo"* - ou seja - devidas no exercício efetivo de atividade específica.

De início, impende ressaltar que o STF, ao apreciar situação análoga ao caso em comento, especificamente da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico- Administrativa - GDATA (RE nº 597.154, em 19.02.2009, rel. Ministro Gilmar Mendes) reconheceu a existência de repercussão geral em relação à matéria e à luz da redação original do art. 40, §§ 4º e 8º da CF/88 (com a redação dada pela EC nº 20/98), e entendeu que mesmo nas gratificações de caráter *"pro labore faciendo"* deve ser aplicada a paridade entre os servidores da ativa e os inativos, desde que se trate de vantagem genérica.

Com efeito, entendeu o STF que a partir da promulgação da Lei nº 10.971/04, a GDATA perdeu o seu caráter *"pro labore faciendo"* e se transformou numa gratificação geral, uma vez que os servidores passaram a percebê-la independentemente de avaliação de desempenho.

Em resumo, os servidores inativos têm direito adquirido à percepção das mesmas vantagens e benefícios concedidos aos servidores em atividade, mesmo em relação às gratificações de caráter *"pro labore faciendo"*, até que seja instituída novel disciplina que ofereça os parâmetros específicos para a avaliação de desempenho individual e institucional.

Do contrário, até sua regulamentação, as gratificações por desempenho, de forma geral, deverão assumir natureza genérica e caráter invariável. Em outras palavras, o marco que define o fim do caráter linear de uma gratificação é a implementação do primeiro ciclo de avaliação de desempenho, momento em que o benefício passa a revestir-se de individualidade (RE 631.389, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 25.9.2013).

Tal entendimento resultou na edição da Súmula Vinculante nº 20, a respeito da GDATA - Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa, *"verbis"*:

> A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico- Administrativa -GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002, e nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o art. 1º da Medida Provisória nº 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.

Referido posicionamento, encontra-se em consonância com jurisprudência assente no STF, bem como nos Tribunais Regionais Pátrios, e por analogia, deve ser aplicado às gratificações por desempenho individual ou institucional, ora em comento, porquanto as referidas gratificações possuem características inerentes em comum, visto que consagram em sua essência o princípio da eficiência administrativa.

4. A GDPGTAS e a GDAFAZ - termo final da paridade

A Lei 11.357/2006, ao instituir Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte - GDPGTAS - em favor dos titulares dos cargos do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo, estabeleceu que a gratificação seria paga aos servidores ativos, inativos e pensionistas.

Com efeito, dispôs o art. 7º da Lei 11.357/2009, *in verbis*:

> Art. 7º Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte - GDPGTAS, devida aos titulares dos cargos do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo, quando lotados e em exercício das atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo nos órgãos ou entidades da administração pública federal, em função do desempenho individual do servidor e do alcance de metas de desempenho institucional, tendo como valores máximos os constantes do Anexo V desta Lei.

Todavia, o § 1º do referido artigo estabeleceu limites na percepção da GDPGTAS, atribuindo pontuação aos servidores em atividade, conforme seu desempenho institucional e individual mediante avaliação de desempenho, enquanto o § 10 prevê critérios para a extensão da GDPGTAS às aposentadorias e pensões, nos seguintes termos:

> § 1º. A GDPGTAS será paga com observância dos seguintes percentuais e limites:
> I - até 40% (quarenta por cento) do valor máximo da gratificação, conforme estabelecido no Anexo V desta Lei, considerando o desempenho do servidor no exercício das atribuições do cargo, com foco na sua contribuição individual para o alcance dos objetivos organizacionais; e
> II - até 60% (sessenta por cento) do valor máximo da gratificação, conforme estabelecido no Anexo V desta Lei, em função do atingimento de metas institucionais.
> (...)
> § 10. Para fins de incorporação da GDPGTAS aos proventos de aposentadoria ou às pensões, serão adotados os seguintes critérios:
> I - para as aposentadorias e pensões instituídas até 19 de fevereiro de 2004, a GDPGTAS será, a partir de 10 de março de 2008 e até 31 de dezembro de 2008, correspondente a 40% (quarenta por cento) do valor máximo do respectivo nível;
> II - para as aposentadorias e pensões instituídas após 19 de fevereiro de 2004:
> a) quando aos servidores que lhes deram origem se aplicar o disposto nos arts. 3o e 6o da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, e no art. 3o da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, aplicar-se-á o percentual constante do inciso I deste parágrafo;
> b) aos demais aplicar-se-á, para fins de cálculo das aposentadorias e pensões, o disposto na Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.

Nos termos explanados, há que se ressaltar que o art. 7º, § 10, da Lei 11.357/2006, ao autorizar o pagamento da verba a servidores inativos, não deixa dúvida quanto ao caráter remuneratório de ordem geral de que se reveste a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte - GDPGTAS.

Ademais, ao prever, em seu art. 7º, § 7º, "até que seja regulamentada a Gratificação de Desempenho referida no *caput* deste artigo e processados os resultados da primeira avaliação individual e institucional, os servidores que integrarem o PGPE perceberão a GDPGTAS em valor correspondente a 80% (oitenta por cento) de seu valor máximo, observada a classe e o padrão do servidor, conforme estabelecido no Anexo V desta Lei", resta patente a natureza genérica da gratificação enquanto não realizadas as avaliações de desempenho.

Posteriormente, a GDPGTAS foi substituída pela GDAFAZ instituída pela MP nº 441/08, após, convertida na Lei nº 11.907/08.

> Art. 233. Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade Fazendária - GDAFAZ, devida aos servidores ocupantes dos cargos de provimento efetivo do PECFAZ quando lotados e no exercício das atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo nas unidades do Ministério da Fazenda.

> Art. 234. A GDAFAZ será atribuída em função do alcance de metas de desempenho individual do servidor e do desempenho institucional do Ministério da Fazenda.
> §1º. A avaliação de desempenho individual visa a aferir o desempenho do servidor no exercício das atribuições do cargo ou função, com foco na contribuição individual para o alcance dos objetivos organizacionais.
> §2º. A avaliação de desempenho institucional visa a aferir o desempenho coletivo no alcance dos objetivos organizacionais.
> Art. 235. A GDAFAZ será paga observado o limite máximo de 100 (cem) pontos e o mínimo de 30 (trinta) pontos por servidor, correspondendo cada ponto, em seus respectivos níveis, classes e padrões, ao valor estabelecido no Anexo CXXXVII desta Lei.
> Art. 236. A pontuação referente à GDAFAZ será assim distribuída:
> I - até 20 (vinte) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho individual; e
> II - até 80 (oitenta) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho institucional.
> Parágrafo único. Os valores a serem pagos a título de GDAFAZ serão calculados multiplicando-se o somatório dos pontos auferidos nas avaliações de desempenho individual e institucional pelo valor do ponto constante do Anexo CXXXVII desta Lei, em seus respectivos níveis, classes e padrões.
> (...)
> *Art. 242. Até que seja processada a primeira avaliação de desempenho individual que venha a surtir efeito financeiro, o servidor nomeado para cargo efetivo e aquele que tenha retornado de licença sem vencimento ou de cessão ou de outros afastamentos sem direito à percepção da GDAFAZ no decurso do ciclo de avaliação receberão a gratificação no valor correspondente a 80 (oitenta) pontos.*
> (grifamos)

A vantagem foi estipulada com a mesma característica genérica que a gratificação anterior e enquanto nessa condição deve ser estendida aos inativos e pensionistas com direito à paridade.

Por conseguinte o C. STJ se orienta em entendimento sedimentado, vejamos:

> EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE FAZENDÁRIA - GDAFAZ. CARÁTER GENÉRICO DA GRATIFICAÇÃO. EXTENSÃO AOS INATIVOS. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.9.2011. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido da extensão da gratificação em questão - gratificação de desempenho de atividade fazendária - GDAFAZ - aos servidores inativos no período em que inexistiam critérios para a avaliação de desempenho, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Precedentes. Cristalizada a jurisprudência desta Suprema Corte, a teor das Súmulas 282 e 356: "Inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada", bem como "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento". Incabível, por seu turno, a interposição do apelo extremo pelo permissivo da alínea "b" do art. 102, III, da Constituição Federal de 1988, deixando o Tribunal de origem de declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à conformidade entre o que decidido no acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte, mantenho a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido.(ARE 726521 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma do STJ, DJe de 19/12/2014, pág. 250)

Isto posto, a GDAFAZ foi instituída pela Lei nº 11.907/2009, sendo devida aos servidores ocupantes dos cargos de provimento efetivo do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda quando lotados e no exercício das atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo nas unidades do Ministério da Fazenda.

Vê-se, pois, que a GDAFAZ, nos termos do art. 242, da Lei nº 11.907/2009, acima transcrito, era paga indistintamente a todos os servidores do quadro do Ministério da Fazenda, inclusive, àqueles que tinham retornado de licença sem vencimento ou de cessão ou de outros afastamentos sem direito à percepção da gratificação, independentemente de qualquer requisito, demonstrando, assim, ser uma vantagem de natureza genérica, motivo pelo qual deveria ter sido estendida aos aposentados e pensionistas daquele órgão nos mesmos patamares concedidos aos servidores ativos.

No caso da gratificação em apreço, verifica-se que o Ministério da Fazenda editou a Portaria nº 468, de 01/09/2010 e a Portaria nº 219, de 15/09/2010, com base no Decreto nº 7.133, de 19/03/2010, regulamentando os critérios e procedimentos para avaliação de desempenho individual e institucional, para fins de percepção da GDAFAZ, tendo sido processado no período de 15 de setembro de 2010 a 31 de outubro de 2010 o primeiro ciclo de avaliação de desempenho.

Desse modo, nos termos da Portaria nº 219 de 15/09/2010, no parágrafo único do art. 1º, dispõe:

> (...) Parágrafo único. O primeiro Ciclo de Avaliação de Desempenho de que trata o *caput* deste artigo compreende o período que se inicia na data de publicação desta Portaria e se encerra em 31 de outubro de 2010.

Assim, considerando que o resultado da primeira avaliação de desempenho gera efeitos financeiros a partir do início do primeiro período de avaliação (15/09/2010 - data da publicação da referida portaria), até o encerramento em 31/10/2010, conclui-se que a GDAFAZ deixa de ter natureza genérica a partir de então.

No caso dos autos, a impetrante é pensionista de servidor aposentado em 08/03/1991 (fls. 16) e recebe o benefício da pensão desde 10/11/2007, portanto, constata-se que a aposentadoria do instituidor da pensão, foi anterior ao período do regramento que estipulou os parâmetros de avaliação, razão por que a paridade requerida é devida nos termos acima apresentados.

Em razão disso, a impetrante faz jus à percepção da GDAFAZ no mesmo patamar percebido pelos servidores da ativa, no montante de 80 (oitenta) pontos, no período compreendido entre 01/07/2008 (data da instituição da referida Gratificação - MP nº 441/08) até 31 de outubro de 2010 (fim do primeiro ciclo de avaliações de desempenho).

5. Juros e correção monetária

Com fundamento nas decisões dos Tribunais Superiores, firme é a orientação de que são cabíveis a aplicação de juros e correção monetária dos valores atrasados e, conforme meu entendimento exarado em outros julgados acerca do tema, aplicáveis os índices que reflitam efetivamente a inflação ocorrida no período pleiteado. Isto porque o C. Superior Tribunal de Justiça de há muito já assentou que a correção monetária é mecanismo de recomposição da desvalorização sofrida pela moeda ao longo do tempo.

Nesse sentido, confira-se o julgado abaixo transcrito:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA-E. APLICAÇÃO.
> 1. (...)
> 7. A correção monetária plena, por seu turno, é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita. (REsp 1143677, relator Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJe 4/2/2010).

Essa jurisprudência, lastreada em inúmeros precedentes daquela Corte, reconhece a correção monetária como fator de proteção dos valores contra os efeitos corrosivos da passagem do tempo. Tal entendimento encerra raízes profundas e de longa data no pensamento jurídico que prima pela realização da justiça (*suum cuique tribuere*) e pela observância de princípios imanentes ao sistema, tais como a vedação ao enriquecimento ilícito.

Assim, entendo que no período de janeiro de 1992 a dezembro de 2000 devem ser aplicados os seguintes índices: de janeiro de 1992 a julho de 1994, a variação do INPC; de agosto de 1994 a julho de 1995, a variação do IPC-r; de agosto de 1995 a dezembro de 2000, a variação do INPC.

A partir de janeiro de 2001, a aplicação do IPCA-e determinada nas Resoluções CJF nºs 134/2010 e 267/2013 volta a garantir a atualização monetária dos valores discutidos, ao menos até 30 de junho de 2009, quando então entra em vigor nova legislação o que impõe renovada reflexão sobre o tema, conforme fundamentado mais abaixo.

Quanto aos juros de mora, ressalto meu entendimento no sentido de que são devidos a partir do momento em que os valores deveriam ter sido pagos (inadimplemento), a teor do que prescreve o art. 397 do Código Civil.

Assim, devem ser aplicados os juros de 1% ao mês até 26 de agosto de 2001, nos termos do Decreto nº 2.322/87.

A partir de 27 de agosto de 2001 incidem juros moratórios de 0,5% ao mês em razão do advento de legislação específica sobre o tema, já que na mencionada data restou publicada a Medida Provisória nº 2.180-35/2001, a qual introduziu o artigo 1º-F na Lei nº 9.494/97, que passou a assim dispor, *verbis*:

> Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.

Porém, a partir de 30 de junho de 2009, a discussão relativa à correção monetária e aos juros moratórios ganha novos contornos, uma vez que a Lei nº 11.960, publicada na referida data, modifica novamente a redação do dispositivo acima mencionado, que passa a estabelecer:

> Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Não obstante a Lei nº 11.960/2009 seja fruto da conversão da Medida Provisória nº 457, de 10 de fevereiro de 2009, observo que esta última (MP) nada dispôs sobre a referida modificação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, o qual somente veio a receber a mencionada nova redação com a publicação da citada Lei nº 11.960 (em 30 de junho de 2009).

A partir da edição da Lei nº 11.960/2009, o legislador determinou que a correção monetária e os juros moratórios aplicáveis às condenações impostas à Fazenda Pública deveriam ser fixados de acordo com os índices da caderneta de poupança.

A Lei nº 8.177/91 e legislação posterior assim dispõem:

> Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:
> I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive; (redação original).
> II - como adicional, por juros de meio por cento ao mês. (redação original)
> II - como remuneração adicional, por juros de: (redação dada pela Medida Provisória nº 567/2012).
> a) cinco décimos por cento ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a oito inteiros e cinco décimos por cento; ou (incluído pela Medida Provisória nº 567/2012).
> b) setenta por cento da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos. (incluído pela Medida Provisória nº 567/2012)
> II - como remuneração adicional, por juros de: (redação dada pela Lei nº 12.703/2012, fruto da conversão da MP 567/2012)
> a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); ou (redação dada pela Lei n º 12.703/2012 fruto da conversão da MP 567/2012).
> b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos. (redação dada pela Lei nº 12.703/2012, fruto da conversão da MP 567/2012).

Percebe-se que a poupança sempre teve duas frentes de remuneração: a) a remuneração básica, equivalente à correção monetária dos depósitos e que sempre foi feita, pela letra da lei, levando-se em conta a TR e b) a remuneração denominada adicional, correspondente aos juros incidentes sobre os depósitos, os quais num primeiro momento eram computados à razão de meio por cento ao mês e depois, a partir da edição da Medida Provisória nº 567/2012, convertida na Lei nº 12.703/2012, restam calculados conforme variação da Taxa SELIC.

Destarte, de se verificar que serão computados a título de juros moratórios a) a partir de 30 de junho de 2009, os juros da caderneta de poupança de 0,5% ao mês, em decorrência da edição da Lei nº 11.960/2009 e b) a partir de 4 de maio de 2012, com o início de vigência da Medida Provisória 567, de 3 de maio de 2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.703/2012, os juros serão de 0,5% ao mês, caso a Taxa SELIC ao ano seja superior a 8,5% ou 70% da Taxa Selic ao ano, nos demais casos.

No entanto, há de se recordar que a aplicação da TR como fator de correção monetária a partir de 30 de junho de 2009 (por força da leitura conjunta do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 - com a redação atribuída pela Lei nº 11.960/2009 - e do artigo 12, inciso I da Lei nº 8.177/91) enfrenta problema de tormentosa solução, já que orbita atualmente no Judiciário Nacional

viva discussão sobre se a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das ADIns 4357 e 4425 alcançaria a) condenações outras impostas à Fazenda Pública, diversas daquelas ultimadas em seara tributária, e b) critérios fixados em momento anterior à expedição de precatórios.

A respeito do tema, de se registrar a existência de repercussão geral reconhecida pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947.

De outro lado, constato que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento em sede de apreciação de recurso julgado na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (repetitivo) no sentido de que: "Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas" e "No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período" (REsp 1.270.439, julgado em 26/6/2013).

No entanto, cabe atentar para que o Superior Tribunal de Justiça sobrestou, em agosto de 2015, os recursos especiais (também em trâmite sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil) nºs 1.492.221, 1.495.144 e 1.495.146, à espera do julgamento, pela Corte Suprema, do mencionado RE 870.947.

Não obstante tais constatações, de se reportar novamente do entendimento acima fundamentado no sentido de aplicação de índice que possa refletir efetivamente a inflação ocorrida no período em relação ao qual se quer ver atualizado determinado valor.

Nessa linha, tenho que a aplicação do IPCA-e garante a efetividade da correção monetária dos valores cogitados no feito a partir de 30 de junho de 2009, data na qual entrou em vigência a citada Lei nº 11.960/2009, já que é o índice capaz de concretamente refletir a inflação apurada no período e recompor, assim, o poder da moeda.

Diante da motivação lançada, restam os consectários delineados da seguinte forma:

- a *correção monetária* pelas atuais e vigentes Resoluções CJF nºs 134/2010 e 267/2013, até 30 de junho de 2009, a partir de quando será também aplicado o IPCA-e determinado naquelas normas, no entanto por força do entendimento acima fundamentado;

- os *juros moratórios* serão contabilizados: a) no importe de 1% ao mês até 26 de agosto de 2001, nos termos do Decreto nº 2.322/87; b) a partir de 27 de agosto de 2001 até 29 de junho de 2009, no patamar de 0,5% ao mês, consoante redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 atribuída pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001; c) a partir de 30 de junho de 2009 até 3 de maio de 2012, incidirão à razão de 0,5% ao mês por força da edição da Lei nº 11.960/2009 e d) a partir de 4 de maio de 2012, incidirão juros de 0,5% ao mês, caso a Taxa SELIC ao ano seja superior a 8,5% ou 70% da Taxa SELIC ao ano, nos demais casos, dada a edição da Medida Provisória 567/2012, convertida na Lei nº 12.703/2012.

6. Conclusão

Por tais razões, de rigor a reforma da sentença primeva, para reconhecer o pedido da impetrante à percepção da GDAFAZ, no montante de 80 (oitenta) pontos, no período compreendido entre 01/07/2008 (data da instituição da referida Gratificação - MP nº 441/08, convertida na Lei nº 11.907/2009) até 31 de outubro de 2010 (fim do primeiro ciclo de avaliações de desempenho). Reconhecida a prescrição das parcelas anteriores a 03/04/2004 e incidência de correção monetária e juros de mora, nos termos dos fundamentados acima delineados.

Sem condenação em honorários advocatícios, na forma do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

Diante dos fundamentos acima expostos, dou provimento à apelação da autora.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003507-71.2015.4.03.6127
(2015.61.27.003507-6)

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRMV/SP
Apelado: J S MESQUITA - ME
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: Ap 2256588
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/10/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DE SÃO PAULO. MICROEMPRESA CUJA ATIVIDADE BÁSICA É HIGIENE E O EMBELEZAMENTO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS. REGISTRO NO CONSELHO PROFISSIONAL. CONTRATAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO. DESNECESSIDADE. NULIDADE DO AUTO DE MULTA DECORRENTE. FORMULAÇÃO DE PEDIDO EM CONTRARRAZOES. VEDAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo - CRMV/SP, bem como à manutenção de responsável técnico no estabelecimento que atua no ramo de higiene e embelezamento animal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que a obrigatoriedade de registro nos conselhos profissionais e contratação de profissional específico é determinada pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa.

3. A esse respeito, dispõe o Art. 27, da Lei nº 5.517/1968, com a redação dada pela Lei nº 5.634/70: *As firmas, associações, companhias, cooperativas, emprêsas de economia mista e outras que exercem atividades peculiares à medicina veterinária previstas pelos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968, estão obrigadas a registro nos Conselhos de Medicina Veterinária das regiões onde funcionarem.*

4. Deste modo, o registro no CRMV é obrigatório apenas para as entidades cujo objeto social seja aquele relacionado a atividades de competência privativa dos médicos veterinários, nos termos dos Artigos 5º e 6º, da Lei 5.517/1968.

5. Nesses casos, não apenas o médico veterinário é obrigado ao registro, como igualmente a entidade, mas somente quando o seu objeto social seja, por exemplo, *(1) a clínica veterinária, (2) a medicina veterinária, (3) a assistência técnica e sanitária de animais, (4) o planejamento e a execução da defesa sanitária e animal, (5) a direção técnica, a inspeção e a fiscalização sanitária, higiênica e tecnológica, (6) a peritagem animal, (7) a inseminação artificial de animais, dentre outros.*

6. Não se pode concluir, todavia, que toda entidade que desenvolva atividades com animais ou com produtos de origem animal, esteja compelida, igualmente, ao registro no conselho de Medicina Veterinária.

7. No caso dos autos, conforme Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral de fls. 18, a microempresa apelada tem como atividade principal a higiene e o embelezamento de animais domésticos. Não havendo correlação entre as atividades desenvolvidas pela microempresa e o exercício da medicina veterinária, inexigíveis o registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária e a contratação de Médico Veterinário. Precedentes do C. STJ (*RESP 201202244652, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 15/02/2013 ..DTPB*) e desta C. Turma (*AC 00023670720124036127, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/05/2016 .. FONTE_REPUBLICACAO / AMS 00068976720144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/12/2015 .. FONTE_REPUBLICACAO*).
8. Destaque-se que, nos termos dos precedentes supracitados, a Lei nº 5.517/1968 não exige a inscrição do executado perante o conselho demandado e, inexistindo previsão legal, mostram-se inaplicáveis as disposições contidas no Decreto Estadual nº 40.400/1995, do Estado de São Paulo, e no Decreto nº 5.053/2004, considerando que tais espécies normativas não podem inovar a lei, mas tão-somente regulamentá-la.
9. Uma vez inexigível o registro da apelada, também é nulo o auto de multa nº 932/2015.
10. Por fim, não merece prosperar o pedido de fixação/majoração dos honorários, eis que formulado pela apelada em sede de contrarrazões, o que é vedado conforme entendimento desta C. Turma. Precedente (*APELREEX 00043067120154036109, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:*.).
11. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação (fls. 87/98) interposta pelo CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRMV/SP contra a r. sentença de fls. 79/81.v, que julgou parcialmente procedente, nos seguintes termos, a ação proposta por J S MESQUITA ME para ver declarada a inexigibilidade de registro junto ao CRMV/SP, bem como de contratação de médico veterinário na condição de responsável técnico e a consequente nulidade dos débitos relacionados.

> Forçoso reconhecer que nada impede que a autora seja fiscalizada a fim de se verificar se ainda atua segundo seu objeto social. Com efeito, a alteração de seu objeto social para nele

> incluir atividade peculiar à do médico veterinário ou mesmo a prática de atividade não prevista em seu ato constitutivo que seja de responsabilidade desse profissional podem ensejar autuação sem que se alegue ilegalidade. Isso posto, julgo parcialmente procedente o pedido (art. 487, I do CPC), para declarar a inexistência de relação jurídica que obrigue a autora, no estrito exercício de seu objeto social, a se registrar junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária, bem como de possuir em seus quadros de funcionários/prestadores de serviço, um médico veterinário, e, em consequência, declaro a nulidade do Auto de Multa nº 932/2015. Confirmo a decisão que antecipou os efeitos da tutela. Sem condenação em honorários advocatícios, dada a sucumbência recíproca. Custas na forma da lei. Após o trânsito em julgado arquivem-se os autos. P.R.I.

Sustenta, em síntese, que a legislação vigente e a incolumidade da saúde pública impõem o registro da apelada junto ao Conselho, bem como a contratação de responsável técnico.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, julgando-se improcedente o pedido autoral.

Com contrarrazões (fls. 124/132), em que há o pedido de fixação de honorários sucumbenciais recursais, nos termos do Art. 85, §11, do CPC, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

A questão posta nos autos diz respeito à obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo - CRMV/SP, bem como à manutenção de responsável técnico no estabelecimento que atua no ramo de higiene e embelezamento animal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que a obrigatoriedade de registro nos conselhos profissionais e contratação de profissional específico é determinada pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa. *Verbis:*

> ..EMEN: ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. INDÚSTRIA DE RAÇÕES E SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS PARA ANIMAIS. REGISTRO E RESPONSÁVEL TÉCNICO. NECESSIDADE. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO COM BASE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.
> *1. O STJ entende que a atividade básica desenvolvida na empresa determina a qual conselho de fiscalização profissional deverá submeter-se, e que tão somente os estabelecimentos cujas atividades estiverem vinculadas à medicina veterinária é que estão obrigados ao registro no Conselho de Medicina.*
> 2. *In casu*, o Tribunal de origem consignou que "a atividade desempenhada pela autora não se limita à comercialização de produtos, abrangendo também a fabricação de rações e suplementos nutricionais, além de medicamentos e condicionadores de ambiente para diversas espécies de animais" (fl. 215, e-STJ). Assim, é evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".
> 3. Agravo Regimental não provido. ..EMEN:
> (AGARESP 201600179730, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/05/2016 ..DTPB:.)

> ..EMEN: RECURSO FUNDADO NO CPC/73. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À DISPOSITIVOS DA LEI 2.800/56. NECESSIDADE DE PRÉVIA ANÁLISE DE ATOS NORMATIVOS INFRALEGAIS. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
> 1. O Plenário do STJ, na sessão de 09.03.2016, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação da decisão impugnada (Enunciado Administrativo nº 2/STJ). Logo, no caso, aplica-se o CPC/73.
> 2. O exame da controvérsia, a fim de se reconhecer ofensa a dispositivos da Lei 2.800/56, depende de prévia análise das Resoluções 128, 262 e 277, do CONFEA, atos normativos que não se enquadram no conceito de lei federal ou tratado, o que inviabilizando o conhecimento do recurso especial.
> *3. Verifica-se que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a obrigatoriedade de inscrição de profissional em conselho de classe depende da atividade básica ou dos serviços prestados.*
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento.* ..EMEN:
> (AGRESP 200901500633, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:11/05/2016 ..DTPB:.)

A esse respeito, dispõe o Art. 27, da Lei nº 5.517/1968, com a redação dada pela Lei nº 5.634/70:

> Art. 27. As firmas, associações, companhias, cooperativas, emprêsas de economia mista e outras que exercem atividades peculiares à medicina veterinária previstas pelos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968, estão obrigadas a registro nos Conselhos de Medicina Veterinária das regiões onde funcionarem
> § 1º. As entidades indicadas neste artigo pagarão aos Conselhos de Medicina Veterinária onde se registrarem, taxa de inscrição e anuidade.
> § 2º. O valor das referidas obrigações será estabelecido através de ato do Poder Executivo.

Deste modo, o registro no CRMV é obrigatório apenas para as entidades cujo objeto social seja aquele relacionado a atividades de competência privativa dos médicos veterinários, nos termos dos Artigos 5º e 6º, da Lei 5.517/1968.

Nesses casos, não apenas o médico veterinário é obrigado ao registro, como igualmente a entidade, mas somente quando o seu objeto social seja, por exemplo, *(1) a clínica veterinária, (2) a medicina veterinária, (3) a assistência técnica e sanitária de animais, (4) o planejamento e a execução da defesa sanitária e animal, (5) a direção técnica, a inspeção e a fiscalização sanitária, higiênica e tecnológica, (6) a peritagem animal, (7) a inseminação artificial de animais, dentre outros.*

Não se pode concluir, todavia, que toda entidade que desenvolva atividades com animais ou com produtos de origem animal, esteja compelida, igualmente, ao registro no conselho de Medicina Veterinária.

No caso dos autos, conforme Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral de fls. 18, a microempresa apelada tem como atividade principal a higiene e o embelezamento de animais domésticos. Não havendo correlação entre as atividades desenvolvidas pela microempresa e o exercício da medicina veterinária, inexigíveis o registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária e a contratação de Médico Veterinário.

É o que se extrai da jurisprudência recente do STJ e desta C. Turma:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MICROEMPRESA. COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS E DE ANIMAIS VIVOS. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. DESNECESSIDADE.
1. O STJ entende que a atividade básica desenvolvida na empresa é fator determinante para vincular o seu registro ao Conselho Regional de Medicina Veterinária (CRMV).
2. O art. 27 da Lei 5.517/1968 exige o registro no CRMV para as firmas, associações, companhias, cooperativas, empresas de economia mista e outras que exercem atividades peculiares à medicina veterinária.
3. *In casu*, o Tribunal de origem constatou que o objeto social é o comércio de produtos alimentícios, e que a venda de animais vivos, com escopo lucrativo, não desnatura o ramo de atividade da recorrida, que não é inerente à medicina veterinária.
4. Desnecessário, portanto, o registro da microempresa no CRMV. Precedentes: REsp 1.188.069/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 17.5.2010; REsp 1.118.933/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 28.10.2009.
5. A eventual obrigatoriedade de contratação de veterinário, exclusivamente em razão da manutenção de animais vivos, não autoriza a conclusão de que o profissional contratado deva integrar o quadro de empregados da microempresa, razão pela qual, conforme compreensão do órgão colegiado do Tribunal *a quo*, a vinculação (registro) ao CRMV é imposta "apenas ao profissional (...), não à contratante, considerada a sua atividade básica (comércio)".
6. Recurso Especial não provido. ..EMEN:
(RESP 201202244652, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:15/02/2013 ..DTPB:.)

DIREITO ADMINISTRATIVO. CRMV. ARTIGOS 5º E 6º DA LEI 5.517/68. REGISTRO. ATIVIDADE BÁSICA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSO DESPROVIDO.
1. Consolidada a jurisprudência firme no sentido de que não cabe a exigência de inscrição e registro no CRMV - Conselho Regional de Medicina Veterinária, senão que, em relação a pessoas, físicas ou jurídicas, cujas atividades básicas estejam diretamente relacionadas à Medicina Veterinária.
2. O registro é obrigatório apenas às entidades cujo objeto social seja relacionado a atividades de competência privativa dos médicos veterinários, nos termos dos artigos 5º e 6º da Lei 5.517/68. Desse modo, não apenas o médico veterinário é obrigado ao registro, como igualmente a entidade, mas quando o seu objeto social seja, por exemplo: (1) a clínica veterinária, (2) a medicina veterinária, (3) a assistência técnica e sanitária de animais, (4) o planejamento e a execução da defesa sanitária e animal, (5) a direção técnica, a inspeção e a fiscalização sanitária, higiênica e tecnológica, (6) a peritagem animal, (7) a inseminação artificial de animais etc. Todavia, não se pode concluir, extensivamente, que toda a entidade, que desenvolva atividades com animais ou com produtos de origem animal, esteja compelida, igualmente, a registro no Conselho de Medicina Veterinária.
3. Caso em que a atividade desenvolvida pela impetrante, conforme registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP, é o comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação, alojamento, higiene e embelezamento de animais, que não exige registro no CRMV nem a contratação de médico veterinário.
4. Apelação improvida.
(AC 00023670720124036127, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATAÇÃO DE MÉDICO VETERINÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRMV/SP. OBJETO SOCIAL DAS ENTIDADES. ATIVIDADE ECONÔMICA. COMÉRCIO VAREJISTA. ANIMAIS VIVOS E ARTIGOS ALIMENTARES. DESNECESSIDADE.

I - Observa-se que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, por mera decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, o parágrafo 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Justificada, portanto, a decisão solitária deste Relator.
II - O registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária é obrigatório apenas para as entidades cujo objeto social seja aquele relacionado a atividades de competência privativa dos médicos veterinários, nos termos dos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.515/68.
III - No caso presente, a atividade econômica dos impetrantes é o comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação, medicamentos veterinários, ferragens e ferramentas, plantas e flores naturais (fls. 20/22).
IV - Não se justifica, dessa forma, a obrigatoriedade de inscrição no CRMV ou de manutenção de médico veterinário.
V- Agravo legal não provido.
(AMS 00068976720144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Destaque-se que, nos termos dos precedentes supracitados, a Lei nº 5.517/1968 não exige a inscrição do executado perante o conselho demandado e, inexistindo previsão legal, mostram-se inaplicáveis as disposições contidas no Decreto Estadual nº 40.400/1995, do Estado de São Paulo, e no Decreto nº 5.053/2004, considerando que tais espécies normativas não podem inovar a lei, mas tão-somente regulamentá-la.

Uma vez inexigível o registro da apelada, também é nulo o auto de multa nº 932/2015.

Por fim, não merece prosperar o pedido de fixação/majoração dos honorários, eis que formulado pela apelada em sede de contrarrazões, o que é vedado conforme entendimento desta C. Turma. *Verbis:*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO. RESTITUIÇÃO. RAZÕES DISSOCIADAS. PRESCRIÇÃO. HONORÁRIOS.
1. Acolhendo manifestação da apelada, não se conhece do recurso no que discutida a compensação, por razões dissociadas, vez que a condenação foi específica para a repetição do indébito fiscal, sem a possibilidade de cumprimento de forma diversa.
2. Não é cabível a remessa oficial para exame da questão de fundo, em razão da qual manifestou a ré o expresso desinteresse de apelar, sem prejuízo da devolução do remanescente.
3. Inexistente prescrição, dado que pleiteada a repetição de indébito fiscal recolhido em período dentro do quinquênio antecedente à propositura da ação.
4. Não é viável a formulação de pedido de reforma da sentença em sede de contrarrazões.
5. Apelação parcialmente conhecida e desprovida; e remessa oficial desprovida.
(APELREEX 00043067120154036109, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0014729-20.2015.4.03.6100
(2015.61.00.014729-5)

Apelante: MOHAMAD KALAJI
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: Ap 362968
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/10/2017

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CÉDULA DE IDENTIDADE DE ESTRANGEIRO. REGULARIZAÇÃO MIGRATÓRIA. ISENÇÃO DE TAXAS. HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA. RAZÕES HUMANITÁRIOS. ATOS NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. APELAÇÃO PROVIDA.
1. Preliminarmente, cumpre destacar que a Constituição Federal dispõe no seu artigo 5º, inciso LXXVI que "são gratuitas as ações de *habeas-corpus* e *habeas-data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania".
2. Visto que a cédula de identidade de estrangeiro é um documento de essencial importância para o exercício de direitos fundamentais, possível extrair da dicção constitucional a existência de garantia de expedição de forma gratuita na hipótese de comprovada falta de condições econômicas de pagamento, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.
3. *In casu*, o impetrante, natural da Síria, possui visto concedido sob o amparo da resolução normativa nº 17/2017, do CONARE, o qual garante o refúgio em território brasileiro aos indivíduos afetados com a crise humanitária de grandes proporções resultante do conflito em andamento na República Árabe Síria. Além de seu *status* de refugiado, o impetrante comprova, nos autos, sua situação de hipossuficiência. Dessa forma, fica afastada a cobrança da taxa para a emissão de 2ª via da cédula de identidade de estrangeiro, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.
4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Mohamad Kalaji* nos autos do mandado de segurança impetrado em face do Delegado de Polícia Federal de Controle de Imigração, objetivando a expedição de 2ª via de documento de identificação de estrangeiro, para regularização de sua permanência no país, independentemente do pagamento de taxas, haja vista não possuir capacidade econômica para tal.

A liminar foi indeferida (f. 38-39v) e, ao final, denegada a segurança (f. 47-49v).

O impetrante apelou, sustentando, em síntese, que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê distinções entre nacionais e estrangeiros no que diz respeito ao exercício dos direitos fundamentais, o qual não está condicionado ao recolhimento de taxas quando comprovada a situação de hipossuficiência do requerente.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do e. Procurador Regional da República, Elton Venturi, manifestou-se pelo provimento do recurso de apelação. (f. 81-83v).

Os autos foram redistribuídos a este Gabinete, em 13 de setembro de 2016, tendo em vista o declínio de competência da 1ª Seção.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Preliminarmente, cumpre destacar que a Constituição Federal dispõe no seu artigo 5º, inciso LXXVI que "são gratuitas as ações de *habeas-corpus* e *habeas-data*, e, na forma da lei, *os atos necessários ao exercício da cidadania*".

Visto que a cédula de identidade de estrangeiro é um documento de essencial importância para o exercício de direitos fundamentais, possível extrair da dicção constitucional a existência de garantia de expedição de forma gratuita na hipótese de comprovada falta de condições econômicas de pagamento, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, conforme acórdãos, assim ementados:

> AMS 00257534520154036100, JUIZA CONV. LEILA PAIVA, e-DJF3 04/10/2016:
> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. CÉDULA DE IDENTIDADE DE ESTRANGEIRO. EXPEDIÇÃO. GRATUIDADE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDAS.
> 1. O artigo 5º, LXXVI, da Constituição Federal dispõe que "são gratuitas as ações de *habeas-corpus* e *habeas-data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania".
> 2. A Cédula de Identidade de Estrangeiro sendo um documento de essencial importância para o exercício da cidadania, conclui-se que o inciso supracitado autoriza a sua expedição de forma gratuita na hipótese de a pessoa não ter condições de pagar, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.
> 3. A Cédula de Identidade de Estrangeiro constitui documento que identifica o estrangeiro perante a sociedade e possibilita o exercício de praticamente todos os atos da vida civil, não

sendo razoável condicionar a sua emissão ao recolhimento de taxa naquelas hipóteses em que ficar demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente. Precedentes.
4. No presente caso, comprovada a hipossuficiência do impetrante, inclusive estando representada nestes autos pela Defensoria Pública da União, fica afastada a cobrança da taxa e/ou multa para a renovação da cédula de identidade de estrangeiro, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.
5. Remessa Oficial e Apelação improvidas.

REOMS 2009.39.00.008025-9, Rel Des. Fed. DANIEL PAES RIBEIRO, e-DJF1 28/11/2011:
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ESTRANGEIRO. PRETENSÃO À EXPEDIÇÃO DA SEGUNDA VIA DA CÉDULA DE IDENTIDADE DE ESTRANGEIRO, SEM O PAGAMENTO DE TAXA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INCISO LXXVII. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. DOCUMENTO EXPEDIDO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA.
1. O art. 5º, inciso LXXVII da Constituição Federal assegura a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, o que abrange a expedição de documentos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais.
2. Objetivando o impetrante a expedição da segunda via da Cédula de Identidade de Estrangeiro, sem o pagamento de qualquer taxa ou emolumento, por ser pessoa hipossuficiente, a sua emissão, após a sentença concessiva da segurança, consolida situação de fato cuja desconstituição não se mostra possível.
3. Sentença confirmada.
4. Remessa oficial não provida.

Também assim os precedentes da Turma, como revela o seguinte julgado:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL Nº 0024285-12.2016.4.03.6100/SP -Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO.
PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO. EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA DE IDENTIDADE. ISENÇÃO DA TAXA DE EMISSÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAS. DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADANIA. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.
1. A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de afastamento do pagamento de taxas administrativas de emissão da Cédula de Identidade de Estrangeiro, em razão carência financeira do requerente.
2. Embora não exista previsão legal de isenção da referida taxa para o estrangeiro hipossuficiente, a situação concreta deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais que norteiam nosso ordenamento jurídico.
3. A emissão de cédula de identidade de estrangeiro é essencial para identificação da pessoa e, portanto, sua ausência impede a realização de ações cotidianas da vida civil.
4. Trata-se, então, de questão atinente à dignidade da pessoa humana, de modo que, embora não haja previsão legal da gratuidade de sua concessão, sua materialização encontra respaldo nos princípios constitucionais, em especial no resguardo do direito fundamental do cidadão.
5. Importa-se mencionar, portanto, que, na hipótese em comento, a teleologia da regra que rege a matéria em questão busca tutelar o controle e a ordem da situação dos estrangeiros em território nacional. Na mesma esteira, a norma do art. 5º, caput*, da Constituição Federal, que determina a igualdade de todos 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.*
6. Nesse sentido, fica evidente que o prejuízo suportado pelo demandante, que tem seu

direito de cidadania ameaçado ante sua falta de condições financeiras para arcar com a taxa cobrada, é infinitamente maior do que a perda estatal em promover essa isenção com amparo apenas nos princípios constitucionais.
7. Assim, sensível às causas atinentes aos direitos fundamentais das pessoas em estado de vulnerabilidade social, modifico o entendimento anteriormente proferido, e entendo por manter a r. sentença.
8. Remessa oficial desprovida. (Destaquei)

AMS 0004350-25.2012.4.03.6100, Rel. Juiz Convocado ROBERTO JEUKEN, e-DJF3 10/01/2014:
DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. MANDADO DE SEGURANÇA. HIPOSSUFICIÊNCIA. INEXIGIBILIDADE DE TAXA. SEGUNDA VIA DA CÉDULA DE IDENTIDADE DE ESTRANGEIRO. RECURSO DESPROVIDO.
1. A cédula de identidade de estrangeiro é um documento de essencial importância para o exercício da cidadania, assim pode-se concluir que artigo 5º, LXXVI, da CF, autoriza a sua expedição de forma gratuita na hipótese de a pessoa não ter condições de pagar, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.
2. O agravo inominado deve mesmo ser desprovido, pois, ainda que impugnada a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil, não restou indicada pela agravante qualquer divergência na interpretação do Direito, senão a dela própria, o que evidencia a pertinência da solução monocrática, à vista da jurisprudência pertinente no caso concreto.
3. Por fim, não merece prosperar a invocação dos artigos 150, § 6º, da CF, 97, I, e 176, do CTN, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a Cédula de Identidade de Estrangeiro constitui documento que identifica o estrangeiro perante a sociedade e possibilita o exercício de praticamente todos os atos da vida civil.
4. Agravo inominado desprovido.

In casu, o impetrante, natural da Síria, possui visto concedido sob o amparo da resolução normativa nº 17/2017, do CONARE, o qual garante o refúgio em território brasileiro aos indivíduos afetados com a crise humanitária de grandes proporções resultante do conflito em andamento na República Árabe Síria. (f. 11). Além de seu *status* de refugiado, o impetrante comprova, nos autos, sua situação de hipossuficiência. Dessa forma, fica afastada a cobrança da taxa para a emissão de 2ª via da cédula de identidade de estrangeiro, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação do impetrante, para determinar a expedição da 2ª via da carteira de identidade de estrangeiro (CIE), independentemente do pagamento de taxa.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL
0014207-56.2016.4.03.6100
(2016.61.00.014207-1)

Parte Autora: MICHELE SOUTO BONFADINI
Parte Ré: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM EM SÃO PAULO - COREN/SP
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: ReeNec 369098
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/11/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. ESPECIALIZAÇÃO. OBSTETRÍCIA. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM - COREN/SP. RESOLUÇÃO Nº 479/2015/COFEN. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.
- Não merece acolhimento preliminar de falta de interesse de agir apresentada nas informações prestadas (fls. 53/92), uma vez que, como salientado pelo Juízo *a quo*, o ato impugnado subsiste ainda após a edição da Resolução nº 516/2016.
- Não há que se falar em ilegitimidade de parte do impetrado, visto que o *mandamus* foi corretamente direcionado ao Presidente do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo, autoridade da qual emanou o ato vergastado, qual seja, o indeferimento do registro requerido (artigo 6º, da Lei nº 12.016/2009) e à qual compete a sua eventual correção. Ademais, a autoridade impetrada compareceu a juízo e prestou informações, o que justifica a sua manutenção no polo passivo, como destacado na sentença. Assim, afasta-se a preliminar arguida.
- No caso concreto, a ora impetrante, registrada no conselho impetrado como enfermeira, teve negado o cadastramento do seu título de especialista em Enfermagem Obstétrica com base na ausência de cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Resolução nº 479/2015/COFEN. Constata-se, contudo, que a autarquia ré, ao editar tal normatização, excede a sua competência e seu poder regulamentar e incorre em ilegal inovação no ordenamento jurídico, uma vez que a legislação pertinente (Lei nº 5.905/73, Lei nº 7.498/86) não impõe tais requisitos para o registro do título de especialista, como corretamente assinalado pelo provimento de 1º grau de jurisdição. O mesmo entendimento se aplica no que toca à Resolução nº 516/2016, como consignado no parecer do MPF encartado à fl. 111/111 v., visto que prescreve os mesmos requisitos para a inscrição. Ademais, quando da conclusão do curso de especialização pela impetrante (11/2007) não havia qualquer exigência para a efetivação do registro, à medida que ambas as resoluções foram editadas posteriormente. Nesse contexto, não merece reparos a sentença, ao determinar que a autoridade impetrada promova o registro profissional da autora como especialista em Enfermagem Obstétrica. Precedentes.
- Reexame necessário a que se *nega provimento*.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou procedente o pedido e concedeu a ordem, para determinar que a autoridade impetrada promova o registro profissional da impetrante como especialista em Enfermagem Obstétrica. Sem condenação aos honorários advocatícios (fls. 101/102).

O Ministério Público Federal opinou no sentido da confirmação da sentença (fl. 111/111 v.).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

Pretende-se no presente *mandamus* a obtenção do registro de especialização de enfermeira obstetra e obstetriz da impetrante junto ao COREN/SP.

Inicialmente, não merece acolhimento preliminar de falta de interesse de agir apresentada nas informações prestadas (fls. 53/92), uma vez que, como salientado pelo Juízo *a quo*, o ato impugnado subsiste ainda após a edição da Resolução nº 516/2016.

Não há que se falar em ilegitimidade de parte do impetrado, visto que o *mandamus* foi corretamente direcionado ao Presidente do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo, autoridade da qual emanou o ato vergastado, qual seja, o indeferimento do registro requerido (artigo 6º, da Lei nº 12.016/2009) e à qual compete a sua eventual correção. Ademais, a autoridade impetrada compareceu a juízo e prestou informações, o que justifica a sua manutenção no polo passivo, como destacado na sentença. Assim, afasta-se a preliminar arguida.

Quanto ao mérito, cabe destacar o que determina o artigo 8º, incisos I a XIII, da Lei nº 5.905/73, que dispõe sobre a criação dos conselhos federal e regionais de enfermagem:

> Art. 8º. Compete ao Conselho Federal:
> I - aprovar seu regimento interno e os dos Conselhos Regionais;
> II - instalar os Conselhos Regionais;
> III - elaborar o Código de Deontologia de Enfermagem e alterá-lo, quando necessário, ouvidos os Conselhos Regionais;
> IV - baixar provimentos e expedir instruções, para uniformidade de procedimento e bom funcionamento dos Conselhos Regionais;

V - dirimir as dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais;
VI - apreciar, em grau de recursos, as decisões dos Conselhos Regionais;
VII - instituir o modelo das carteiras profissionais de identidade e as insígnias da profissão;
VIII - homologar, suprir ou anular atos dos Conselhos Regionais;
IX - aprovar anualmente as contas e a proposta orçamentária da autarquia, remetendo-as aos órgãos competentes;
X - promover estudos e campanhas para aperfeiçoamento profissional;
XI - publicar relatórios anuais de seus trabalhos;
XII - convocar e realizar as eleiçoes para sua diretoria;
XIII - exercer as demais atribuições que lhe forem conferidas por lei.

Estabelecem os artigos 2º e 6º, inciso I, da Lei nº 7.498/86, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, e dá outras providências:

Art. 2º. A enfermagem e suas atividades auxiliares somente podem ser exercidas por pessoas legalmente habilitadas e inscritas no Conselho Regional de Enfermagem com jurisdição na área onde ocorre o exercício.
Parágrafo único. A enfermagem é exercida privativamente pelo Enfermeiro, pelo Técnico de Enfermagem, pelo Auxiliar de Enfermagem e pela Parteira, respeitados os respectivos graus de habilitação.
(...)
Art. 6º. São enfermeiros:
I - o titular do diploma de Enfermeiro conferido por instituição de ensino, nos termos da lei;

No caso concreto, a ora impetrante, registrada no conselho impetrado como enfermeira (fl. 16), teve negado o cadastramento do seu título de especialista em Enfermagem Obstétrica com base na ausência de cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Resolução nº 479/2015/COFEN (fl. 18), quais sejam:

Art. 1º. O Registro de Titulo de Enfermeiro Obstetra e Obstetriz no Conselho Federal de Enfermagem além do disposto na Resolução COFEN nº 389/2011, de 20 de outubro de 2011, será condicionado a composição dos seguintes critérios mínimos de qualificação para os títulos de pós-graduação Stricto ou Lato Sensu.
I - Realização de no mínimo, 15 (quinze) consultas de Enfermagem pré-natais;
II - Realização de no mínimo, 20 (vinte) partos com acompanhamento completo do trabalho de parto, parto e pós-parto;
III - Realização de, no mínimo, 15 (quinze) atendimentos ao recém-nascido na sala de parto;
Parágrafo 1º § - A comprovação da qualificação para a prática de obstetrícia será feita em documento oficial emitido pela autoridade que expediu o diploma ou certificado;
Parágrafo 2º § - Os portadores de diploma ou certificado de Enfermeiro Obstetra e Obstetriz, qualificados antes da vigência desta Resolução, que não possuírem comprovação dos critérios mínimos de qualificação para a prática de obstetrícia, mas que tiverem experiência profissional na assistência obstétrica de, no mínimo, 02 (dois) anos, poderão apresentar documento oficial emitido pela autoridade responsável pela instituição e pela Enfermeira Responsável Técnica da mesma;

Constata-se, contudo, que a autarquia ré, ao editar tal normatização, excede a sua competência e seu poder regulamentar e incorre em ilegal inovação no ordenamento jurídico, uma vez que a legislação pertinente (Lei nº 5.905/73, Lei nº 7.498/86) não impõe tais requisitos para o registro do título de especialista, como corretamente assinalado pelo provimento de

1º grau de jurisdição. O mesmo entendimento se aplica no que toca à Resolução nº 516/2016, como consignado no parecer do MPF encartado à fl. 111/111 v., visto que prescreve os mesmos requisitos para a inscrição. Ademais, quando da conclusão do curso de especialização pela impetrante (11/2007) não havia qualquer exigência para a efetivação do registro, à medida que ambas as resoluções foram editadas posteriormente. Nesse contexto, não merece reparos a sentença, ao determinar que a autoridade impetrada promova o registro profissional da autora como especialista em Enfermagem Obstétrica. Corrobora esse entendimento a seguinte jurisprudência desta corte:

> MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO. REGISTRO NO COREN/SP. REQUISITOS. RESOLUÇÃO COFEN Nº479/2015. IRRETROATIVIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> I - Claudia Monteiro impetrou mandado de segurança em face de ato praticado pelo Presidente do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo - COREN/SP, a fim de que lhe seja assegurado o registro profissional como Especialista em Enfermagem Obstétrica sem as devidas exigências constantes da Resolução COREN nº 479/2015.
> II - Ao que consta dos autos, a autoridade impetrada negou o registro da especialização da impetrante ao argumento de não cumprimento dos requisitos previstos na Resolução COFEN nº 479/2015. Afirma a impetrante que as referidas exigências passaram a vigorar a partir de 14.04.2015, ao passo que a impetrante concluiu o curso de pós-graduação em enfermagem em 03.04.2012, de modo que teria adquirido o direito à titulação nos moldes anteriormente vigentes. Assevera ainda a demandante que a atitude da autoridade coatora está impedindo o seu exercício profissional.
> III - Apreciando a questão, o Juízo *a quo* concedeu a segurança pleiteada, ao fundamento de que, tendo a impetrante concluído o curso em 03/04/2012, época em que o regramento então vigente não previa requisitos para registro do título, mostra-se descabida tal exigência como condição para o aludido registro, sob pena de ofensa ao direito adquirido da impetrante.
> IV - E, nesse tocante, nenhum reparo há a ser feito no provimento ora apreciado. Deveras, a Resolução COFEN nº 479/2015, de 14/04/2015, que estabelece critérios para registro de títulos de Enfermeiro Obstetra e Obstetriz no âmbito do sistema COFEN/Conselhos Regionais de Enfermagem, não pode, à toda evidência, ser aplicada retroativamente para o fim de impedir o direito líquido e certo da impetrante de ter o seu título devidamente registrado no Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo - COREN/SP, na medida em que, conforme alhures mencionado, concluiu o curso de especialização em 03/04/2012, sob pena de ofensa ao direito adquirido da impetrante.
> V - Remessa oficial a que se nega provimento.
> (REOMS 367276, PROC: 00032413420164036100, Rel. Des. Federal ANTONIO CEDENHO, TERCEIRA TURMA, Julg.: 17/05/2017, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar e nego provimento à remessa oficial.*

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0002191-03.2017.4.03.0000
(2017.03.00.002191-8)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DE SÃO PAULO - CREA/SP
Agravados: FRANCISCO YUTAKA KURIMORI E OUTROS(AS)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ANDRADINA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Classe do Processo: AI 594865
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/10/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO E EXERCÍCIO DE CARGOS PÚBLICOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
1. Tempestivo o recurso, nos termos dos artigos 183, 219 e 1.003, § 5º, do CPC.
2. Rejeitadas as preliminares de ilegitimidade ativa e irregularidade na representação processual do agravante, pois comprovou-se que, no julgamento da SS 5.111, o STF reconheceu "a existência de fortes indícios de ilegalidade a macular a legitimidade do sufrágio no qual foi vencedora a chapa encabeçada pelo impetrante, Francisco Yutaka Kurimori" e, "com a impugnação de tal chapa, deve-se proclamar como vencedora e dar posse àquela que obteve a segunda colocação no pleito eleitoral", no caso, "Vinicius Marchese Marinelli, segundo colocado no pleito eleitoral", solução que subsistirá "até o trânsito em julgado da decisão que vier a ser proferida no Mandado de Segurança 1000.932-27.2014.4.01.3400", o que não consta dos autos tenha ocorrido.
3. Ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo CREA/SP para a apuração de eventual realização de procedimento licitatório eivado de ilegalidades e contrariedade a orientações do TCU, e respectiva contratação superfaturada de obras e serviços de engenharia e entrega de equipamentos para a instalação de unidade operacional do conselho autor em Andradina/SP, com fraude ao erário.
4. Para a atual fase, prefacial, da ação originária, em que prevalece o princípio do *dubio pro societate*, a jurisprudência é firme no sentido de que a Lei 8.429/92 exige tão somente a existência de indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa (artigo 17, § 6º), não exigindo, pois, a presença de elementos para a formação de um juízo de condenação, próprio do julgamento ao final, com aferição do elemento subjetivo das condutas imputadas, somente depois da regular defesa e instrução do processo.
5. A inicial da ACP originária contextualizou os fatos, apontando, com respaldo em prova documental indiciária, que os dirigentes do CREA/SP, na qualidade de gestores, ao permitirem a contratação impugnada e o dispêndio de valores para a respectiva execução, chancelaram, em arrepio a preceitos e normas constitucionais e legais, certame supostamente eivado de vícios, que acabaram por restringir o caráter competitivo inerente à licitação, para, em tese, direcioná-la a empresas conhecidas

e conluiadas, que superfaturaram o objeto licitado, beneficiando-se em detrimento do erário, fazendo, ainda, a inicial o respectivo enquadramento legal, permitindo o regular exercício do contraditório e da ampla defesa.
6. A medida postulada encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacífica no sentido de que nos casos de indisponibilidade de bens em decorrência de imputação de conduta qualificada como ímproba ao erário, o pressuposto do dano irreparável ou de difícil reparação ("periculum in mora") encontra-se implícito no artigo 7º da Lei 8.429/1992, sem que seja necessária comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio.
7. Em se tratando de valores públicos despendidos em razão de procedimentos licitatórios irregulares, que inviabilizaram a escolha da melhor proposta, tornando nulo o procedimento realizado, o prejuízo ao erário, correspondente ao valor dispendido com o contrato, é presumido, conforme atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.
8. Mantido o indeferimento da pretensão liminar de impedir os requeridos de contratar, direta ou indiretamente, com o Poder Público ou exercer cargos na Administração Pública direta ou indireta, por configurar antecipação de penalidade aplicável no caso de final condenação por ato ímprobo.
9. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares arguidas em contraminuta e dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação de improbidade administrativa, sob o fundamento de, "ao menos por ora, [...] falta indícios de responsabilidade dos réus por ato doloso ou culposo de improbidade administrativa, constatáveis de plano", indeferiu a tutela de evidência postulada para decretar a indisponibilidade de bens dos requeridos, impedi-los de contratar, direta ou indiretamente, com o Poder Público e exercer cargos na Administração Pública direta ou indireta.

Alegou, em suma, o agravante que: (1) a ação civil pública originária foi ajuizada contra, à época, O Presidente do CREA/SP e respectivos superintendentes de fiscalização, titular e substituto, e jurídico, portanto "responsáveis diretos pela promoção e gestão do procedimento licitatório", com respectiva contratação e ordenação de despesas, em efetivo prejuízo ao patrimônio da autarquia federal (artigos 82, 83, parágrafo único, e 90, I, III, XXIX, do Regimento Interno do conselho), configurando, inclusive, crime financeiro (artigos 70, parágrafo único, da CF; 7º, 14, 59, 82 e 109, da Lei 8.666/1993; 1º, § 2º, III, da Lei 9.784/1999; 2º, parágrafo

único, a, da Lei 4.717/1965 e 80, § 1º, do DL 200/1967, por analogia); (2) conforme o regimento interno da autarquia, o presidente é o responsável direto pelas autorizações de pagamentos; (3) as notas de empenho foram subscritas pelos superintendes de fiscalização, e o superintende jurídico é o responsável pelos pareceres que instruíram o processo licitatório impugnado; (4) o objeto em questão foi licitado por quase dois milhões de reais, quando o valor efetivo não ultrapassaria oitocentos mil reais; (5) para a configuração do ato ímprobo previsto no artigo 10 da Lei 8.429/1992 não se exige a presença de dolo; (6) presentes indícios de autoria de atos ímprobos, o *periculum in mora* é presumido, assim como prevalece o princípio do *in dubio pro societate*; (7) desnecessário, nessa fase, o esgotamento da prova, que se realizará durante a instrução da ação, respeitados devido processo legal, contraditório e ampla defesa; e (8) a eventual não inclusão de outras pessoas no polo passivo não prejudica o desenvolvimento da ação contra aqueles efetivamente acionados.

Em contraminuta, foram suscitadas a *eventual* intempestividade do recurso, ilegitimidade ativa e irregularidade na representação processual do agravante.

Houve manifestação da Procuradoria Regional da República, opinando pelo desprovimento do recurso.

Os autos vieram conclusos e foram recebidos fisicamente no Gabinete em 06/09/2017, com inclusão em pauta para julgamento na sessão de 18/10/2017.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Senhores Desembargadores, trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CREA/SP contra o indeferimento de liminar, em ação civil pública por improbidade administrativa, que pretendia a decretação da indisponibilidade de bens dos requeridos e a suspensão de qualquer relação destes com a Administração Pública, seja através de contratação, seja através do exercício de cargos públicos.

O agravante foi intimado da decisão agravada em 03/02/2017 (f. 461), pelo que tempestivo o recurso interposto em 24/02/2017 (f. 02), nos termos dos artigos 219 c.c. 1.003, § 5º, do CPC, afora a prerrogativa prevista no artigo 183 do mesmo diploma legal.

O agravado FRANCISCO YUTAKA KURIMORI alegou, preliminarmente, que se sagrou vencedor na eleição para a Presidência do CREA/SP em 2014, cujo resultado "foi homologado pelo Plenário do CONFEA por r. sentença de lavra do MM. Juízo da 6ª Vara Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos do mandado de segurança 1000932-97.2014.4.01.3400 [...] razão pela qual o Plenário do CRES-SP deu posse ao ora agravado", enquanto "o sr. Vinicius Marquese Marinelli nunca tomou posse como Presidente do CREA-SP, descumprindo regramento fixado no art. 9º, inciso II do Regimento daquele regional", de modo que "o instrumento de mandato assinado pelo sr. Vinicius Marquese Marinelli, e que viabilizou a propositura da presente demanda, não possui valor jurídico, eis que desacompanhado do respectivo termo de posse" (f. 373/5).

Sob o mesmo fundamento, o agravado NIZIO JOSÉ CABRAL sustenta a ilegitimidade de Vinicius Marchese para o presente recurso, na qualidade de representante legal do CREA/SP (f. 343/5)

Ocorre que comprovou o agravante que, no julgamento da SS 5.111, o STF reconheceu *"a existência de fortes indícios de ilegalidade a macular a legitimidade do sufrágio no qual foi vencedora a chapa encabeçada pelo impetrante, Francisco Yutaka Kurimori"* e, *"com a impugnação de tal chapa, deve-se proclamar como vencedora e dar posse àquela que obteve a segunda colocação no pleito eleitoral"*, no caso, *"Vinicius Marchese Marinelli, segundo colocado no pleito eleitoral"*, solução que subsistirá *"até o trânsito em julgado da decisão que vier a ser proferida no Mandado de Segurança 1000.932-27.2014.4.01.3400"*, o que não consta dos autos tenha ocorrido.

Rejeitadas as preliminares arguidas, passo ao exame do mérito.

O presente agravo de instrumento foi instruído com cópia integral da ação originária (ACP 0000004-41.2017.4.03.6137), ajuizada, em 10/01/2017, pelo CREA/SP contra FRANCISCO YUTAKA KURIMORI, LUIZ ROBERTO SEGA, NIZIO JOSÉ CABRAL e RICARDO CAMPOS, à época, Presidente, Superintendentes de Fiscalização e Gerente da Superintendência Jurídica do conselho autor, sob a alegação de realizarem a "contratação superfaturada de obras e serviços de engenharia e entrega de equipamentos", "em descompasso com as regras de estilo e orientações do próprio TCU", em "flagrante detrimento do interesse público, fraudando o erário na promoção de procedimento licitatório eivado de ilegalidades, com evidente sobrepreço" - Processo Licitatório 00063/2014 e respectivo Contrato 039/2014, visando à instalação de uma unidade operacional do CREA/SP em Andradina/SP, conforme Edital 005/2014 (f. 46/7).

Segundo o autor, a apuração teve início a partir de determinação do CONFEA, em razão de denúncia de irregularidades cometidas em quase trinta procedimentos licitatórios e respectivas contratações realizadas durante a gestão dos requeridos.

Conforme a inicial, o edital de licitação (i) estabeleceu requisitos que restringiram a competitividade (item 17.2.c.1.4.1); (ii) aglutinou injustificadamente serviços (execução de obra e fornecimento de materiais), em afronta à Súmula 247/TCU; (iii) especificou a marca de materiais a serem utilizados (artigos 7º, § 5º, e 15, § 7º, I, da Lei 8.666/1993); (iv) adotou como parâmetro planilha de referência com previsão de BDI superfaturado, em contrariedade ao estabelecido pelo Acórdão 2622-37/13 do TCU; e (v) exigiu, injustificadamente, "a adoção de técnica construtiva denominada como 'seca', fato reconhecidamente incomum no mercado brasileiro, tornando a execução do contrato mais custosa ao erário" (f. 47). Narrou, ainda, o autor que: (vi) apesar do interesse de dezoito empresas concorrentes, apenas três apresentaram proposta técnica e, após a respectiva habilitação destas, uma delas declinou do certame, tendo seu pleito deferido mesmo sem qualquer comprovação do motivo alegado, o que viola o artigo 43, § 6º, da Lei 8.666/1993; (vii) as propostas das outras duas empresas foram idênticas, inclusive em centavos, evidenciando o conluio; (viii) não houve a interposição de qualquer recurso, tampouco de prévia avaliação de custos e benefícios; e (ix) estudo preliminar indicou a existência de indícios de superfaturamento da obra, cuja execução não atendeu ao certame, em termos quantitativos (f. 47/8v).

Diante de tal contexto, concluiu o autor que "os réus desta demanda, desde a publicação do edital de licitação, atuam no sentido de transformar o certame em apreço em mero 'jogo de cartas marcadas', franqueando e aceitando que as 'concorrentes' apresentassem propostas verdadeira e essencialmente idênticas, embasadas em planilha de referência já viciada em sua origem (sobrepreço inicial), apenas 'divergindo' quanto ao item 'BDI', em diferença inferior a 0,5% do valor referenciado, fraudando o caráter da competitividades" (f. 50v). E continuou o autor, assim agindo, com evidente dano ao erário e violação aos princípios administrativos, os requeridos, como gestores, são pessoalmente responsáveis pelos atos praticados no proce-

dimento licitatório ora impugnado.

No exame da tutela de evidência requerida para decretar a indisponibilidade de bens dos réus, bem como impedi-los de contratar, direta ou indiretamente, com o Poder Público e exercer cargos na Administração Pública direta ou indireta (f. 58/9), a decisão agravada considerou que *"a inicial é bastante precisa na descrição das ilegalidades da licitação"*, no entanto entendeu que tal peça processual *"é vaga quanto à responsabilidade dos réus por tais atos"*, concluindo pelo indeferimento da liminar, *"ao menos por ora, diante da falta de indícios de responsabilidade dos réus por ato doloso ou culposo de improbidade administrativa, constatáveis de plano"* (f. 270v/5).

Ocorre que para a atual fase, prefacial, da ação originária, em que prevalece o princípio *in dubio pro societate*, a jurisprudência é firme no sentido de que a Lei 8.429/92 exige tão somente a existência de indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa (artigo 17, § 6º), não exigindo, pois, a presença de elementos para a formação de um juízo de condenação, próprio do julgamento ao final, com aferição do elemento subjetivo das condutas imputadas, somente depois da regular defesa e instrução do processo:

> AIRESP 1.614.538, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 23/02/2017:
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ACÓRDÃO AFIRMOU O COMETIMENTO DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. PRESENÇA DE ELEMENTO SUBJETIVO. AFERIÇÃO DO DANO AO ERÁRIO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL.
> 1. *A controvérsia suscitada no presente recurso diz respeito à presença ou não de indícios suficientes de prática de ato de improbidade administrativa a autorizar o recebimento da petição inicial.*
> *2. Constatada a presença de indícios da prática de ato de improbidade administrativa, é necessária instrução processual regular para verificar a presença ou não de elemento subjetivo, bem como do efetivo dano ao erário, sendo que "para fins do juízo preliminar de admissibilidade, previsto no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do* in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público*". (AgRg no REsp 1384970/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014) Precedentes.
> 3. O acórdão recorrido reconheceu, expressamente, que houve "irregularidade administrativa perpetrada pela administração municipal". No entanto, entendeu que a petição inicial não deveria ser recebida, pois "não se verifica nos autos indícios de que o erro trouxe prejuízos patrimoniais ou estivesse eivado de dolo ou má-fé".
> 4. De acordo com a jurisprudência desse Sodalício, é necessária regular instrução processual para se concluir pela configuração ou não de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo. Precedentes do STJ.
> 5. Não há falar que a matéria não foi prequestionada ou, ainda, na incidência da Súmula 7/STJ. Ao contrário, conforme se viu, todos os fundamentos utilizados na decisão agravada foram retirados do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal *a quo*, de forma que a matéria foi devidamente prequestionada e, ainda, não necessitou do revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos.
> 6. Agravo interno não provido.
>
> AGARESP 531550, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJE 25/09/2015:
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DETERMINAÇÃO DE PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO, COM CITAÇÃO DOS RÉUS. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE ATOS DE IMPROBIDADE. SÚMULA 7/STJ. FASE EM QUE SE DEVE OBSERVAR O PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NESTA CORTE. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
I. O acórdão recorrido negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto contra a decisão que, diante do improvimento do Agravo de Instrumento anteriormente interposto nos autos, determinou a citação dos réus, entre os quais o agravante.
II. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz das provas dos autos, "a peça só será rejeitada quando o magistrado ficar convencido da inexistência da prática ímproba, improcedência da ação ou inadequação da via eleita. Nenhuma das três hipóteses se encaixam à hipótese em análise, sendo certo que todos os argumentos defensivos demandam prova, valendo lembrar, repito, que basta a existência de indícios para o recebimento da peça". Assim, a alteração do entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que existem indícios da prática de ato de improbidade administrativa, ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte.
III. O aresto impugnado também está *alinhado à jurisprudência do STJ, no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos de improbidade administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial, prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/92, vale o princípio* in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público.* Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 592.571/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/08/2015; AgRg no REsp 1.466.157/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/06/2015; AgRg no AREsp 660.396/PI, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/06/2015; AgRg no AREsp 604.949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/05/2015.
IV. O Tribunal de origem decidiu a causa em consonância com a orientação jurisprudencial predominante neste Tribunal, pelo que incide, na espécie, a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável quando fundado o Recurso Especial nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.
V. Agravo Regimental improvido.

AGARESP 400.779, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 17/12/2014:
ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. "FUNCIONÁRIOS FANTASMAS" EM GABINETE DE PARLAMENTAR. ART. 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429/92. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INDÍCIOS DE PRÁTICA E DE AUTORIA DE ATOS DE IMPROBIDADE CAPITULADOS NOS ARTS. 9º, 10 E 11 DA LIA. CONTROVÉRSIA ACERCA DA COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA DOS AGENTES. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA REGULAR INSTRUÇÃO PROCESSUAL.
1. *A jurisprudência desta Corte tem asseverado que "é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do* in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público" (REsp 1.197.406/MS, Relª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013*).
2. Como deflui da expressa dicção do § 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, somente será possível a pronta rejeição da ação, pelo magistrado, caso resulte convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

> 3. Na espécie, o que mais se enalteceu nas instâncias de origem foi a insuficiência de provas sobre o dolo inerente às condutas ímprobas descritas na petição inicial, sem que, em contrário, se tivesse apontado a existência de provas hábeis a evidenciar, de plano, a inocorrência dessas mesmas condutas ímprobas.
> 4. *Somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência, ou não, de*: (I) enriquecimento ilícito; (II) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (III) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; e (IV) *configuração de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo*, consistente na alegada existência de "funcionários fantasmas" em gabinete de parlamentar.
> 5. Agravo regimental provido, em ordem a se acolher o agravo e, na sequência, dar provimento ao recurso especial.

Na espécie, o autor da ACP originária não busca a condenação de quem meramente executou os atos licitatórios, perseguindo pura e simplesmente as assinaturas apostas no respectivo procedimento, mas sim aqueles que, apesar de, em tese, cientes de todas as irregularidades do certame, permitiram, senão facilitaram sua consecução, até final prejuízo ao erário.

A responsabilidade atribuída pelo autor aos requeridos encontra amparo no próprio Regimento do CREA/SP, que assim dispõe:

> Art. 90. Compete ao presidente do Crea:
> I - cumprir e fazer cumprir a legislação federal, as resoluções, as decisões normativas, as decisões plenárias baixadas pelo Confea, os atos normativos, os atos administrativos baixados pelo Crea-SP e este Regimento;
> [...]
> XXIX - autorizar pagamento e movimentar contas bancárias, assinando, com o responsável pela administração dos recursos financeiros, cheques, balanços e outros documentos pertinentes;
> [...]
> Art. 192. A estrutura auxiliar é subordinada à Presidência.
> Art. 193. A estrutura auxiliar é coordenada, orientada e supervisionada pelas Secretarias, e seus serviços são executados pelas Superintendências.
> Art. 194. As Superintendências são órgãos executivos, responsáveis pela gestão das respectivas áreas de atuação.

A partir daí, a inicial da ação originária contextualizou os fatos, apontando, com respaldo em prova documental indiciária, que os dirigentes do CREA/SP, na qualidade de gestores, ao permitirem a contratação impugnada e o dispêndio de valores para a respectiva execução, chancelaram, em arrepio a preceitos e normas constitucionais e legais, certame supostamente eivado de vícios, que acabaram por restringir o caráter competitivo inerente à licitação, para, em tese, direcioná-la a empresas conhecidas e conluiadas, que superfaturaram o objeto licitado, beneficiando-se em detrimento do erário, fazendo, ainda, a inicial o respectivo enquadramento legal, permitindo o regular exercício do contraditório e da ampla defesa.

Cumpre destacar que, segundo consta dos autos, são mais de vinte ações civis públicas ajuizadas contra os requeridos para a apuração de improbidades administrativas praticadas em licitações e respectivas contratações como a presente (f. 266v e 366), afigurando-se deveras curioso que justamente nesses procedimentos, um tanto questionáveis, os requeridos tenham delegado funções a outros funcionários, para, de fato, virem a atuar somente depois de já adjudicado o objeto licitado (f. 60/263).

Embora o executado NIZIO JOSÉ CABRAL negue ter assumido o cargo de Superintendente de Fiscalização, "nem mesmo em substituição", admitiu o "exercício de suas funções de diretoria" (f. 346), o que, nos termos dos artigos 91 e 102 do Regimento CREA/SP *("Art. 91. A Diretoria é o órgão executivo da estrutura básica do Crea que tem por finalidade auxiliar a Presidência no desempenho de suas funções e decidir sobre questões administrativas.* [...] *Art. 102. O membro da Diretoria pode supervisionar áreas específicas da estrutura auxiliar. Parágrafo único. A escolha de membro da Diretoria para supervisionar áreas específicas da estrutura auxiliar é definida por indicação do presidente do Crea e submetida aos demais membros para aprovação.")*, não autoriza, nesta fase inicial da ação, à luz do princípio *in dubio pro societate* e da jurisprudência citada, o reconhecimento de plano da ilegitimidade arguida.

Nesse contexto, a medida postulada encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacífica no sentido de que nos casos de indisponibilidade de bens em decorrência de imputação de conduta qualificada como ímproba ao erário, o pressuposto do dano irreparável ou de difícil reparação ("periculum in mora") encontra-se implícito no artigo 7º da Lei 8.429/1992, sem que seja necessária comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio:

> AGRESP 1.260.737, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJE 25/11/2014:
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS QUE ABRANGE INCLUSIVE AQUELES ADQUIRIDOS ANTES DA PRÁTICA DO SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE, ASSIM COMO O POTENCIAL VALOR DA MULTA CIVIL APLICÁVEL À ESPÉCIE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO IMINENTE OU EFETIVA DO PATRIMÔNIO DO DEMANDADO. *PERICULUM IN MORA* IMPLÍCITO NO COMANDO LEGAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
> 1 - O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei nº 8.429/92, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil. Precedentes.
> 2 - *A Primeira Seção desta Corte de Justiça, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543 -C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e, ante a presença de fortes indícios da prática do ato reputado ímprobo, dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do réu, estando o* periculum in mora *implícito no comando do art. 7º da LIA*.
> 3 - Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> AGRESP 1.414.569, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 13/05/2014:
> PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE *PERICULUM IN MORA* CONCRETO. *FUMUS BONI IURIS* DEMONSTRADO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO.
> 1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de* periculum in mora *concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de fumus boni iuris, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade*. No mesmo sentido: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012.
> 2. A indisponibilidade dos bens deve recair sobre o patrimônio dos réus de modo suficiente a

garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma que venha a ser aplicada. Agravo regimental parcialmente provido.

Em se tratando de valores públicos despendidos em razão de procedimentos licitatórios irregulares, que inviabilizaram a escolha da melhor proposta, tornando nulo o procedimento realizado, o prejuízo ao erário, correspondente ao valor dispendido com o contrato (cláusula nona - f. 258/v), é presumido, conforme atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

RESP 1.622.290, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 19/12/2016:
ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. FRACIONAMENTO INDEVIDO DE LICITAÇÃO. FRUSTRAÇÃO DE COMPETITIVIDADE. DANO AO ERÁRIO E PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. OCORRÊNCIA. MEMBRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO MUNICIPAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL, RESTABELECER A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO E A SITUAÇÃO IRREGULAR DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.
1. Pretende a União restabelecer a condenação de Paulo Eduardo Martins por ato de improbidade administrativa, com a consequente condenação de ressarcimento ao erário.
2. Em vez de realizar a licitação na modalidade Tomada de Preços, compatível com os valores do convênio, a Comissão Licitante do Município de São José da Laje fracionou o objeto da licitação, de modo a tornar possível a adoção da modalidade convite, em dois procedimentos apartados - convite nº 016/2002, para aquisição do veículo tipo Van, e o convite nº 17/2002, para aquisição dos equipamentos odontológicos para a ambulância, permitindo, assim, a escolha das empresas participantes dos certames. Após realização de auditoria, constataram-se diversas irregularidades no procedimento licitatório.
3. Da análise dos autos, observam-se presentes elementos concretos aptos a infirmar as conclusões adotadas no acórdão recorrido, através de simples valoração da prova produzida nos autos, o que afasta a incidência da Súmula 7/STJ.
4. Os autos reforçam a irregularidade apontada. Isso porque, quando levado em consideração o fato de que a empresa DIVEPEL - Distribuidora de Veículos e peças Ltda. participou de ambos os procedimentos licitatórios (convite 016/2002 e convite 017/2002), sendo convidada pela comissão licitante, evidencia-se a possibilidade de procedimento licitatório único, a fim de garantir o melhor preço. A situação denota não só a existência de empresa que forneça ambos os objetos, como também o expresso conhecimento do fato por parte da Comissão Licitante.
5. Tudo isso leva à conclusão inafastável da ocorrência de ato ímprobo, uma vez que a Comissão Licitante, a fim de frustrar a competitividade da licitação e os princípios que regem o tema, fracionou o procedimento, ensejando dano ao erário.
6. *O STJ possui o entendimento de que, em casos como o ora analisado, o prejuízo ao erário*, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade do procedimento licitatório), *que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é* in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta*. Precedente: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 9.3.2012.
7. Recurso Especial provido para, em consonância com o parecer ministerial, restabelecer a sentença proferida em primeiro grau, que reconheceu a prática de ato ímprobo e a situação irregular do procedimento licitatório.

Tal medida tem caráter meramente assecuratório do final provimento judicial, no caso de eventual condenação, sem implicar expropriação do bem, ou mesmo penhora (RESP 1.260.731, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 29/11/2013), devendo, pois, a decisão agravada ser refor-

mada, neste ponto, para decretar a indisponibilidade de bens e valores dos requeridos, em solidariedade, limitados ao valor do contrato impugnado.

Mantém-se, no entanto, o indeferimento da pretensão liminar de impedir os requeridos de contratar, direta ou indiretamente, com o Poder Público ou exercer cargos na Administração Pública direta ou indireta, por configurar antecipação de penalidade aplicável no caso de final condenação por ato ímprobo.

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas em contraminuta e dou parcial provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
5020456-65.2017.4.03.0000

Requerente: MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE - MS
Requeridos: MAYANNA SAAD ADAMS E JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - PRESIDENTE
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

DECISÃO

Visto,

Trata-se de pedido de suspensão de liminar apresentado pelo *Município de Campo Grande* em face de decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, nos autos da ação de procedimento ordinário nº 0005503-29.2017.4.03.6000, que determinou o cumprimento da medida liminar de fornecimento de medicamento até o dia 22.10.2017, sob pena de bloqueio de receitas do município.

Alega, em síntese, que Mayanna Saad Adams propôs ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela de urgência em face da União, do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Campo Grande, alegando ser portadora de amiotrofia espinhal progressiva tipo II (CID G12.0) e que, por esta condição, necessita do uso contínuo do medicamento importado chamado Spinraza (Nusinersen), necessário para bloquear a degeneração neuronal.

O pedido de antecipação da tutela foi deferido pelo juízo, que determinou o fornecimento do medicamento pelo Município e pela União no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R$ 3.000,00 (três mil reais). Contra esta decisão foi interposto agravo de instrumento.

Posteriormente, a autora da ação peticionou ao juízo informando que a decisão não havia sido cumprida. Diante disso, o magistrado determinou o cumprimento da tutela até o dia 22.10.2017 sob pena de bloqueio imediato de receitas dos entes estatais, sem prévia intimação. Contra esta decisão insurge-se neste momento.

Diz que o medicamento Spinraza foi aprovado recentemente pela ANVISA e por se tratar de novidade ainda está pendente de regulação quanto ao preço a ser vendido no país. Por conta disso, apenas o laboratório BIOGEN o fornece, ao preço de US$ 118,795.00 (cento e dezoito mil, setecentos e noventa e cinco dólares americanos). Considerando a prescrição médica, o tratamento anual representaria um gasto de US$ 712,770.00 (setecentos e doze mil, setecentos e setenta dólares americanos), ou seja, mais de dois milhões de reais no câmbio atual.

Defende haver contradição a respeito da quantidade prescrita e a indicada na bula do medicamento, o que por si só representaria significativa economia para os cofres públicos. Entende que essa dúvida somente pode ser sanada por meio de perícia médica, de modo que, persistindo a dúvida, o bloqueio de valores não deve ser realizado.

Afirma que o bloqueio de receitas comprometerá o já deficitário e temeroso orçamento municipal e que o numerário, se bloqueado, comprometerá outros setores da Administração Pública, como serviços de coleta de lixo, de merenda escolar, de medicamentos e materiais hospitalares, de energia, de água etc., todos já credores do Município por atraso de pagamento no período de janeiro a setembro de 2017.

Pondera que o medicamento tem custo elevado e que compete à União, por meio do Ministério da Saúde e da ANVISA, definir o preço com base em regras vigentes para o setor, além

de incluir o medicamento na lista dos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Enquanto isso não ocorrer, não pode o município ficar à mercê do arbitramento voluntário de preço por parte do laboratório, não possuindo condições de arcar com o tratamento de altíssimo custo, vez que não possui sequer recursos para simples cirurgias ortopédicas.

Argumenta que os municípios não possuem autonomia para definir as políticas públicas de saúde e, assim, não podem suportar tamanho ônus (princípio da reserva do possível). Salienta a capacidade limitada do Poder Público de prover todas as necessidades da coletividade, sendo o aparato público, por mais sofisticado que seja, incapaz de promover atendimento integral a todos que necessitem.

Embasado na teoria supra, defende que não basta que a legislação defira direitos aos membros da sociedade, pois se faz imprescindível também que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação desses direitos. Portanto, não pode o Poder Judiciário, por mais bem intencionado que esteja, assumir a difícil tarefa de suprir todas as carências sociais e, mediante uma decisão, impor obrigações incapazes de serem atendidas.

A ordem judicial viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que cabe ao Poder Legislativo elaborar a peça orçamentária e definir as prioridades que entende mais urgentes naquele momento.

O município possui outros compromissos com a coletividade que precisam ser satisfeitos e o bloqueio se choca com o orçamento fixado porque não há reserva de capital para a aquisição de medicamentos de alto custo. Deste modo, ao se garantir o direito de um único indivíduo, são sacrificadas outras garantias constitucionais, de interesse coletivo.

Afirma que a autora da demanda não é atendida pelo SUS, e por ser atendida mediante convênio médico privado, a responsabilidade pelo fornecimento do medicamento deveria ser atribuída ao plano de saúde, já que o artigo 197 da CF permite que os serviços de saúde sejam prestados por terceiros. Entende, aliás, que havendo demanda proposta também contra o convênio médico, há conexão entre as ações, que deveriam ser reunidas.

Também informa que a autora da ação possui uma irmã com a mesma enfermidade e que também pleiteia na Justiça o fornecimento do medicamento. Assim, os custos devem ser considerados em dobro, o que acarreta significativo desfalque nos cofres públicos municipais, cujo orçamento encontra-se inteiramente comprometido.

Reconhece o direito à sobrevida da autora, que conta com 19 (dezenove) anos de idade. Porém, afirma que o medicamento poderá abrandar os sintomas, mas que não há certeza de melhora na doença em si, persistindo dúvidas a respeito de sua eficácia ao longo do tempo.

Transcreve decisão da Presidência do TJMS que aponta a impossibilidade de bloqueio de verba pública, salvo nos casos de quebra da ordem de precedência de precatório. Igualmente, menciona decisão do TRF-4ª Região que indefere pedido de tutela provisória objetivando o fornecimento do mesmo medicamento aqui pleiteado.

Argui que a decisão de bloqueio implica intervenção financeira no município e lhe causa grave lesão, além de violar o princípio da supremacia do interesse público.

Com tais argumentos, requer alternativamente: 1) a suspensão da decisão que determinou o bloqueio de verba municipal para custear o tratamento; ou 2) que o bloqueio recaia exclusivamente sobre as contas públicas da União; ou 3) que seja concedido o prazo de 60 (sessenta) dias para aquisição do medicamento, no total de 2 (duas) ampolas, devendo as demais ser fornecidas pela União; ou 4) que seja concedido prazo de 90 (noventa) dias para aquisição de 3 (três) ampolas, necessárias para o primeiro ano de tratamento, devendo as demais ser fornecidas pela União.

É o relatório.

Decido.

A execução de decisão judicial proferida em desfavor do Poder Público pode ser suspensa pelo Presidente do Tribunal a que compete o julgamento dos recursos, sempre que a decisão tiver o potencial de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º, Lei nº 8.437/92).

Cuida-se, nos termos já definidos pelo Superior Tribunal de Justiça, de "*medida processual de excepcionalidade absoluta*, uma vez que investe o Presidente do Tribunal competente de um poder extraordinário capaz de suspender a eficácia de uma liminar ou a própria execução de um mandado de segurança concedido. Diante da magnitude, inclusive constitucional, do mandado de segurança, que consubstancia instrumento processual célere destinado a viabilizar a defesa de direito líquido e certo de uma pessoa em face de eventual ação arbitrária do Estado, *a utilização do pedido de suspensão de segurança deve-se restringir a situações de extrema gravidade, sob pena de colocar em total descrédito o procedimento e a eficácia da ação mandamental*." (AgRg na SS nº 1.328, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. 19/05/04, DJ 07/06/04) – grifo e destaque meus.

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. Nestes termos, anoto ser manifestamente descabido analisar, neste momento, eventual necessidade de perícia médica para verificar a dosagem do medicamento (quantidade de ampolas) necessária para o tratamento da autora da ação originária.

De igual modo, descabe aqui analisar fatos processuais que exigem manifestação do juiz natural, como a alegação de conexão entre demandas. Situações processuais devem ser analisadas pelo juízo *a quo* e são passíveis de recursos para as instâncias superiores, não possuindo a Presidência da Corte competência para conhecer da questão.

Com relação aos motivos que ensejam a suspensão de liminar, previstos no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, tenho que se encontram presentes.

Deveras, é sabido que a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 196 que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.". E é igualmente sabido que o Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Carta Magna, há muito já consagrou o entendimento de que a parte pode pleitear o fornecimento de medicamentos a qualquer um dos entes federativos (Agr no RE 607.381/SC), cuidando-se de responsabilidade solidária (RE 855178 RG/SE). Neste sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. TEMA 793. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.
> I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é obrigação solidária dos entes da Federação promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento em favor do recorrido, podendo qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios figurar no polo passivo.
> II - Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, deixo de majorar os honorários recursais, uma vez que não foram fixados pelo juízo de origem.
> III - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art.

> 1.021, § 4º, do CPC.
> (STF, ARE 963.221 AgR/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.10.2016, DJe 16.11.2016)

Contudo, *neste incidente não se está a discutir a responsabilidade pela obrigação de fornecer o medicamento requerido pela autora* da ação originária. Esta discussão está sendo travada nos autos do agravo de instrumento nº 5011261-56.2017.4.03.0000, de relatoria do eminente Desembargador Federal Nelton dos Santos.

No caso em testilha *pretende-se tão somente afastar a ordem judicial que determinou o bloqueio de verbas municipais*, consoante se extrai do principal pedido formulado na petição inicial (id 1285732, fl. 43):

> Ante todo o exposto, com fulcro no artigo 326, *caput*, e parágrafo único, requer a Vossa Excelência o provimento do presente pedido para, subsidiariamente:
> 1) SUSPENDER a decisão que determinou o bloqueio de verba pública municipal para custear tratamento privado. Consequentemente, requer sustar qualquer ordem judicial que determine pretenso bloqueio nas contas públicas do Poder Público Municipal. Em não assim entendendo, requer,
> (...)

Nesse aspecto, tenho que assiste razão ao município Requerente, uma vez que a ordem de bloqueio de suas receitas ocasionará graves prejuízos à ordem e à economia públicas.

Os recursos financeiros não são infinitos e não há, como todo administrador sabe, orçamento para custear tudo aquilo que a população precisa. Ainda mais em época de crise como a vivenciada atualmente, a escassez de recursos é tema em todos os níveis da Administração, reconhecida e alvo de angústia por parte de todos os gestores da coisa pública.

De acordo com as informações prestadas pela autora em sua demanda originária (id 1285764, fl. 295-296), *cada dose* do medicamento custa *US$ 150,000.00* (cento e cinquenta mil dólares americanos). Ainda de acordo com o documento, para o primeiro ano de tratamento seriam necessárias 8 (oito) doses e, nos demais, metade. Portanto, no primeiro ano o tratamento custaria US$ 1,200,000.00 (um milhão e duzentos mil dólares americanos) e, nos demais, cerca de US$ 600,000.00 (seiscentos mil dólares).

Isso significa o bloqueio, na cotação de hoje (US$ 1 = R$ 3,28), de R$ 3.936.000,00 (três milhões, novecentos e trinta e seis mil reais), montante significativo e que não pode ser desprezado.

Ademais, não me passou despercebido que, no *decisum* objurgado, o magistrado reconhece o argumento da União no sentido de que o bloqueio desse valor é demasiado. Transcrevo, a propósito, trecho da manifestação jurisdicional (id 1285782, fl. 23):

> Acolho também a manifestação da União quando afirma que eventual bloqueio de receitas dos entes estatais no montante de R$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) poderia ser demasiado, em decorrência do fornecimento do medicamento pela empresa Biogen Brasil Produtos Farmacêuticos, com controle de preços por órgãos estatais.

Ora, se o bloqueio da quantia é demasiado para a União, não se pode ter entendimento diverso em relação ao município, cuja receita é significativamente inferior à daquele.

O impacto orçamentário da decisão configura motivo para suspender uma decisão provisória concedida liminarmente em caráter de cognição sumária do feito. Como bem salienta *Elton Venturi*, "As implicações macro e microeconômicas das decisões judiciais constituem preocupação que transcende fronteiras e que, por potencialmente acarretarem grave comprometimento à ordem pública (social e administrativa) e à ordem econômica, não só podem como devem ser alvo de prudente avaliação por via dos pedidos de suspensão" (Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª edição, pág. 217).

É sabido que, diante das limitações materiais, não raras vezes a Administração pública se vê obrigada a adotar um plano estratégico, priorizando as atividades que entende mais relevantes para garantia do interesse público e cumprimento de suas atribuições. No caso em apreço, tem o ente público como escopo o tratamento de parcela maior da sociedade sul-mato-grossense com o uso de verbas públicas.

Portanto, em que pese o direito constitucional à saúde, tenho que o bloqueio determinado pelo juízo poderá ocasionar riscos graves à economia e à ordem pública municipal, interferindo sobremaneira na Administração Municipal e, com isso, em toda coletividade campo-grandense.

Não bastasse, de acordo com a Portaria nº 1.554/2013 do Ministério da Saúde, que dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), os medicamentos de alto custo, que representam elevado impacto financeiro, são de responsabilidade do Ministério da Saúde. Confira-se:

> Art. 3º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas:
> I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:
> a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e
> b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; (Alterado pela PRT nº 1996/GM/MS de 11.09.2013)
> II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e
> III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.
> Art. 4º Os grupos de que trata o art. 3º são definidos de acordo com os seguintes critérios gerais:
> I - complexidade do tratamento da doença;
> II - garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; e
> III - manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS.
> Art. 5º O Grupo 1 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:

I - maior complexidade do tratamento da doença;
II - refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento;
III - medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e
IV - medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde.
Art. 6º O Grupo 2 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:
I - menor complexidade do tratamento da doença em relação ao Grupo 1; e
II - refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento.
Art. 7º *O Grupo 3 é definido de acordo com os medicamentos constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica* e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. - grifo e destaque meus.

Portanto, nessa fase de cognição sumária, atenta ao disposto no ato normativo acima mencionado, não vejo como manter-se o bloqueio das contas do município de Campo Grande.

Por fim, não cabe, em princípio, ao Poder Judiciário tomar o lugar da Administração na escolha das ações que o Poder Executivo elege como prioritárias, sob pena de prejudicar a administração e de se imiscuir na atividade administrativa, violando o fundamental princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA
1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF).
2. A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional.
3. *Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração.*
4. *Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas.*
5. Agravo desprovido.
(AgRg no REsp 261.144/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2001, DJ 10/03/2003, p. 143) - grifos inexistentes no original.

Por todo o exposto, *DEFIRO* o pedido de suspensão da liminar que determinou o bloqueio de receitas do município nos autos do processo nº 0005503-29.2017.4.03.6000, da 2ª Vara de Campo Grande.

Comunique-se. Intimem-se. Publique-se.

Depois, à Procuradoria Regional da República.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, arquive-se.

São Paulo, 06 de novembro de 2017.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

Direito Civil



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0014845-60.2014.4.03.6100
(2014.61.00.014845-3)

Apelante: THAYUANA RAMOS CLEOFAS VIANNA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: Ap 2257235
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/11/2017

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INVASÃO DE IMÓVEL INSERIDO NO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. ESBULHO POSSESSÓRIO CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO.
1. Não importa nulidade do processo a não realização de audiência de conciliação, notadamente quando a parte autora deixar de apresentar qualquer proposta de acordo e a parte adversa resiste diretamente às pretensões deduzidas em Juízo e se manifesta no sentido de inexistir possibilidade de acordo.
2. O Programa de Arrendamento Residencial - PAR foi instituído pela Lei nº 10.188/2001 para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, competindo sua operacionalização à Caixa Econômica Federal.
3. O art. 9º do referido diploma legal autoriza o ajuizamento de ação de reintegração de posse, pelo arrendador, caso configurado o esbulho. Na hipótese dos autos, não se trata de inadimplemento das parcelas do arrendamento, porquanto inexiste contrato firmado entre as partes, conforme demonstrado nos autos. De fato, o bem objeto da ação é de propriedade da CEF, na qualidade de agente gestora do PAR, como consta das certidões do Registro Geral de Imóveis acostada aos autos, e foi ocupado irregularmente de forma sucessiva por pessoas distintas, sem o aval da instituição financeira.
4. Imóvel de propriedade da CEF e fato que não se justifica por serem os invasores pessoas de baixa renda. Esbulho possessório configurado.
5. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de ação de reintegração de posse intentada pela Caixa Econômica Federal - CEF em face de Thayuana Ramos Cleófas Vianna, pertinente a imóvel residencial, objeto de arrendamento residencial nos termos da Lei nº 10.188/2001, que disciplina o Programa de Arrendamento Residencial.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para o fim de reintegrar a Caixa Econômica Federal na posse do imóvel descrito na petição inicial, extinguindo a fase de conhecimento com o resolução de mérito, nos termos do artigo 467, inciso I, do Código de Processo Civil. Condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. Tendo em vista que a ré é beneficiária da gratuidade da justiça, permanecerá suspensa a execução de honorários advocatícios até que se prove que ela perdeu a condição legal de necessitada (fls. 56/59).

Apela a parte ré alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, por ausência de audiência de conciliação. No mais, alega a necessidade de observação da função social do contrato e a possibilidade de renegociação do débito.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Preliminar - Cerceamento de defesa - audiência de conciliação

Não importa nulidade do processo a não realização de audiência de conciliação, notadamente quando a parte autora deixar de apresentar qualquer proposta de acordo e a parte adversa resiste diretamente às pretensões deduzidas em Juízo e se manifesta no sentido de inexistir possibilidade de acordo.

Mérito

In casu, trata-se de pedido de reintegração de imóvel, objeto de arrendamento residencial nos termos da Lei nº 10.188/2001, que disciplina o Programa de Arrendamento Residencial.

Com efeito, o PAR foi instituído pela Lei nº 10.188/2001, com a finalidade de atender à necessidade de moradia da população de baixa renda, sendo-lhe aplicável, no que couber, a legislação referente ao arrendamento mercantil. Durante o prazo do contrato de arrendamento residencial, o arrendatário adquire a posse direta do imóvel mediante o pagamento da taxa de arrendamento e de cotas condominiais. Tais encargos são devidos até o término do contrato, findo o qual, há a opção de compra do bem.

O art. 9º do referido diploma legal autoriza o ajuizamento de ação de reintegração de posse, pelo arrendador, caso configurado o esbulho. Na hipótese dos autos, não se trata de inadimplemento das parcelas do arrendamento, porquanto inexiste contrato firmado entre as partes, conforme demonstrado nos autos. De fato, o bem objeto da ação é de propriedade da CEF, na qualidade de agente gestora do PAR, como consta das certidões do Registro Geral de Imóveis de fls. 14, e foi ocupado irregularmente de forma sucessiva por pessoas distintas (fls.

16/18), sem o aval da instituição financeira.

Ademais, a lei que regula o arrendamento residencial prevê expressamente, no já citado art. 9º, a possibilidade de ajuizamento de ação de reintegração, pela proprietária, em caso de esbulho. A propósito:

> PROCESSO CIVIL. PAR. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. LEI Nº 10.188/01, ART. 9º CONSTITUCIONALIDADE. INADIMPLÊNCIA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRELIMINARES REJEITADAS. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.
> 1. A Lei nº 10.188/07, que institui o programa de arrendamento residencial, prevê no artigo 9º que, diante do inadimplemento no arrendamento, findo o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse.
> 2. Não realizados o pagamento das prestações em atraso e dos encargos, torna-se injusta a posse a ensejar a propositura da competente ação de reintegração de posse.
> 3. O Código de Defesa do Consumidor também, não enseja juízo de nulidade da cláusula contratual que estipule a reintegração de posse, visto que tal cláusula tem fundamento na própria lei.
> 4. Considerando que, na hipótese, o vencido, ora recorrente, é beneficiário da justiça gratuita, fica suspensa a execução da condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais (honorários advocatícios e custas processuais), nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.
> 5. Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo improvido.
> (AC 00028581420074036119, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/05/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.)

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). LEI Nº 10.188/01. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE.
> 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu pedido de liminar em ação de reintegração de posse, proposta pela Caixa Econômica Federal.
> 2. A celebração de Contrato de Arrendamento Residencial, com opção de compra, é ato jurídico perfeito e o estabelecido no contrato faz lei entre as partes.
> 3. A Caixa Econômica Federal, como agente operadora, atua no sentido de viabilizar o cumprimento bem como a continuidade do Programa de Arrendamento Residencial.
> 4. Eventual alteração da renda mensal do mutuário ou seu desemprego não impõe revisão do contrato, nem renegociação do débito, que deve ser buscada pelo mutuário na via administrativa.
> 5. "A função social da posse, o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana não podem ser utilizados como forma de burlar o cumprimento da lei. A determinação de reintegração da cef na posse do imóvel objeto da demanda faz prevalecer a função social da posse, uma vez que outras pessoas de baixa renda, em condições de arcar com as obrigações contratuais, possuem interesse em ser beneficiadas pelo Programa em questão, além de a inadimplência do recorrente afetar o Fundo de Arrendamento Residencial" (AC 200951010278413, Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::02/10/2014.).
> 6. No caso, restaram incontroversos o inadimplemento e a mora da agravante desde julho/2009, em face de sua notificação judicial em 20/09/2010, a caracterizar esbulho possessório nos termos do contrato de arrendamento residencial e artigo 9º da Lei nº 10.188/01.
> 7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.
> (AI 00351738020114030000, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/06/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). INVASÃO IRREGULAR DOS IMÓVEIS ARRENDADOS. CEF É DETENTORA DE POSSE INDIRETA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CABIMENTO. PROVIMENTO DO RECURSO.
1. Na origem, cuida-se de ação de reintegração de posse, com pedido de medida liminar, ajuizada pela CEF em face do ora apelado, por meio da qual a CEF, ao argumento de que o apelado cometeu esbulho possessório após ter invadido o imóvel destinado ao Programa de Arrendamento Residencial ("PAR") sem que antes tenha firmado qualquer contrato com a CEF, pede a reintegração na posse do imóvel. O juízo *a quo* extinguiu o feito sem resolução do mérito por inépcia da petição inicial, nos termos do art. 295, inciso I c/c art. 267, inciso I, do CPC, ao fundamento de que o caso é de ação de imissão na posse, e não de ação possessória, eis que a causa de pedir se pauta no direito real de propriedade da CEF, e não em sua posse. Contra esta sentença, a CEF interpôs o presente recurso de apelação.
2. O PAR, instituído pela Lei nº 10.188/01, tem por objetivo propiciar o acesso à moradia, que é um direito assegurado constitucionalmente a todos os cidadãos (art. 6º da Constituição Federal/1988). Para operacionalizar este programa, a CEF adquire o direito real de propriedade de bens imóveis com recursos do Fundo de Arrendamento Residencial ("FAR"), sendo que tais imóveis, posteriormente, passam a ser objeto de contratos de arrendamento residencial prospectados pela CEF (arrendadora) em prol dos beneficiários (arrendatários). Nestes contratos, por sua vez, resta acordado que a CEF, na qualidade de proprietária e detentora da posse indireta do imóvel, cede, durante o prazo de arrendamento, a posse direta ao arrendatário, sendo que, decorrido o prazo de arrendamento pactuado, que pode ser prorrogado, abre-se a opção de compra ao arrendatário, desde que o arrendatário efetue o pagamento total do valor residualmente garantido (?VRG?) que será apurado ao final do termo acordado.
3. Seja da própria sistemática do PAR, seja do art. 9º da referida Lei nº 10.188/2001, o qual prevê expressamente a possibilidade de a CEF ajuizar ação de reintegração da posse em caso de esbulho possessório por inadimplemento do arrendatário, resta claro a qualificação da CEF como também sendo possuidora indireta dos imóveis arrendados, o que, então, lhe possibilita o manejo de qualquer instrumento de defesa da posse, inclusive, esta ação reintegratória.
4. Os artigos 926 e 927 do CPC não restringem a legitimidade PAR a o ajuizamento de ação de reintegração de posse, apenas, aos possuidores diretos, não sendo possível negar a proteção possessória ao proprietário na hipótese em que o possuidor, que exerce diretamente a posse, pratica esbulho, tal qual ocorre no caso em tela.
5. Apelação conhecida e provida.
(AC 201351010211711, Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::04/04/2014.)

Ressalto ainda, que não se pode privilegiar a posse irregular de imóvel destinado ao PAR em detrimento da garantia de moradia à população de baixa renda que preencha os requisitos para firmar contrato de arrendamento, considerando que a invasão impossibilita que se atinjam os objetivos do programa instituído pela Lei nº 10.188/2001.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. invasão DE IMÓVEL INSERIDO NO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. ESBULHO POSSESSÓRIO CONFIGURADO. DEFERIMENTO DE LIMINAR CONFIRMADO.
I - O Programa de Arrendamento Residencial - PAR foi instituído pela Lei nº 10.188/2001 para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de

arrendamento residencial com opção de compra, competindo sua operacionalização à Caixa Econômica Federal.
II - Hipótese de invasão de empreendimento habitacional destinado ao PAR. Inexistência de contrato de arrendamento residencial entre os agravantes e a CEF.
III - Imóvel de propriedade da CEF e fato que não se justifica por serem os invasores pessoas de baixa renda. Esbulho possessório configurado.
IV - Recurso desprovido.
(AI 00274729720134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/07/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - invasão DE IMÓVEL DESTINADO AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR - LEGITIMIDADE ATIVA DA CEF - COMPROVAÇÃO DE ESBULHO DENTRO DE ANO E DIA- CONCESSÃO DE LIMINAR MANTIDA.
I - A questão referente à legitimidade ativa da Caixa Econômica Federal para a propositura da ação de reintegração de posse, já foi decidida no âmbito deste Tribunal, motivo pelo qual não pode mais ser rediscutida.
II - A CEF ao atuar como agente gestor do Fundo de Arrendamento Residencial possui legitimidade para propositura da ação possessória.
III - Não há que se falar em inobservância dos princípios da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a ocupação irregular por terceiros, põe em risco a sustentação do programa de arrendamento residencial que se dirige a garantia de moradia à população de baixa renda, sendo legítima a restituição da posse do imóvel à CEF, fato que não se justifica por serem os invasores pessoas de baixa renda. Precedentes.
IV - O esbulho, dentro de ano e dia, restou devidamente comprovado, por meio de cópia do boletim de ocorrência.
V - O imóvel, à época da ocupação, estava inacabado, razão pela qual se infere que o bem ainda se encontra sob a posse do titular do empreendimento, como bem pontuou o Magistrado de primeiro grau.
VI - Houve a invasão de empreendimento habitacional destinado ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, causando prejuízos à CEF que zela pelos interesses do aludido Programa.
VII - Legítimo o pleito liminar de reintegração da posse do imóvel, com base nas disposições dos artigos 926 e 927 do CPC/1973.
VIII - Agravo de instrumento desprovido.
(AI 00021861520164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/06/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por fim, não há violação ao princípio da função social da posse ou ao princípio de solidariedade social (art. 3º, inciso IV, da CF/88), eis que a situação da apelante, isoladamente considerada, não pode ser reputada legítima quanto à invasão injustificada, quando há várias outras pessoas na espera para poderem celebrar seus respectivos contratos de arrendamento residencial.

E ainda, como bem ressaltou o MM. juiz de primeiro grau:

(...)
Se a ré pretendia fazer parte do programa, deveria ter se inscrito e aguardar a sua vez na fila. Com a invasão, a ré obteve tratamento privilegiado em relação às demais pessoas que se cadastraram no PAR e aguardam a sua vez na fila para se beneficiar do programa, o que viola o princípio constitucional da isonomia previsto no artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal. Assim, diante da ocupação irregular, impõe-se a reintegração possessória.

> Restou demonstrado, portanto, o esbulho possessório que autoriza a reintegração de posse, nos termos do artigo 1.210 do Código Civil.
> (...).

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos expostos.

Posto isso, *rejeito a matéria preliminar e no mérito, nego provimento à apelação, na forma acima explicitada.*

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0002779-71.2007.4.03.6107
(2007.61.07.002779-8)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARAÇATUBA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: Ap 1460321
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/10/2017

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI MUNICIPAL. SEGURANÇA DOS MUNÍCIPES QUANDO DA UTILIZAÇÃO DE CAIXAS ELETRÔNICOS. INTERESSE LOCAL. COMPETÊNCIA MUNICIPAL.
1. Apelação interposta em face de sentença que reconheceu a validade da lei municipal que obriga as instituições financeiras que exploram serviços de caixas eletrônicos, inclusive os de funcionamento por período integral a providenciar itens de segurança tais como instalação de dispositivos de filmagem ininterrupta; monitoramento permanente e manutenção de um vigilante durante o período de funcionamento.
2. A lei impugnada visa tornar efetiva a segurança da população municipal quando acorrer aos serviços bancários, dentro de seu peculiar interesse, matéria constitucionalmente prevista (art. 30, da CF). O Município simplesmente se utilizou da competência própria descrita no texto constitucional para legislar sobre assunto de interesse local, e suplementar, dentro das peculiaridades locais, a legislação federal.
3. Legitima a edição da norma contestada, eis que o Município não pode ser obstado no exercício de um direito constitucional, fundado na autonomia municipal.
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 04 de outubro de 2017.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto por CAIXA ECONÔMICA FEDERAL contra sentença proferida em autos de ação ordinária promovida pela recorrente em face do Município de Araçatuba, julgada Improcedente com a condenação da apelante nos ônus da sucumbência.

O pedido da recorrente na presente ação objetivava a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade da legislação municipal e decreto regulamentar que obriga as instituições financeiras que exploram serviços de caixas eletrônicos, inclusive os de funcionamento por período integral a providenciar itens de segurança tais como instalação de dispositivos de filmagem ininterrupta; monitoramento permanente e manutenção de um vigilante durante o período de funcionamento.

A r. sentença recorrida de fls. 60 reconheceu a validade da lei Municipal, eis que a matéria se refere a peculiar interesse do Município.

Em razões de apelação às fls. 80, a apelante entende pela incompetência do Município para legislar sobre segurança bancária, a teor da Lei Federal nº 7.102/83, editada com fundamento no art. 144, § 7º da CF. Afirma que a exigência municipal desrespeita os princípios constitucionais pela pré-existência da legislação federal mencionada. Afirma ainda que a legislação municipal afronta os arts. 5º, LIV, 37, XXI, 48, XIII, c/c 192 e 144, e 7º da CF. Pede o provimento do recurso.

Contrarrazões do Município de Araçatuba às fls. 94, defendendo a manutenção da sentença, pedindo o improvimento do recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

Não é de ser provido o recurso da Caixa Econômica Federal.

Deveras, a par da singeleza da matéria, sob o ponto de vista constitucional, não subsistem os argumentos lançados nas razões de apelação.

Inicialmente para que não se alegue omissão, ressalto que os dispositivos constitucionais invocados em nada amparam a pretensão da recorrente.

A citação de tais dispositivos é desnecessária e divorciada da tese dos autos.

Primeiramente, ninguém está sendo privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Alegação vazia, citatória, desnecessária. De outro lado, o art. 37, XXI, da CF trata de processo de licitação, ressalvados os casos especificados em legislação para obras, serviços, compras e alienações, o que não vem em abono da tese da recorrente, que imagina-se obedeça a todo o regramento sobre segurança bancária da legislação federal.

O art. 48, XIII, da CF trata da competência do Congresso Nacional para legislar sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações. Quais operações? Aquelas referentes, evidentemente em relação a produtos e serviços. O outro dispositivo trata do disciplinamento da segurança pública.

O que busca o Município recorrido, com a edição da Lei Municipal nº 6.740, de 28 de abril de 2006?

Primeiramente, tornar efetiva a segurança da população municipal quando acorrer aos serviços bancários, dentro de seu peculiar interesse, matéria constitucionalmente prevista. Simples assim.

O Município tem o dever e o direito de cuidar da segurança de seus cidadãos.

Veja-se, a propósito, o art. 30, da CF, *in verbis*:

> Art. 30. Compete ao Municipio
> I - legislar sobre assunto de interesse local;
> II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Isto foi exatamente o que ocorreu.

O Município simplesmente se utilizou da competência própria descrita no texto constitucional para legislar, sobre assunto de interesse local, e suplementar, dentro das peculiaridades locais, a legislação federal.

Não se trata de ditar regras locais sobre a atividade finalística da instituição financeira. Absolutamente não.

Trata-se de cumprimento, pelas instituições, da segurança ofertada à população local como exigido na legislação municipal: instalação de dispositivos de filmagem ininterrupta; monitoramento permanente; manutenção de vigilante durante o horário de funcionamento. Observe-se que a Lei Federal nº 7.102/83, também estabelece regras de segurança em seu art. 2º, que devem ser cumpridas.

Demais disso, invoca-se o dispositivo do art. 182, da CF, que determina a execução, pelo Poder Público Municipal, da política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Importante considerar que o art. 144 da CF é expresso ao afirmar: "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio".

Nesse aspecto importante notar que é dever do Estado, neste compreendidos os Municípios, e é um direito do cidadão e responsabilidade de todos que se encontram sob o império da ordem jurídica constitucional.

Portanto é legitima a edição da norma impugnada, eis que o Município não pode ser obstado no exercício de um direito legítimo, fundado na autonomia municipal.

Na lição de Celso Bastos: "Cairá pois, na competência municipal tudo aquilo que for seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna, findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional" (*Curso de Direito Constitucional 2002, pg. 513*).

Ante o exposto nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

Direito Empresarial



APELAÇÃO CÍVEL
0005375-78.2009.4.03.6100
(2009.61.00.005375-6)

Apelantes: CAVALERA COM. E CONFECÇÕES LTDA. E OUTROS
Apelados: ESPAÇO SETE SETE CINCO COM. E PARTICIPAÇÕES LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: Ap 2217277
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/06/2017

EMENTA

DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE MARCA. UTILIZAÇÃO DA ÁGUIA BICÉFALA COMO SIGNO DISTINTIVO DA MARCA CAVALERA. VALIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.
I - Ação anulatória em que se discute a validade do registro de marca, obtido por Cavalera Comércio e Confecções Ltda e outros, pela utilização da águia bicéfala, uma vez que, segundo o alegado pela parte autora (Espaço Sete Sete Cinco), a ré teria se valido do brasão oficial da Albânia, signo distintivo não registrável por força do disposto no artigo 124, inciso I, da Lei nº 9.279/1996.
II - Sobre o signo utilizado para a distinção da marca da ré, a historiografia nos mostra que o símbolo oficial constante da bandeira da República da Albânia não é um patrimônio ou criação exclusiva ou mesmo representativa daquela nação. A *águia bicéfala* é um símbolo que teve presença na história dos povos, e sua criação remonta à Idade Média, tendo sido utilizado por diversos Impérios e Famílias, diferentemente daqueles adotados pela nossa bandeira nacional, os quais foram elaborados especificamente para nossa realidade pátria. Portanto, é possível afirmar que a CAVALERA adotou como marca os símbolos constantes da Bandeira Bizantina do século XIII; ou aqueles do Brasão do Império Russo de 1882 ou da Federação Russa; ou do Império Austro-Húngaro; ou do Sacro Império Romano-Germânico, ou da Sérvia e Montenegro. Também é possível aduzir que, dentre outras nações, a República da Albânia possa ter adotado em seu símbolo oficial aquelas insígnias constantes da Bandeira Bizantina do século XIII; ou aqueles do Brasão do Império Russo de 1882 ou da Federação Russa; ou do Império Austro-Húngaro; ou do Sacro Império Romano-Germânico, ou da Sérvia e Montenegro. De se conferir que o Império Bizantino ou mesmo o Austro-Húngaro não mais poderia impedir que a Apelante registrasse esta marca, e nem mesmo consentir. A Albânia não detém a titularidade de tais insígnias oficiais, eis que os símbolos expostos em sua bandeira não lhes pertencem, por serem referências da história de povos ou dinastias, e não daquela distante nação. Portanto, afasta-se o argumento de que o registro do símbolo da águia bicéfala afrontaria ou imitaria os emblemas da bandeira de nacionalidade albanesa. Certos símbolos nacionais não são exclusivos das nações ali representadas, como é o caso das estrelas de nossa bandeira. As 27 estrelas constantes do círculo azul - cuja posição na bandeira reflete o céu visto no Rio de Janeiro no dia da Proclamação da República - representam as unidades federativas, onde cada estrela representa um estado específico, além do Distrito Federal. Ainda que esta bandeira traga a simbologia das unidades

federativas, as estrelas jamais poderiam ser tratadas como patrimônio exclusivo da bandeira brasileira. Nossa atual bandeira, por sinal, foi inspirada na anterior bandeira do Império, onde o verde representava a Casa de Bragança de Pedro I - o primeiro imperador do Brasil - enquanto o ouro representava a Casa de Habsburgo de sua esposa, a imperatrizz Maria Leopoldina. Brasões, emblemas, distintivos, armas, medalhas, para sofrerem a proibição de registro perante o INPI, precisam ser aqueles símbolos distintivos e próprios de sua representação nacional. Uma estrela, uma constelação, um leão heráldico ou mesmo uma águia bicéfala não são emblemas exclusivos ou originais de nações determinadas, e nem poderiam ser; portanto, não podem estar elencadas entre aquelas proibições do art. 124, I, da LPI mencionada. Se a bandeira de uma determinada nação se utiliza de uma simbologia não original, ou de elementos que integram a própria natureza, não se pode afirmar que aqueles símbolos lhes pertençam como patrimônio nacional.

III - O símbolo da Apelante é explorado comercialmente em nosso país desde o ano de 1995, tendo sido apresentado para registro no INPI em 2.000, registro esse que foi concedido em Dezembro/2005, sem qualquer restrição, ou seja, há aproximadamente 22 (vinte e dois) anos a marca vem sendo utilizada comercialmente pela Apelante CAVALERA e, considerando este longo espaço de tempo, há de incidir a teoria do *secondary meaning*, adquirindo, pois, sentido secundário no segmento específico de vestuário devido ao grande investimento econômico realizado. Fato é que, quanto a este aspecto, qualquer concorrente industrial poderia perfeitamente tirar proveito desleal da marca já difundida no país por todos esses anos, buscando enriquecer-se comercialmente, como há de se supor, por meio de uma disputa visivelmente injusta.

IV - Há de se considerar, igualmente, o teor da Convenção Internacional de Paris, denominado de Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), assinada em 1883 e revisada em 1967, a qual estabelece as diretrizes gerais para as legislações nacionais em matéria de proteção de marcas. Nesta Convenção Internacional - da qual o Brasil é país signatário - faz constar algumas exceções ao absolutismo quanto às proibições de registros de marcas. São eles: Quando os símbolos utilizados pela empresa titular da marca não venham a sugerir, no espírito do público, uma ligação entre estes e símbolos os de uma determinada arma, emblema ou denominação. (Ou seja, quando não venham a induzir uma *confusão*). Quando os símbolos utilizados pela empresa titular da marca não venham a induzir o público num determinado erro quanto aos elementos acima. Tais parâmetros internacionais, como se observa, estão previstos no art. 6, *ter*, da *CUP* (Convenção da União de Paris), e são aplicáveis aos ordenamentos pátrios que vierem a legislar sobre Registro e Proteção de Marcas, quando o país é signatário ao Tratado Internacional, como se dá com o Brasil, que o ratificou, com base no Dec. 1263/94. Assim sendo, entendo que deve ser preservado o registro adquirido pela Apelante, por não ter afrontado a legislação especial vigente, eis que não buscou difundir uma confusão com os símbolos da bandeira da Albânia e nem mesmo induzir em erro os consumidores nacionais s obre qualquer aspecto relacionado.

V - Ademais, a Apelante é titular de boa-fé do registro, efetivado no ano de 2005, sendo a sua manutenção corolário lógico da segurança jurídica que também se exige numa economia de mercado, respeitando-se os direitos de um titular contra os que buscam uma concorrência desleal ou injusta.

VI - Manutenção da condenação do INPI ao pagamento dos encargos sucumbenciais

em decorrência da postura adotada na demanda.
VII - Apelação da ré provida. Apelação do INPI desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de maio de 2017.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Cuida-se de recursos de apelação da empresa CAVALERA COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA (fls. 1.071) e do INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (fls.1.125), em face da sentença de fls. 1.049/1.056 dos autos, a qual julgou procedente o pedido de ESPAÇO SETE SETE CINCO COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA., para o fim de declarar a nulidade do registro de nº 822.011.999, concedido em 27.12.2005 pelo INPI, em nome da primeira Apelante.

Contrarrazões da Apelada ESPAÇO SETE SETE CINCO às fls. 1134 e 1138 dos autos.

Contrarrazões da Apelante CAVALERA às fls. 1145 dos autos.

Contrarrazões do INPI às fls. 1149 dos autos.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Em análise preambular, é de se destacar que o presente feito teve em seu corpo um complexo trabalho de perícia técnica, consubstanciado no exauriente laudo de fls. 605 a 669 dos autos, abrangendo todos os quesitos suscitados pelas partes envolvidas.

O trabalho oficial foi apresentado pelo *expert Luiz Gonzaga Junqueira de Aquino Filho*, com titulação universitária e profissional devidamente apurada às fls. 605, demonstrando qualificação específica no Brasil e nos Estados Unidos (Mestrado em Administração de Empresas) e especialização na área de Propriedade Industrial, nomeado pelo Juízo às fls. 551 dos autos.

As conclusões da perícia técnica merecem, a nosso ver, a devida atenção, em que pese ter o juiz sentenciante as desconsiderado, com base no art. 436 do CPC/73, alegando sua não vinculação para decidir.

Entrementes, entendo que, em se tratando de tema tão complexo e que foge ao comum dos casos em apreciação por esta justiça, a atenção ao trabalho da perícia técnica é fundamental,

assim como se dá nas lides desapropriatórias de terras, as quais suscitam cálculos específicos que envolvem experiências profissionais não ligadas ao mundo jurídico.

No caso em espécie, verifica-se que a sentença recorrida mal chegou a apreciar o laudo apresentado, particularmente nas respostas aos inúmeros quesitos expostos.

Entendo, pois, que o trabalho pericial - quando bem elaborado por profissional gabaritado para tanto - enriquece o aspecto técnico-fático trazido à lide, facilitando a decisão sobre temas os quais o magistrado não os domina plenamente.

No caso em epígrafe, anoto que as conclusões da perícia judicial apontam, às fls. 616 dos autos, alguns pontos que são tidos como *basilares* para o enfrentamento ou solução da contenda. Vejamos.

O art. 124, I, da Lei 9.279/96 - o qual regula o registro de marcas perante o INPI - foi o dispositivo invocado pela sentença para considerar como obstáculo *absoluto* o registro de marcas que contenham "brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumentos oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação".

A sentença recorrida afirmou que o símbolo da marca CAVALERA possui estes elementos impeditivos de registro público, por serem similares aos da bandeira da República da Albânia.

Como trata a sentença: "Verifica-se que a marca figurativa objeto de Registro nº 822011999, a saber, uma águia bicéfala*, é uma reprodução do símbolo presente na bandeira da República da Albânia*, conforme demonstram documentos juntados pelas partes" (fls. 1.052).

Nota-se que a decisão recorrida se prende - respeitando sua lógica própria - no aspecto da reprodução da bandeira da República da Albânia, ou seja, na repetição de imagens ou símbolos que possam trazer à mente uma usurpação das designações oficiais daquele país.

É visível que a sentença firma sua preocupação com a hipotética confusão entre a marca registrada da apelante CAVALERA e o símbolo da bandeira albanesa, quando assevera: "(...) É facilmente perceptível a identidade entre a marca cujo registro as rés obtiveram *e o símbolo da bandeira da República da Albânia*" (fls. 1.052/v).

A decisão combatida aponta, por fim, que a legislação federal em apreço não trata de hipóteses de vedação relativa - ou sequer admita interpretações - já que a proibição do art. 124, I, da LPI, segundo afirma, seria absoluta (fls. 1.053/v).

Por seu turno, a Apelada "ESPAÇO SETE SETE CINCO" aduz que a marca designada pela águia bicéfala até poderia ser registrada junto ao INPI se tivesse a indicação nominal da empresa requerente, ou seja, se tivesse também gravado o nome CAVALERA junto ao símbolo da águia, mas não esta isoladamente (fls.1.142).

A preocupação maior trazida nos argumentos da Apelada, como se denota, é voltada a uma hipotética *confusão* que poderia ser estabelecida entre o símbolo utilizado nas roupas (*t-shirts*) produzidas pela Apelante e aquele de nacionalidade albanesa.

Avançando nas complexas questões da lide em exame - e considerando tanto a proibição *absoluta* pontificada pela sentença quanto a vedação de registro de símbolo oficial sem designação *nominal*, como aponta a Apelada - indaga-se, neste momento, se os símbolos "copiados" pela Apelante são, efetivamente, aqueles da bandeira da República da Albânia.

Neste particular há de se socorrer dos elementos técnicos trazidos pela perícia oficial, a qual aponta em suas conclusões (fls. 616):

> A *águia bicéfala* é um símbolo presente na *i*conografia e *h*eráldica de várias culturas *i*ndo-europeias e *m*esoamericana. Na *E*uropa, procede da águia bicéfala *h*itita, chegando à *I*dade Média ocidental através do *I*mpério Bizantino. *Muitos estados, como o Império Bizantino ou o* Império Russo usaram-na em bandeiras, estandartes e escudos. As cabeças da águia mirando para lados opostos representavam o poder e a nobreza exercidos tanto sobre o *O*riente quanto sobre o *O*cidente, como foi o caso de Impérios intercontinentais, tal qual *B*izâncio e a *R*ússia.

A historiografia nos mostra que o símbolo oficial constante da bandeira da República da Albânia não é um patrimônio ou criação exclusiva ou mesmo representativa daquela nação.

A *águia bicéfala* é um símbolo que teve presença na história dos povos, e sua criação remonta à Idade Média, tendo sido utilizado por diversos Impérios e Famílias, diferentemente daqueles adotados pela nossa bandeira nacional, os quais foram elaborados especificamente para nossa realidade pátria.

Portanto, é possível afirmar que a Apelante CAVALERA adotou como sua marca os símbolos constantes da Bandeira Bizantina do século XIII (fls. 621); ou aqueles do Brasão do Império Russo de 1882 ou da Federação Russa (fls. 622); ou do Império Austro-Húngaro; ou do Sacro Império Romano-Germânico, ou da Sérvia e Montenegro (fls. 623). São as respectivas ilustrações de fls. 623/624.

Ou também é possível aduzir que, dentre outras nações, a República da *Albânia* possa ter adotado em seu símbolo oficial aquelas insígnias constantes da Bandeira Bizantina do século XIII (fls. 621); ou aqueles do Brasão do Império Russo de 1882 ou da Federação Russa (fls. 622); ou do Império Austro-Húngaro; ou do Sacro Império Romano-Germânico, ou da Sérvia e Montenegro (fls. 623).

De se conferir que o Império Bizantino ou mesmo o Austro-Húngaro não mais poderia impedir que a Apelante registrasse esta marca, e nem mesmo consentir, como faz constar do Manual de Marcas do INPI às fls. 1.055 dos autos.

Mas será que a República da Albânia seria o país autorizado a consentir ou não em relação a tal registro?

Como propalado acima, a Albânia não detém a titularidade de tais insígnias oficiais, eis que os símbolos expostos em sua bandeira não lhes pertencem, por serem referências da história de povos ou dinastias, e não daquela distante nação.

Portanto, afasta-se o argumento de que o registro do símbolo da águia bicéfala afrontaria, ou imitaria os emblemas da bandeira de nacionalidade *albanesa*.

Certos símbolos nacionais não são exclusivos das nações ali representadas, como é o caso das estrelas de nossa bandeira.

As 27 estrelas constantes do círculo azul - cuja posição na bandeira reflete o céu visto no *R*io de Janeiro no dia da Proclamação da República - representam as *u*nidades federativas, onde cada estrela representa um estado específico, além do *D*istrito Federal.

Ainda que esta bandeira traga a simbologia das unidades federativas, as *estrelas* jamais poderiam ser tratadas como patrimônio exclusivo da bandeira brasileira.

Nossa atual bandeira, por sinal, foi inspirada na anterior bandeira do Império, onde o verde representava a *C*asa de Bragança de *P*edro I - o primeiro *i*mperador do Brasil - enquanto o ouro representava a *C*asa de Habsburgo de sua esposa, a imperatriz *M*aria Leopoldina.

De fato, brasões, emblemas, distintivos, armas, medalhas, para sofrerem a proibição de registro perante o INPI, precisam ser aqueles símbolos distintivos e próprios de sua representação nacional.

Uma estrela, uma constelação, um leão heráldico ou mesmo uma águia bicéfala não são emblemas exclusivos ou originais de nações determinadas, e nem poderiam ser; portanto, não podem estar *elencadas* entre aquelas proibições do art. 124, I, da LPI mencionada.

Com razão, se a bandeira de uma determinada nação se utiliza de uma simbologia não original, ou de elementos que integram a própria natureza, não se pode afirmar que aqueles símbolos lhes pertençam como *patrimônio* nacional.

Num segundo momento, apura-se a existência ou não de hipotética *confusão* entre o símbolo registrado pela Apelante no INPI e aquele constante da bandeira da Albânia.

Neste aspecto é possível enfrentar duas nuances:

O símbolo da Apelante é explorado comercialmente em nosso país desde o ano de 1995, tendo sido apresentado para registro no *INPI* em 2.000, registro esse que foi concedido em Dezembro/2005, sem qualquer restrição, adotando o número 822.011.999.

Há aproximadamente 22 (vinte e dois) anos a marca vem sendo utilizada comercialmente pela Apelante CAVALERA e, considerando este longo espaço de tempo, há de incidir a teoria do *secondary meaning*, adquirindo, pois, sentido secundário no segmento específico de vestuário devido ao grande investimento econômico realizado.

Fato é que, quanto a este aspecto, qualquer concorrente industrial poderia perfeitamente tirar proveito desleal da marca já difundida no país por todos esses anos pela ora Apelante, buscando enriquecer-se comercialmente, como há de se supor, por meio de uma disputa visivelmente injusta.

Assim é que consta dos autos decisão da 24ª Vara Cível da Justiça Estadual desta Capital, a qual determinou que a empresa Apelada se *abstivesse* de produzir ou comercializar produtos com imitação total ou parcial da marca distintiva da Apelante, impondo, inclusive, pena pecuniária diária pelo descumprimento (fls. 229).

Tudo isso está ai indicar que o uso do símbolo da *águia bicéfala* pela ora Apelante em seus produtos de vestiário não geram, a nosso ver, uma *confusão* com a bandeira da República da Albânia.

A República da *Albânia* é um país absolutamente distante do Brasil, situado na Península Balcânica, no sudeste do continente europeu.

Pelos obstáculos diplomáticos em receber visitantes estrangeiros, é possível afirmar que raríssimos brasileiros conheçam aquela pequena nação, não havendo fundamento algum em se afirmar, pois, que aquele símbolo da Apelante CAVALERA nos reporte à República da Albânia.

Evidentemente que para se confirmar em absoluto tal afirmação seria necessária uma *pesquisa* perante a população brasileira - o que, aliás, foi proposto pelo Sr. Perito, mas não realizado pelas partes.

A perícia oficial do Juízo aponta que o símbolo da águia bicéfala utilizado pela Apelante possui, inclusive, *diferenças* em relação ao usado pela bandeira da Albânia.

De fato, a Perícia aponta que as proporcionalidades das águias são diversas. Enquanto a águia registrada da Apelante CAVALERA se insere dentro de um trapézio invertido, a outra se insere dentro de um quadrado. Além disso, prossegue a *perícia*, as cabeças das águias, os bicos e as línguas têm formas diferentes, sendo a da Apelante de visualização mais agressiva.

De igual forma, conclui o *expert*, os rabos das duas águias são diferentes, sendo que o da marca da Apelante é muito maior, como faz constar do Laudo de fls. 616/617 dos autos.

Em verdade, e a par de todo o cuidadoso trabalho pericial realizado, há de se proteger o

patrimônio comercial de uma empresa, representado por uma marca que o caracterizou por longos anos como símbolo de um segmento de vestuário de sucesso.

Como aponta a ora Apelante, a empresa busca confeccionar roupas com muitas *variações* gráficas da água bicéfala, alterando sempre seu padrão original em cores e formas, como dispõe as reproduções de fls. 1.080 dos autos.

Não importa, no presente caso, se tais produtos disponíveis são ou não de alto custo no mercado, mas sim o valor que possui esse patrimônio - não necessariamente econômico - o qual já integra o conhecimento dos consumidores nacionais como uma *marca* específica e bem acolhida, ainda que dirigida a um público também específico.

Neste mesmo diapasão, não haveria razão jurídica alguma, a título de exemplo, para se anular o registro brasileiro da marca *Orloff* - já veterana em nosso país no ramo específico de bebidas. O símbolo que a representa é o da *águia bicéfala*, com mínimas variações, exatamente como se dá com a Apelante.

Assim, essas variações ou alterações gráficas realizadas na *águia bicéfala* pela Apelante CAVALERA, como mostrou a perícia oficial acima, também permitem uma caracterização própria ou uma identificação maior da própria marca, destacando-a neste aspecto, tal como fez esta empresa de bebidas.

Por derradeiro, há de se considerar, igualmente, o teor da Convenção Internacional de *Paris*, denominado de Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP), assinada em 1883 e revisada em 1967, a qual estabelece as diretrizes gerais para as legislações nacionais em matéria de proteção de marcas.

Nesta *Convenção* Internacional - da qual o Brasil é país signatário - faz constar algumas exceções ao absolutismo quanto às proibições de registros de marcas. São eles:

Quando os símbolos utilizados pela empresa titular da marca não venham a sugerir, no espírito do público, uma *ligação* entre estes e símbolos os de uma determinada arma, emblema ou denominação. (Ou seja, quando não venham a induzir uma *confusão*).

Quando os símbolos utilizados pela empresa titular da marca não venham a induzir o público num determinado erro quanto aos elementos acima.

Tais parâmetros internacionais, como se observa, estão prevista no art. 6, *ter*, da *CUP* (Convenção da União de Paris), e são aplicáveis aos ordenamentos pátrios que vierem a legislar sobre Registro e Proteção de Marcas, quando o país é signatário ao Tratado Internacional, como se dá com o Brasil, que o ratificou, com base no Dec. 1263/94.

Assim sendo, entendo que deve ser preservado o registro adquirido pela Apelante, por não ter afrontado a legislação especial vigente, eis que não buscou difundir uma confusão com os símbolos da bandeira da Albânia e nem mesmo induzir em erro os consumidores nacionais s obre qualquer aspecto relacionado.

No mais, o Apelante há de ser tido como titular de boa-fé do registro já efetivado no ano de 2005, e a manutenção desse registro é corolário lógico da segurança jurídica que também se exige numa economia de mercado, respeitando-se os direitos de um titular contra os que buscam uma concorrência desleal ou injusta.

Ante todo o exposto, reformo a sentença proferida e *dou provimento* ao recurso de Apelação de CAVALERA COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA e K2 COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA, para o fim de manter integralmente seu registro de nº 822.011.999, concedido em 27/12/2005 junto ao INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial - e *nego provimento* ao recurso do INPI.

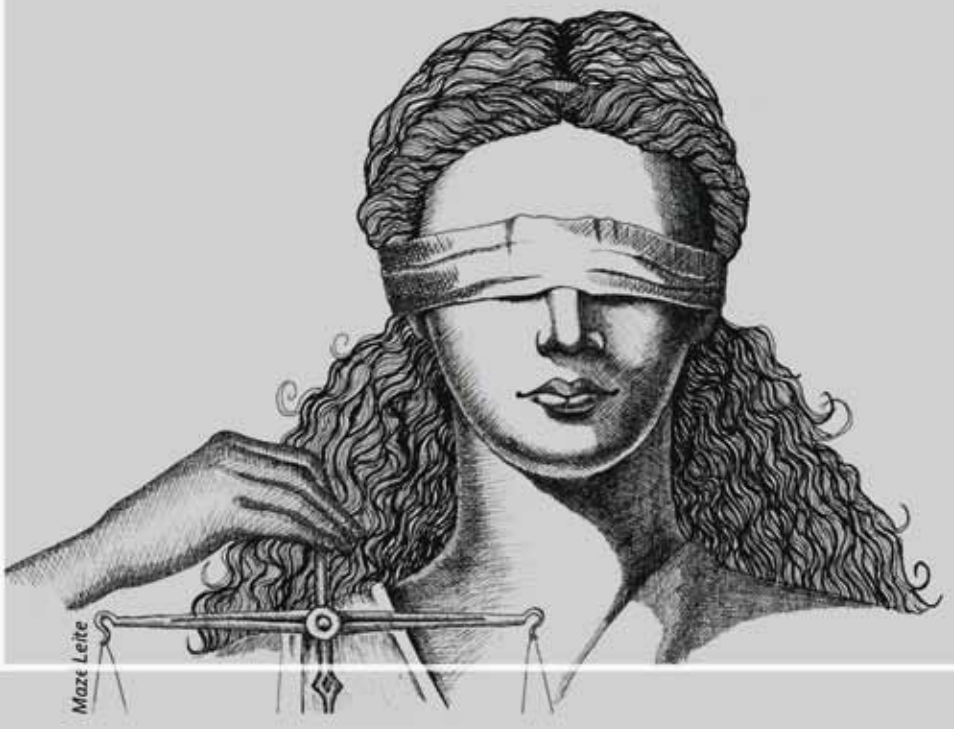
Condeno a Apelada ESPAÇO SETE SETE CINCO COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente a partir da sentença.

Tendo o INPI se tornado sucumbente, em razão de ter postulado em juízo a nulidade da marca em questão, mantenho sua condenação nos mesmos patamares atribuídos à Apelada, sendo a mesma "*pro rata*", em idênticas proporções.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Penal



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0002510-33.2005.4.03.6000
(2005.60.00.002510-8)

Apelante: ELI PEREIRA DINIZ
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: Ap. 56578
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 171, § 3º, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. "ESTELIONATO JUDICIAL". ATIPICIDADE NÃO CONFIGURADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PRESCRIÇÃO NÃO RECONHECIDA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Na hipótese da fraude decorrer de situação distinta da mera atividade processual, tal como o uso de documento falsificado e empregado para induzir o magistrado e as partes em erro, é possível tipificar a conduta como estelionato. Não merece prosperar o quanto alegado pela defesa, pois, como demonstrado nos autos, o acusado, juntamente com outros dois comparsas, utilizou meio fraudulento para induzir em erro a Justiça do Trabalho, consistente na apresentação de Domingos Roque Gasparim como preposto da empresa reclamada na ação trabalhista, sendo que todos sabiam que ele não era representante da empresa.

2. Alegação de cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da oitiva dos corréus como testemunhas de defesa, não merece prosperar, conforme entendimento das Cortes Superiores. Ao magistrado é facultado indeferir, de forma fundamentada, o requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes.

3. No caso, por não ter o compromisso de dizer a verdade, a oitiva do corréu se mostra desnecessária, em nada contribuindo para a elucidação dos fatos. A vedação de oitiva do corréu na qualidade de testemunha foi estendida à figura do informante, como forma de ampliar a garantia concedida ao corréu e manter a equidistância entre os personagens processuais, quais sejam, réu, testemunha e informante.

4. Materialidade e autoria delitiva comprovadas nas provas dos autos.

5. Dosimetria da pena. O réu não possui antecedentes. Entretanto, a sua culpabilidade é comprovada, vez que, por ser advogado e conhecedor das leis, atuou com dolo e conduziu o processo trabalhista de forma a evitar que os verdadeiros sócios da empresa tivessem conhecimento da ação, até mesmo indicando o endereço pessoal de Domingos para a comunicação dos atos processuais. Assim, merece maior reprovabilidade a sua conduta, a ensejar aumento da pena em primeira fase de dosimetria.

6. Não obstante, há incidência de causa de diminuição de pena, referente à tentativa, uma vez que a empresa não chegou a ser destituída de seus bens, por circunstâncias alheias à vontade do agente, porque os sócios da empresa tomaram conhecimento

da execução e imediatamente comunicaram o Juízo Trabalhista, que anulou os atos processuais desde a citação, inclusive os atos de adjudicação de bens. Nesse sentido, em razão de ter ocorrido adjudicação dos bens ao reclamante, posteriormente anulada, e pelo fato do crime por pouco não se consumar, deve-se aplicar a redução no patamar mínimo, correspondente a 1/3 (um terço), resultando a pena de 02 (dois) anos de reclusão. Há causa de aumento de pena, referente ao § 3º, do artigo 171, do Código Penal, pelo que elevo a pena em 1/3 (um terço), resultando em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, pelo que a torno definitiva.
7. Prescrição não reconhecida.
8. Apelação à qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, após a ratificação do relatório pelo Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, negar provimento à apelação defensiva para, manter a condenação do réu como incurso no artigo 171, § 3º, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, substituindo a pena privativa de liberdade por 01 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e multa no valor de 10 (dez) dias-multa e por maioria, fixar a pena definitiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 26 (vinte e seis) dias-multa, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, vencido o Desembargador Federal Wilson Zauhy que de ofício, reduzia o patamar de aumento da pena-base para fixá-la em 01 ano e 06 meses de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, resultando na pena definitiva de 01 ano e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa. Por maioria, determinar a imediata expedição de guia de execução, nos termos do voto do Desembargador Federal Valdeci dos Santos, acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, vencido o Desembargador Federal Wilson Zauhy que entende não deva ser expedida a guia de execução.

São Paulo, 03 de outubro de 2017.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

O Ministério Público Federal denunciou DOMINGOS ROQUE GASPARIM, OSNALDO DOS SANTOS MEIRELES e ELI PEREIRA DINIZ pela prática do delito tipificado no artigo 171, § 3º, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 02/06).

Consta da denúncia que aos 20/05/2004, os denunciados tentaram obter para si vantagem ilícita, consistente no valor da condenação da empresa Gasparim Comércio e Transporte Ltda. em processo judicial trabalhista, induzindo em erro a Justiça do Trabalho, mediante a simulação da presença de representante da ré no processo.

A denúncia foi recebida em 03 de maio de 2007 (fls. 438).

Houve proposta de suspensão condicional do processo em relação aos réus OSNALDO

DOS SANTOS PEREIRA e DOMINGOS ROQUE GASPARIM (fls. 484/485) e, diante da aceitação e do cumprimento das condições impostas, foi deferido o desmembramento do processo, dando prosseguimento em relação ao réu ELI PEREIRA DINIZ (fls. 540/541).

Após regular instrução, sobreveio sentença proferida pelo MM Juiz Federal da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, para condenar ELI PEREIRA DINIZ pela prática do crime descrito no artigo 171, § 3º, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A pena privativa de liberdade foi substituída por 02 (duas) penas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidade públicas e prestação pecuniária no valor de 10 (dez) dias-multa (fls. 911/917).

Inconformado, o réu apela (fls. 923/934) alegando atipicidade da conduta, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ausência de prova da materialidade delitiva, fixação da pena-base no mínimo legal e reconhecimento da prescrição.

Contrarrazões do Ministério Público Federal a fls. 936/940, pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria Regional da República pelo desprovimento do recurso, a fls. 944/953.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Alega a defesa que o delito de "estelionato judicial" não encontra respaldo na legislação penal, pelo que sustenta a atipicidade da conduta.

Pese embora o Superior Tribunal de Justiça tenha posicionamento no sentido de corroborar a alegação de atipicidade, é necessário fazer distinção entre duas hipóteses em que se discute a tipificação do "estelionato judicial". No primeiro caso, quando a conduta delitiva consistir em atividade de caráter processual, como por exemplo, mera distribuição da ação, levantamento de valores, entende-se pela prevalência do direito de ação e a correspondente disciplina instituída pela ordem processual, não sendo possível a inclusão no âmbito da tutela penal.

Por outro lado, na hipótese da fraude decorrer de situação distinta da mera atividade processual, tal como o uso de documento falsificado e empregado para induzir o magistrado e as partes em erro, é possível tipificar a conduta como estelionato.

E nesse sentido, já decidiu esta Corte:

> PENAL. ESTELIONATO. CHAMADO "ESTELIONATO JUDICIÁRIO". JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DISTINÇÕES.
> 1. Pelo que se infere da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível fazer uma distinção dentre as hipóteses em relação às quais se discute a tipificação do chamado "estelionato judiciário". No caso de a suposta conduta delitiva consistir em atividade de caráter processual, como a mera distribuição da ação, dedução de pedido inicial, levantamento de valores, entende-se ficar assegurado o direito de ação e a correspondente disciplina instituída

pela ordem processual, cujo caráter dialético e a natureza mesma da função jurisdicional desaconselham incluí-la no âmbito da tutela penal. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende haver "estelionato judicial" e, portanto, atipicidade, em hipóteses de ajuizamento de ações com pedidos idênticos em favor da mesma parte e levantamento indevido de valores mediante a conduta de incluir partes supostamente favorecidas pela decisão judicial (STJ, RHC n. 31.344, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 20.03.12; REsp n. 878.469, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 08.05.07; RESp n. 1.101.914, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06.03.12). Mas na hipótese de a fraude decorrer de circunstância distinta da mera atividade processual, entende-se ser possível tipificar o delito de estelionato. É o caso, por exemplo, do uso de documento previamente falsificado e empregado para iludir partes e juízes (STJ, AgRg no HC n. 248.211, Rel. Marco Aurelio Bellizze, j. 18.04.13).
2. Recurso desprovido.
(TRF3, ACR 0001443-73.2009.4.03.6103/SP, Rel. Des. Federal André Nekatschalow, julgamento 19/05/2014, publicado 27/05/2014).

Dessa forma, não merece prosperar o quanto alegado pela defesa, pois, como demonstrado nos autos, o acusado, juntamente com outros dois comparsas, utilizou meio fraudulento para induzir em erro a Justiça do Trabalho, consistente na apresentação de Domingos Roque Gasparim como preposto da empresa reclamada na ação trabalhista, sendo que todos sabiam que ele não era representante da empresa.

E ficou comprovada nos autos a intenção de induzir em erro o Juízo Trabalhista, conforme se depreende do interrogatório do réu, o qual afirmou saber que Domingos não era representante da Gasparim Comércio e Transporte Ltda., bem como que ele não possuía carta de preposição da empresa (fls. 623/625). Tal afirmação é corroborada nos depoimentos das testemunhas Edson Gasparim (fls. 603/604) e Hamilton José Gasparim (fls. 601/602), que afirmaram serem proprietários da empresa, mas que não nomearam Domingos para figurar como preposto na ação trabalhista.

E mais, o acusado alegou que, ainda que soubesse de tal situação, achou por bem realizar um acordo informal com Domingos, no qual a empresa cedia à Osnaldo (seu cliente na ação trabalhista) uma lanchonete em um posto de gasolina pertencente à empresa, em Maringá/PR. Em seguida, aduziu que comunicou a Justiça Trabalhista do referido acordo e desistiu da ação. Entretanto, não há qualquer comprovação de que o acordo tenha de fato sido oficializado no Juízo Trabalhista.

Além disso, a descoberta do engodo só foi possível em razão do bloqueio das contas bancárias da empresa reclamada determinado pela Justiça, ocasião em que os legítimos sócios foram surpreendidos com a notícia da existência da ação trabalhista e de sua condenação, pelo que opuseram exceção de pré-executividade, ocasionando a descoberta da fraude.

Vale ressaltar que o réu atuou como procurador de Domingos e sua filha Célia do Rocio Gasparim nos autos do Inquérito Policial que apurava a sonegação de contribuições previdenciárias pela empresa Auto Porto Céu Aberto Ltda., da qual ambos eram sócios e gerentes (fls. 127/128 e 149/151, do apenso I). Inclusive, em seu depoimento, Célia afirma que o acusado era advogado da empresa.

Nesse ponto, claro está que o réu agiu em conluio com Domingos a fim de obter vantagem indevida da empresa Gasparim Comércio e Transporte Ltda., por já o conhecer de outros tempos, inclusive patrocinando-o em outras causas.

Com relação à alegação de cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da oitiva dos corréus como testemunhas de defesa, conforme entendimento das Cortes Superiores, não

merece prosperar.

Por força do que dispõe o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, e o artigo 186, do Código de Processo Penal, o acusado possui o direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Sendo assim, há incompatibilidade entre a posição de réu - a quem se confere o direito ao silêncio e de não dizer a verdade, podendo até mesmo mentir -, e a de testemunha - compromissada a dizer a verdade, sob pena de responder pelo delito de falso testemunho.

Assim, ao magistrado é facultado indeferir, de forma fundamentada, o requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. No caso, por não ter o compromisso de dizer a verdade, a oitiva do corréu se mostra desnecessária, em nada contribuindo para a elucidação dos fatos.

E nesse sentido, são os julgados dos Tribunais Superiores:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, II E IV C.C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA INICIAL. TEMAS NÃO ENFRENTADOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OITIVA DE CORRÉU COMO TESTEMUNHA OU INFORMANTE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. Inviável, sob pena de supressão de instância, o exame dos temas atinentes à ausência de justa causa para o exercício da ação penal e de inépcia da inicial incoativa, porque não apreciados no acórdão impugnado.
> 2. É vedada a possibilidade de oitiva de corréu na condição de testemunha ou informante, exceção aberta para o caso de corréu colaborador ou delator. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.
> 3. Recurso ordinário a que se nega provimento.
> (STJ, RCH 67.309/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgamento 17/03/2016, publicação 31/03/2016)

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO POR HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. OITIVA DE CORRÉU NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA. INVIABILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. Por força do que dispõe o art. 5º, LXIII, da Constituição, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que não constitui cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de oitiva de corréu na qualidade de testemunha. Precedentes.
> 2. À luz da norma inscrita no art. 563 do CPP e da Súmula 523/STF, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, para o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, exige-se, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte, o que não se verifica no caso.
> 3. Esta Corte já decidiu que a participação de um membro do Ministério Público, para auxiliar o titular da comarca, não é motivo bastante para a nulidade do julgamento, mormente quando não se demonstra de que maneira a designação do promotor assistente teria causado prejuízo para a defesa ou criado situação de desigualdade apta a caracterizar a figura do "acusador de exceção". Precedentes.
> 4. Recurso ordinário improvido.
> (STF, RHC 99.768/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento 14/10/2014, publicação 30/10/2014)

Ademais, a vedação de oitiva do corréu na qualidade de testemunha foi estendida à figura do informante, como forma de ampliar a garantia concedida ao corréu e manter a equidistância entre os personagens processuais, quais sejam, réu, testemunha e informante.

> PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. INSTRUÇÃO. OITIVA DE CORRÉU COMO TESTEMUNHA OU INFORMANTE. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA INDEVIDAMENTE ARROLADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO.
> 1. Trata-se de pedido formulado pela defesa de um dos réus, consistente na substituição de testemunha, "tendo em vista que a testemunha originalmente arrolada foi coinvestigado e figura como réu na Ação Penal n. 0806354-92.2007.4.02.5101" (fl. 4.784).
> 2. Ressalte-se que a testemunha da qual se pretende substituição sempre constou como investigada nos autos do Inquérito n. 2.424/STF, que deu origem à presente ação penal, com posterior desmembramento em relação a alguns denunciados. Inclusive, a mesma decisão que decretou a prisão temporária do réu postulante, bem como busca e apreensão, alcançou-a.
> 3. Em razão da paridade de armas, não pode a defesa se valer de situação por ela criada para estabelecer tumulto processual com substituição de testemunha nesta fase.
> 4. Ademais, a jurisprudência pacífica desta Corte veda a possibilidade de oitiva de corréu, na condição de testemunha ou informante; entendimento, diga-se de passagem, firmado anteriormente à presente investigação.
> 5. Não obstante, deve-se ressalvar a possibilidade de, ao findar as oitivas das testemunhas arroladas pelas defesas, o réu, fundamentadamente, formular pedido de novas provas orais com testemunhas do juízo, nos termos dispostos pelo art. 209 do CPP. Nesse caso, a ampla defesa se sobreporá à paridade de armas e regra processual da preclusão.
> 6. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg na APn 697/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2015, publicação 17/08/2015)

Dessa forma, inexiste dúvida sobre a materialidade e autoria dos fatos.

Passo à análise da dosimetria da pena.

O réu não possui antecedentes. Entretanto, a sua culpabilidade é comprovada, vez que, por ser advogado e conhecedor das leis, atuou com dolo e conduziu o processo trabalhista de forma a evitar que os verdadeiros sócios da empresa tivessem conhecimento da ação, até mesmo indicando o endereço pessoal de Domingos para a comunicação dos atos processuais.

Inclusive nega que Domingos contratou seus serviços advocatícios, mas há provas de que o réu patrocinou Domingos nos autos do Inquérito Policial que apurava sonegação de contribuições previdenciárias cometida pela empresa da qual era sócio (fls. 127/128 e 149/151, do apenso I).

Ademais, em seu interrogatório aduziu (fls. 734/735 - 13:40 min): "formalmente é outra coisa doutor. Quando há fraude a pessoa não formaliza a fraude. A fraude é feita à margem da formalização".

E mais, o acusado afirma saber que seu cliente Osnaldo era enteado de Domingos antes do ajuizamento da ação trabalhista e que, em razão dessa condição, seu cliente trabalhou para as empresas.

Assim, merece maior reprovabilidade a sua conduta, a ensejar aumento da pena em primeira fase de dosimetria.

A conduta social do réu é boa, como demonstrado nos depoimentos das testemunhas por ele arroladas, assim como a sua personalidade. Os motivos do crime e as circunstâncias do

fato não o desfavorecem, assim como o comportamento da vítima não facilitou ou incentivou a ação do acusado. E, por fim, as consequências do delito não foram graves.

Nesse sentido, mantenho a pena-base fixada na sentença, em 03 (três) anos de reclusão.

Não há atenuantes ou agravantes.

Não obstante, há incidência de causa de diminuição de pena, referente à tentativa, uma vez que a empresa não chegou a ser destituída de seus bens, por circunstâncias alheias à vontade do agente, porque os sócios da empresa tomaram conhecimento da execução e imediatamente comunicaram o Juízo Trabalhista, que anulou os atos processuais desde a citação, inclusive os atos de adjudicação de bens.

Nesse sentido, em razão de ter ocorrido adjudicação dos bens ao reclamante, posteriormente anulada, e pelo fato do crime por pouco não se consumar, deve-se aplicar a redução no patamar mínimo, correspondente a 1/3 (um terço), resultando a pena de 02 (dois) anos de reclusão.

Há causa de aumento de pena, referente ao § 3º, do artigo 171, do Código Penal, pelo que elevo a pena em 1/3 (um terço), resultando em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, pelo que a torno definitiva.

Nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, o réu deve iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto.

Proporcionalmente ao *quantum* da pena privativa de liberdade, fixo a pena pecuniária em 26 (vinte e seis) dias-multa, à razão de 01 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizada monetariamente, ante a situação econômica do acusado (advogado).

O réu preenche os requisitos do artigo 44, incisos I, II e III, e § 2º, segunda parte, do Código Penal, de forma que substituo a pena corporal por 01 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e multa no valor de 10 (dez) dias-multa.

Fixada a pena, passo à análise da prescrição.

> Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> § 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)
> Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)
> IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

Dessa forma, a pena final do acusado foi fixada em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, pelo que, nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal, a prescrição se dá em 08 (oito) anos.

É dos autos que a denúncia foi recebida no dia 03 de maio de 2007 (fls. 438), já a sentença condenatória foi publicada aos 29 de abril de 2013 (fls. 917). Portanto, passados quase 06 (seis) anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, verifica-se que não ocorreu a prescrição retroativa do delito em questão.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação defensiva* para, manter a CONDENAÇÃO do réu, como incurso no artigo 171, § 3º, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 26 (vinte e seis) dias-multa, à razão de 01 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizada monetariamente, substituindo a pena privativa de liberdade por 01 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e multa no valor de 10 (dez) dias-multa.

Expeça-se guia de execução, para imediato cumprimento das penas, nos termos do entendimento do STF (HC 126.292, ADCs 43 e 44 e ARE 964.246).

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0008230-44.2006.4.03.6000
(2006.60.00.008230-3)

Apelante: ALÚCIO BATISTA MERCADANTE
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Condenada: EVA HELENA MERCADANTE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: Ap. 42959
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. LAVAGEM DE CAPITAIS. LEI Nº 9.613/98. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. COMPROVAÇÃO. CRIME ANTECEDENTE. OCORRÊNCIA. ORIGEM LÍCITA DO BEM NÃO DEMONSTRADA. ERRO DE PROIBIÇÃO. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. MOTIVOS. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. READEQUAÇÃO DA PENA DE MULTA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DE PERDIMENTO DE BENS MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Materialidade, autoria e dolo comprovados.
2. O delito de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores depende, para sua configuração, da existência de um crime antecedente. Na hipótese dos autos, este crime é o tráfico de entorpecentes.
3. A defesa tem o ônus de demonstrar a licitude da origem do patrimônio do agente (artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal).
4. Para configuração do erro de proibição, imprescindível que a defesa comprove ter agido o réu com ausência de culpabilidade. Inocorrência.
5. Dosimetria da pena. Redução da pena-base ao mínimo legal. Os inquéritos e ações penais em curso não configuram maus antecedentes nem personalidade voltada para a prática de crime, razão pela qual não ensejam o agravamento da pena-base. Súmula 444, do Superior Tribunal de Justiça. Não há nos autos fundamentação para o aumento da pena-base com fundamento nos motivos e consequências do delito.
6. Pena de multa redimensionada, seguindo os critérios de fixação da pena privativa de liberdade.
7. No caso em concreto, a pena concretamente aplicada e as circunstâncias judiciais autorizam a fixação do regime aberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "c", do Código Penal.
8. Satisfeitos os requisitos previstos pelo artigo 44 do Código Penal, cabe a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos.
9. Irretocável a decisão que decretou o perdimento dos bens, porquanto os mesmos descendem da ação criminosa, o que restou claramente demonstrado nos autos (artigo 91, inciso II, do Código Penal e artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98).
10. Recurso da defesa parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, *dar parcial provimento ao recurso da defesa de Alúcio Batista Mercadante* para reduzir a pena aplicada ao mínimo legal, redimensionando a pena de multa imposta, do que resulta a pena definitiva em *3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*, bem como para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos consistentes em *prestação de serviços à comunidade ou à entidade assistencial* a ser definida pelo Juízo da Execução e *prestação pecuniária*, no valor de *20 (vinte) salários mínimos*, igualmente destinada a entidade definida pelo Juízo da Execução, mantendo, no mais, a sentença recorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada TAÍS FERRACINI:

Trata-se de apelação criminal interposta por *Alúcio Batista Mercadante* em face da sentença de fls. 282/286-vº que condenou o acusado e Eva Helena Mercadante pela conduta prevista no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, respectivamente, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, no valor unitário de R$ 160,00 (cento e sessenta reais), e à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de R$ 75,00 (setenta e cinco reais).

A pena corporal da ré Eva Helena Mercadante foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes em limitação de fim de semana, devendo permanecer, durante 5 (cinco) horas diárias, aos sábados e aos domingos, em casa de albergado ou, à sua falta, em delegacia de polícia ou em quartel da polícia militar, durante o período da condenação, e prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, a critério do juízo da execução, durante o período da condenação, à razão de 1 (uma) hora diária, facultado usufruir-se do disposto no §4º do artigo 46 do Código Penal.

Ao final, foi decretada a pena de perdimento dos bens utilizados para a prática do crime em favor da União.

Em razões recursais, a defesa de *Alúcio* alega (i) a sua absolvição com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal; (ii) a falta de tipicidade por não haver provas do crime antecedente; (iii) a não comprovação da origem criminosa dos bens; (iv) a aplicação do artigo 21 do Código Penal; e (v) subsidiariamente, que a pena aplicada seja a mínima legal e não haja perda de bens (fls. 319/327). Por fim, pretende, ainda, o prequestionamento da matéria.

Contrarrazões apresentadas às fls. 330/334.

A i. Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso interposto pela defesa (fls. 339/342).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Juíza Federal Convocada TAÍS FERRACINI

VOTO

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

Consta dos autos que *Alúcio Batista Mercadante* e Eva Helena Mercadante foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei nº 12.683/2012) c.c artigo 29 do Código Penal, porque o primeiro teria, de forma livre e consciente, dissimulado a natureza, a origem e a propriedade de valores provenientes, direta ou indiretamente, do crime de tráfico de drogas, sendo que para alcançar seu objetivo, converteu em ativos lícitos os valores decorrentes da atividade criminosa, adquirindo, com esse propósito, os seguintes veículos (i) Volkswagen Passat Variant, ano de fabricação/modelo 1995/1995, cor prata, chassi WWWDC83A9SE194304, placas BJM-1506; (ii) GM/Corsa, ano de fabricação/modelo 1997/1998, cor prata, chassi 9BGSC08ZWVC622627, placas HRL-2584; (iii) VW/Golf, cor azul, chassi 3VW1931HLTM307468, placas BNB-5067; (iv) Motocicleta Honda, modelo CG 125, Titan, cor azul, placas HRQ-4857, chassi 9C2JC250WVR082319; e (v) Motocicleta Honda, modelo CBX 250 Twister, cor vermelha, placas HSL 8550, chassi 9C2MC35005R000652.

Por sua vez, Eva Helena Mercadante teria aderido à ação de seu companheiro ao consentir que o veículo Volkswagen Passat Variant fosse registrado em seu nome, concorrendo, assim, dolosa e voluntariamente para que fosse dissimulada sua propriedade e, por conseguinte, a origem dos recursos empregados em sua aquisição.

Referidos veículos foram apreendidos em 16.08.2005, data da prisão do acusado, na residência dele e da denunciada, à Rua Himalaia, 541, Bairro Marcos Roberto, em Campo Grande/MS.

Narra, ainda, a peça acusatória que *Alúcio* se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes há algum tempo, utilizando-se, inclusive, da conta bancária aberta em nome de seu sobrinho Claudemir Mercadante para movimentar os recursos dali advindos (fls. 111 e 113/117 dos Autos nº 2005.60.00.006463-1).

Segundo o órgão ministerial, o veículo Passat fora adquirido três meses antes da prisão do réu, em nome da corré, para ocultar a sua origem, sendo que esta intentou a sua restituição (processo nº 2005.60.00.009298-5). Já o automóvel Corsa estaria registrado em nome de Flávio Augusto do Nascimento, mas segundo o réu, lhe pertencia desde 25.07.2005. Com relação ao Golf, o acusado teria confessado que o adquiriu em agosto de 2005, com dinheiro proveniente de drogas. As motocicletas Honda também teriam sido obtidas pelo réu com o dinheiro proveniente do tráfico de drogas, três meses antes de sua prisão.

A denúncia foi recebida em 2.10.2006 (fls. 56/57).

Após regular instrução, foi proferida sentença de fls. 282/286-vº que condenou o acusado e Eva Helena Mercadante pela conduta prevista no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, respectivamente, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, no valor unitário de R$ 160,00 (cento e sessenta reais), e à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de R$ 75,00 (setenta e cinco reais), publicada em 14.01.2010 (fl. 287).

A pena corporal da ré Eva Helena Mercadante foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes em limitação de fim de semana, devendo permanecer, durante 5 (cinco) horas diárias, aos sábados e aos domingos, em casa de albergado ou, à sua falta, em delegacia de polícia ou em quartel da polícia militar, durante o período da condenação, e prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, a critério do juízo da execução, durante o perí-

odo da condenação, à razão de 1 (uma) hora diária, facultado usufruir-se do disposto no §4º do artigo 46 do Código Penal.

Ao final, foi decretada a pena de perdimento dos bens utilizados para a prática do crime em favor da União.

Passo às matérias devolvidas.

A defesa requer a absolvição do acusado em razão da manifesta inexistência de provas do crime antecedente, bem como da origem ilícita dos bens descritos na denúncia.

Não lhe assiste razão.

O crime antecedente de tráfico de drogas restou comprovado pela sentença de fls. 37/53 referente ao processo nº 2005.60.00.006463-1, prolatada em 22.01.2006, da Justiça Federal de Campo Grande, que revela a condenação do acusado e de Jair de Lima pelo cometimento de tráfico de 1.800 gramas de cocaína.

De fato, pelo delito antecedente (tráfico de drogas - artigos 12, *caput*, e 18, inciso III, ambos da Lei nº 6.368/76), o acusado foi condenado ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa, no valor unitário correspondente a 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Ademais, verifico que o auto de apreensão de fls. 21/23 relaciona uma série de objetos, como serra, tintas e outros, os quais, segundo o acusado em seu interrogatório policial referente ao processo de tráfico de drogas, "estavam sendo utilizadas para preparar os tanques de combustíveis para o transporte da droga" (fl. 16).

Nestes termos, o delito de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores depende, para sua configuração, da existência de um crime antecedente. Na hipótese dos autos, este crime é o tráfico de entorpecentes.

Com referência à tese defensiva de inexistência de prova da prática delitiva porque não teria sido comprovada a origem ilícita dos bens registrados em nome do acusado não se sustenta diante do conjunto probatório.

A materialidade restou demonstrada pelos seguintes elementos de convicção: a) auto de apresentação e apreensão datado de 16.08.2005 (fls. 21/23); b) sentença proveniente da Justiça Federal de Campo Grande, que comprova a condenação de *Alúcio* pelo cometimento de tráfico de drogas (fls. 37/53); c) certificados de registro dos veículos Corsa e Passat (respectivamente fls. 15 e 58); e d) depoimentos prestados em sede policial (fls. 07/19) e em sede judicial (fls. 118/121, 128/130, 135/137 e 148/152).

A autoria também é inconteste.

Na Polícia, o apelante declarou que trabalha na área da construção civil fazendo alguns trabalhos na área, auferindo renda média mensal de R$ 2.000,00 a R$ 3.000,00. Afirmou ser o proprietário do automóvel Corsa e das motocicletas, as quais ainda não estariam em seu nome, e que o veículo Passat pertencia a sua esposa, sendo que "o veículo VW Golf foi adquirido através do produto do tráfico de drogas". Além disso, confessou que o material encontrado em sua residência era utilizado para o transporte da droga e se aproveitava da conta bancária de seu sobrinho Claudemir Mercadante porque seu nome se encontrava no SERASA (fls. 14/16).

Interrogado em sede judicial, *Alúcio* acrescentou fatos novos à versão prestada na esfera policial. Declarou que além de prestar serviços de construção, comprava e vendia carros e motocicletas, sendo que não traficava drogas. Asseverou que os veículos e motocicletas apreendidos não foram adquiridos com o dinheiro proveniente do tráfico de drogas, mas sim do seu trabalho. Ao final, alegou que não registrou nenhum dos veículos porque os tinha para

a atividade de revenda (fls. 119/120).

Ouvido em sede policial, Eugênio Nicolas, agente de polícia federal, declarou que na ocasião da prisão do acusado, este admitiu ser o proprietário da droga que teria sido adquirida em Porto Quijarro na Bolívia. Relatou também que ele e os demais policiais encontraram três veículos na residência do réu (Passat, Golf e Corsa) todos em nome de terceiros, sendo que o réu teria esclarecido que "o veículo VW Golf foi adquirido com produto de tráfico" (fls. 7/9).

A testemunha Alan Lima dos Santos, agente de polícia federal, afirmou em sede policial que o acusado, na oportunidade de sua prisão, admitiu ser dono das duas motocicletas apreendidas e da droga transportada em uma delas (fls. 10/11). Perante o Juiz, além de essa testemunha ter confirmado tal versão, relatou que o réu teria confessado que o veículo Golf era de sua propriedade, afirmando ter adquirido o mesmo com o dinheiro proveniente do tráfico de drogas (fls. 129/130).

Referido esclarecimento fora informado igualmente pela testemunha João Bosco de Assis às fls. 12/13 e 136/137.

O corréu do acusado no processo de tráfico de drogas, Jair de Lima, em sede policial aduziu que as duas motocicletas apreendidas pertenciam à *Alúcio* (fls. 17/19).

Por sua vez, a testemunha Alan Garcia Jacinto, mecânico, em sede policial, disse que adquiriu o veículo Corsa no mês de junho de 2005 de Flávio Augusto do Nascimento, sendo que dentro de um mês o vendeu para o acusado, tendo recebido deste R$ 3.000,00 à vista e em dinheiro, e também uma promessa de pagamento de R$ 2.000,00 firmada em uma nota promissória, tendo o réu, ainda, se comprometido no pagamento das parcelas do financiamento do veículo, alegando que quitaria todo o valor do financiamento já no mês seguinte (fls. 33/34).

O sobrinho do réu Claudemir Mercadante afirmou que tanto os automóveis Golf, Passat e Corsa, como as motocicletas apreendidas, pertenciam à *Alúcio*, sendo que, no caso específico do Golf e de uma das motocicletas, a aquisição teria sido feita recentemente (fls. 35/36).

Em sede judicial, Eva Helena Mercadante à fl. 121 relatou que adquiriu o veículo Passat com seu próprio dinheiro em 2005, e que *Alúcio* possuía uma empresa de construção civil.

A testemunha Francisco de Assis Gonçalves Saraiva afirmou que o acusado fora o encarregado da construção de sua casa entre abril e novembro de 2004, tendo transferido uma motocicleta 125 celindradas para *Alúcio*, o que fora também confirmado por Antônio César Trombini (fls. 150/152). Nada soube dizer sobre os demais veículos (fl. 149).

De fato, toda a prova produzida nos autos dá conta da existência do crime de lavagem de dinheiro praticado pelo acusado, tendo como delito antecedente o tráfico de drogas por ele cometido.

Consta dos autos, também, informação da Receita Federal diante do Ofício nº 2252/2006, a qual deixa claro que o acusado não apresentou declarações nos exercícios de 2004 a 2006 referentes aos anos-base de 2003 a 2005 (fl. 76).

Note-se, assim, que não há nos autos qualquer documento capaz de comprovar a origem lícita dos bens descritos na peça acusatória, o que, de fato, é ônus da defesa.

Pelo contrário: as datas de aquisição dos veículos e motocicletas se mostram bem próximas à data em que o acusado fora preso, e, além disso, resta claro que os bens foram registrados em nome de terceiros (no caso do Passat, no nome de sua esposa, Eva, e no caso do Corsa em nome de Flávio Augusto do Nascimento) como técnica de dissimulação para encobrir o real proprietário, *Alúcio*.

No caso, se os bens fossem adquiridos com recursos lícitos pelo acusado, não havia razão

para não os registrar em seu nome.

Portanto, a conduta de colocação de bem em nome de pessoa interposta amolda-se ao tipo penal da lavagem de dinheiro.

Também não ficou demonstrado, por qualquer meio probatório, que o acusado tinha condições financeiras de adquirir os bens descritos na inicial. Não ficou comprovado o efetivo exercício das atividades econômicas que o réu declarou.

Há, assim, nos autos prova suficiente de que os bens apreendidos na residência do acusado foram adquiridos com recursos provenientes do tráfico ilícito de drogas.

Ressaltem, ainda, as contradições constantes das declarações prestadas pelo réu, tendo ele declarado em sede policial que o veículo Golf teria sido adquirido com o dinheiro proveniente do tráfico de drogas e em sede judicial, informado que nenhum veículo apreendido fora comprado com os recursos daquela atividade ilícita.

Tais elementos são indicativos mais do que suficientes para a manutenção da condenação.

Observo, enfim, que o réu tenta isentar-se de sua responsabilidade penal com declarações contraditórias, inconsistentes e inverossímeis.

Contudo, depreende-se da prova dos autos que *Alúcio* praticou a conduta delitiva descrita na denúncia, porque não demonstrou a origem lícita dos bens capturados.

A defesa de *Alúcio* pugna, ainda, pelo reconhecimento da ocorrência do erro de proibição.

Para configurar o erro de proibição (artigo 21, do Código Penal) é necessário que o agente suponha, por erro, que seu comportamento é lícito, vale dizer, há um juízo equivocado sobre aquilo que lhe é permitido fazer na vida em sociedade.

No entanto, a defesa não se desincumbiu do ônus de comprovar a excludente de culpabilidade alegada em razões recursais.

No particular, não foi possível concluir que o acusado, por erro, supôs que sua conduta fosse lícita. Ao contrário, todo o contexto fático remete à conclusão de que o réu estava ciente da conduta praticada, inexistindo quaisquer indícios que demonstrem com segurança o total desconhecimento acerca de sua ilicitude, tampouco a inevitabilidade de tal ignorância.

Assim, não há que se falar em erro de proibição a pautar a conduta do acusado, pois, ao contrário do alegado, os dados probatórios demonstram que o acusado agiu de forma livre e consciente no cometimento do crime em questão.

Conclui-se que a defesa não comprovou suas alegações, nos termos do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal; pelo contrário, a prova produzida revela que *Alúcio* recebeu bens provenientes de infração penal, com o fim de ocultar ou dissimular proveniência espúria destes veículos, não havendo que se falar na aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Por esta razão, diante da comprovação da materialidade delitiva, da autoria e do dolo, a sentença condenatória deve ser mantida.

No tocante à dosimetria penal, o Juiz de primeiro grau procedeu da seguinte forma (fls. 286/287):

> Diante do exposto e por mais que dos autos consta, com base no art. 1º, I, da Lei nº 9.613/98, julgo procedente a denúncia e condeno os réus da seguinte maneira: 1) ALÚCIO MERCADANTE levando em conta o disposto no art. 59 do CP, especialmente seus antecedentes, configurados pela contumácia em crimes de tráfico, os motivos e as consequências do delito, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão, tornando-a definitiva nessa quantidade, por não haver circunstâncias agravantes nem atenuantes ou causas justificadoras de aumento ou de

diminuição, cujo cumprimento dar-se-á inicialmente em regime fechado. Com base no art. 60 do Código Penal, à vista dos autos, fixo a pena de multa em 60 (sessenta) dias-multa, no valor unitário de R$ 160,00 (cento e sessenta reais), totalizando R$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais); 2) EVA HELENA MERCADANTE levando em conta o disposto no art. 59 do CP, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, que torno definitiva por não haver circunstâncias agravantes nem atenuantes ou causas justificadoras de aumento ou de diminuição, cujo cumprimento dar-se-á em regime aberto. Com base no art. 60 do Código Penal, à vista dos autos, fixo a pena de multa em 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de R$ 75,00 (setenta e cinco reais), totalizando R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais). Com base nos artigos 43, IV e VI, 44, I, e 2º, 46, e 48 do Código Penal, converto a pena privativa de liberdade em: a) limitação de fim de semana, devendo a ré permanecer, durante 05 (cinco) horas diárias, aos sábados e domingos, em casa de albergado ou, à sua falta, em delegacia de polícia ou em quartel da polícia militar, durante o período da condenação; b) prestação de serviços à comunidade ou, a critério do juízo da execução, pelas circunstâncias da localidade, a entidades públicas, durante o período da condenação, gratuitamente, à razão de 01 (uma) hora diária, ficando facultado à ré usufruir-se do disposto no 4º do art. 46 do CP.

A defesa pretende a aplicação da pena em seu *mínimo legal*.

O artigo 59 do Código Penal estabelece as circunstâncias judiciais que devem ser consideradas na fixação da pena: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

Conforme esclarecido nas linhas acima, o magistrado valorou negativamente os antecedentes do acusado, os motivos e as consequências do crime.

O juízo se valeu do argumento de que os antecedentes do acusado estariam configurados diante da habitualidade em crimes de tráfico.

Contudo, os antecedentes não podem ser negativamente valorados em virtude da existência de ações penais em curso, sem trânsito em julgado.

Nestes termos, inquéritos e ações penais em curso não configuram maus antecedentes, conduta social desfavorável nem personalidade voltada para a prática de crime, razão pela qual não ensejam o agravamento da pena-base, nos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Aqui, a despeito da existência da condenação por tráfico de drogas (fls. 37/53), não há notícia nos autos de condenações definitivas.

Dessa forma, o aumento com base nos antecedentes do acusado deve ser descartado.

Quanto aos motivos e às consequências do delito, entendo que não há nos autos qualquer fundamentação que não seja inerente ao tipo penal imputado ao acusado, razão pela qual a exasperação com base nessas duas circunstâncias deve ser desconsiderada.

Assim, reduzo a pena-base do acusado ao mínimo legal, do que resulta a pena em 3 (três) anos de reclusão.

Observo que não há circunstâncias agravantes ou atenuantes quanto à *segunda fase da dosimetria*.

Na *terceira fase da dosimetria*, também não está presente qualquer causa de aumento ou diminuição da pena.

Observo que o juiz sentenciante fixou a pena de multa em 60 (sessenta) dias-multa, no valor unitário de R$ 160,00 (cento e sessenta reais).

A pena de multa deve ser aplicada em proporcionalidade quanto à pena privativa de

liberdade aplicada.

Considerando que a pena corporal restou estabelecida em seu mínimo legal, a pena de multa deve ser ponderada na mesma proporção, fixando-a em 10 (dez) dias-multa.

Dessa forma, *torno definitiva* a pena de *3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa* para o réu *Alúcio*, mantido o valor de cada-dia multa como estabelecido na sentença recorrida.

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

O Juízo de primeiro grau aplicou o regime inicial fechado ao apelante.

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

Dessa forma, tendo em vista que a pena concretamente aplicada (3 anos de reclusão) e as circunstâncias judiciais autorizam a fixação do regime aberto, nos termos do artigo 33, §2º, c, do Código Penal, estabeleço o *regime aberto* para início de cumprimento de pena do acusado.

Ademais, o acusado faz jus à substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, incisos I e III, do Código Penal, por 2 (duas) penas restritivas de direito, uma de *prestação de serviços à comunidade ou à entidade assistencial* a ser definida pelo Juízo da Execução e uma de *prestação pecuniária*, no valor de *20 (vinte) salários mínimos*, igualmente destinada a entidade definida pelo Juízo da Execução.

Por fim, cabe observar que o magistrado de primeiro grau decretou a pena de *perdimento dos bens apreendidos*: (i) Volkswagen Passat Variant, ano de fabricação/modelo 1995/1995, cor prata, placas BJM-1506; (ii) GM/Corsa, ano de fabricação/modelo 1997/1998, cor prata, placas HRL-2584; (iii) VW/Golf, cor azul, placas BNB-5067; (iv) Motocicleta Honda, modelo CG 125, Titan, cor azul, placas HRQ-4857; e (v) Motocicleta Honda, modelo CBX 250 Twister, cor vermelha, placas HSL 8550.

Irretocável tal decisão, porquanto os bens especificados descendem da ação criminosa, o que restou claramente demonstrado nos autos, em observância aos ditames do artigo 91, inciso II, do Código Penal e do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98.

No mais, mantenho a sentença recorrida.

Ante o exposto, d*ou parcial provimento ao recurso da defesa de Alúcio Batista Mercadante* para reduzir a pena aplicada ao mínimo legal, redimensionando a pena de multa imposta, do que resulta a pena definitiva em *3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*, bem como para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos consistentes em prest*ação de serviços à comunidade ou à entidade assistencial* a ser definida pelo Juízo da Execução e *prestação pecuniária*, no valor de *20 (vinte) salários mínimos*, igualmente destinada a entidade definida pelo Juízo da Execução, mantendo, no mais, a sentença recorrida.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0008307-87.2009.4.03.6181
(2009.61.81.008307-7)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, MAGALI DE CAMPOS E LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA
Apeladas: AS MESMAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: Ap. 60322
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/10/2017

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO-FURTO. PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA REDIMENSIONADA
1. Havendo indícios de que a infração cometida pelo servidor também configura, em tese, um ilícito penal, é obrigação da autoridade administrativa encaminhar os autos ao Ministério Público Federal, a fim de que, se entender cabível, promova a respectiva ação penal. Assim, como o processo administrativo serve de base para o oferecimento da denúncia, instruindo o processo criminal, não há que se falar em prova emprestada, conceito que, aliás, diz respeito a provas judicializadas.
2. Materialidade devidamente comprovada pelos documentos do processo administrativo demonstrando os saques fraudulentos efetuados nas contas vinculadas ao FGTS.
3. Os procedimentos adotados pela acusada, funcionária da CEF, tinham como finalidade sacar, de forma fraudulenta, valores de contas vinculadas ao FGTS, violando diversas normativas estabelecidas por essa instituição bancária. Atuação orquestrada. Autoria e dolo comprovados.
4. Reconhecida a participação da acusada que fornecia a conta bancária para o recebimento dos valores indevidamente sacados, nos termos da denúncia. Idêntico *modus operandi* nos dois casos.
5. Continuidade delitiva mantida, à míngua de recurso da acusação. Patamar de aumento redimensionado, levando-se em conta o número de crimes cometidos.
6. Mantido o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como a sua substituição por duas penas restritivas de direitos (CP, art. 44).
7. De ofício, excluído da condenação o valor fixado a título de reparação dos danos, em face de ausência de pedido expresso da parte autora. Precedente do STJ e desta Turma.
8. Apelações parcialmente providas e improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, REJEITAR A PRELIMINAR de nulidade da sentença arguida pela defesa de MAGALI DE CAMPOS; DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal para condenar LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA pela prática do crime previsto no art. 312, § 1º, c.c o art. 71,

ambos do Código Penal, em relação ao saque do FGTS de Boris Raskin, e para fixar a pena de multa de MAGALI DE CAMPOS em 18 (dezoito) dias-multa; DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação de MAGALI DE CAMPOS a fim de reduzir para 1/5 (um quinto) o patamar de aumento referente à continuidade delitiva; NEGAR PROVIMENTO à apelação de LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA, e, DE OFÍCIO, reverter em favor da União a pena pecuniária estabelecida para as duas acusadas e excluo da condenação o valor fixado a título de reparação dos danos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFÉRIA:

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e pelas rés MAGALI DE CAMPOS e LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA em face da sentença proferida pela 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo (fls. 610/620) que condenou MAGALI à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 17 (dezessete) dias-multa, no valor mínimo legal e LUCIA à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, também no mínimo legal, ambas pela prática do crime de peculato.

A denúncia, recebida em 23.07.2013 (fls. 420), narra que:

> Ao longo do ano de 2004, na Agência da Caixa Econômica Federal (CEF) da Vila Prudente/SP, MAGALI DE CAMPOS subtraiu valores de contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em proveito próprio e de BENI CANDELI e LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava a qualidade de empregada da instituição financeira pública federal.
> Consta também que BENI CANDELI e LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA, agindo previamente ajustados com MAGALI DE CAMPOS e com unidade de desígnios, concorreram dolosamente para as subtrações acima mencionadas, ele, como advogado, indicando contas e providenciando documentos para os saques, e ela fornecendo seu nome e conta bancária para recebimento dos valores apropriados.
> (...)
> O Relatório conclusivo elaborado no processo administrativo (fls. 512/520 do apenso) demonstra que MAGALI DE CAMPOS realizou saques indevidos de valores depositados nas contas vinculadas ao FGTS dos fundistas Boris Raskin, Nilson Donadio e Antonio Airton Fuda, infringindo normas e procedimentos legais. Em relação aos saques de Boris Raskin e Nilson Donadio, ficou constatada, também, a atuação de BENI CANDELI e LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA.
> (...)
> Conforme acima descrito, verifica-se que MAGALI DE CAMPOS, BENI CANDELI e LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA incidiram nas penas previstas no art. 312, § 1º, do Código Penal Brasileiro ao desviarem e subtraírem, de modo voluntário e consciente, valores administrados pela Caixa Econômica Federal, valendo-se, para tanto, da condição de MAGALI DE CAMPOS de empregada da referida instituição financeira pública.

A sentença foi publicada em 20.05.2014 (fls. 630).

Em suas razões de apelação (fls. 658/663), o Ministério Público Federal requer a condenação de LUCIA nas penas do art. 312, *caput*, do Código Penal, por duas vezes (também

em relação ao FGTS de Boris Raskin), na forma do art. 71 do mesmo diploma legal. No que concerne à dosimetria da pena, pede: (i) a exasperação da pena-base de MAGALI e LUCIA em, no mínimo, 3 (três) anos e 9 (nove) meses, totalizando 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, com o aumento proporcional da pena pecuniária e a revogação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

MAGALI, a seu turno, postula (fls. 638/646): (i) a nulidade da sentença, "que violou o dever constitucional da motivação das decisões judiciais no tocante a ausência de fundamentação especifica de quais provas do procedimento administrativo se valeram para firmar o convencimento do Douto Juízo *a quo*"; (ii) a nulidade da prova produzida no processo administrativo relativa a "suposto material falsificado", que, por não ter sido objeto de perícia, não poderia ter fundamentado a condenação. No mérito, sustenta: (i) sua conduta é atípica e não se amolda ao delito de peculato, pois as provas "demonstram apenas a existência de irregularidades administrativas que não implicam no ato doloso de apropriação/subtração de dinheiro público"; (ii) não tinha autonomia para liberar saques de FGTS superiores a R$ 7.000,00 (sete mil reais); (iii) não restou comprovado que tenha tido aumento patrimonial ou que tenha se apropriado das importâncias liberadas. Subsidiariamente, em relação à pena, requer: (i) a redução da pena ao mínimo legal, por ausência de fundamentação das condições desfavoráveis do art. 59 do Código Penal; (ii) o aumento da pena no patamar de 1/6, no que concerne à continuidade delitiva (CP, art. 71); (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e (iv) individualização e quantificação da pena de ressarcimento de dano para cada ré.

LUCIA também pede sua absolvição (fls. 713/718), alegando que não teve participação "no desvio de verbas da Caixa Econômica Federal", apenas "emprestou sua conta para terceiro e esse depositou dinheiro e sua conta e depois ele retirou o valor". Sustenta, ainda, que não agiu com dolo e que o conjunto probatório sequer autoriza a conclusão da materialidade, muito menos a sua condenação.

Contrarrazões a fls. 664/667, 740/742v; e 724/727 e 732/737.

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer, opinou pelo provimento integral do apelo da acusação e pelo desprovimento do recurso de LUCIA. Outrossim, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso de MAGALI, a fim de que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal sejam fundamentadas, bem como seja diminuído o *quantum* aplicado pela continuidade delitiva (fls.745/768).

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFÉRIA

VOTO

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

Ratifico o relatório. Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelas rés *MAGALI* DE CAMPOS e *LUCIA HELENA* CAMPOS SILVEIRA em face da sentença que as condenou pela prática do crime de peculato.

De acordo com a denúncia, ao longo do ano de 2004, MAGALI, na qualidade de funcionária da Caixa Econômica Federal (CEF), agência Vila Prudente, subtraiu valores das contas bancárias vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em proveito próprio, de LUCIA HELENA e de Beni Candeli.

Previamente ajustados, os réus concorreram dolosamente para as subtrações, sendo que o advogado Beni Candeli indicava as contas e providenciava a documentação para os saques e LUCIA HELENA fornecia seu nome e sua conta bancária para o depósito dos valores apropriados, configurando-se, assim, o crime de peculato-furto (CP, art. 312, § 1º).

Em relação a Beni Candeli, importa esclarecer que o processo foi suspenso nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, tendo em vista que foi citado por edital e não constituiu defensor (fls. 573v).

QUESTÕES PRELIMINARES

A defesa de MAGALI, argui a nulidade da sentença, questionando "a admissibilidade da prova emprestada do processo administrativo". Afirma, ainda, que algumas dessas provas foram consideradas falsas, sem a realização de perícia. Além disso, alega que o magistrado de origem não indicou quais provas do procedimento administrativo utilizou para basear o seu convencimento.

De início, saliento que, se há indícios de que a infração cometida pelo servidor também configura, em tese, um ilícito penal, é obrigação da autoridade administrativa encaminhar os autos ao Ministério Público Federal, a fim de que, se entender cabível, promova a respectiva ação penal.

Dessa forma, como o processo administrativo serve de base para o oferecimento da denúncia, instruindo o processo criminal, não há que se falar em prova emprestada, conceito que, aliás, diz respeito a provas judicializadas.

A propósito da alegação de falta de perícia em alguns documentos do processo administrativo, anoto que essa providência seria inócua, visto que eventual falsidade desses documentos é irrelevante para a configuração do delito tratado nesta ação penal. Outrossim, registro que o magistrado de primeiro grau baseou o seu convencimento de forma concisa, porém fundamentada, declinando os motivos que o levaram a considerar comprovadas a materialidade e a autoria do delito. Desarrazoada, portanto, a tese de nulidade da sentença por falta de indicação de provas.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

MÉRITO

A *materialidade* do delito está devidamente comprovada pelos documentos do processo administrativo que instrui esta ação penal (apensos nº I, II e III), demonstrando os saques fraudulentos efetuados nas contas vinculadas ao FGTS de Boris Raskin, Nilson Donadio e Antonio Airton Fuda.

No que diz respeito à *autoria*, MAGALI responde pela participação nos três saques fraudulentos descritos na denúncia. Já LUCIA HELENA foi acusada de envolvimento em dois deles: Boris Raskin e Nilson Donadio.

Com efeito, em 25 de maio de 2005, por meio da Portaria nº 079/05, a Gerência de Auditoria Regional de São Paulo instaurou o Processo Administrativo nº SP.0275.2005.A.000141, com vistas à apuração de responsabilidade disciplinar e civil, envolvendo liberação e quitação do FGTS na conta de alguns fundistas, dentre esses os acima indicados, descritos na denúncia (fls 1, apenso I).

A Comissão Apuradora deu início aos trabalhos em 30 de maio de 2005, tendo procedido à análise pormenorizada de toda a documentação referente aos saques irregulares, bem como às oitivas dos empregados que atuaram nessas operações e de outros cujas oitivas mostraram-se relevantes ao esclarecimento dos fatos. Em seu relatório conclusivo, a Comissão identificou a

participação de quatro empregadas - dentre elas MAGALI -, que foram intimadas a apresentar defesa. Desse relatório, em relação aos saques investigados nestes autos, extraio (fls. 512/520 do apenso III e 21/29):

> (...)
> FATOS:
> 4.1 A liberação e *quitação dos saldos das contas do FGTS* - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço dos Srs. Boris Raskin e Nilson Donadio, foram precedidas da apresentação de documentos com *indícios de montagem* pelo advogado Beni Candellli, segundo declaração da empregada Magali de Campos.
> (...)
> 4.1.3 No dia *16.08.2004*, a aludida empregada liberou no sistema o saldo de duas contas do Boris, totalizando R$ 1.306,11 *e solicitou à empregada Amélia Camilo Thomé Rocha detentora de senha de nível gerencial, liberação de outras contas no total de R$ 69.533.53*, perfazendo o montante de R$ 70.839,64 correspondente ao saldo existente nas contas ao sr. Boris Raskin.
> 4.1.3.1.1 No dia 17.08.2004 a empregada Magali, que também exercia a atividade de caixa efetuou *o pagamento de R$ 4.733,00* e alega em seu depoimento tê-lo feito ao Sr. Beni Candelli.
> 4.1.3.2 No dia 10.09.2004 a *empregada Magali, utilizando o terminal de caixa da empregada* Maria Okamoto Maeda e na sua presença, *liberou no sistema o saldo bloqueado e retornando ao seu terminal, procedeu ao pagamento mediante emissão de um cheque administrativo, no valor de R$ 66.143,85* a favor de Lúcia Helena Campos Silveira, conforme depoimento de Magali, atendendo à pedido do Sr. Beni Candelli.
> 4.1.3.3 No dia 13.09.2004 a CIFUG - Gerência de Filial do FGTS, responsável pelo monitoramento de toda movimentação realizada no fundo, mediante processo de amostragem, solicitou documentos complementares não apresentados à época,
> 4.1.3.3.1 Para atendimento dessa solicitação, *Magali comunicou* à Luciana Aparecida da Silva Paula, gerente daquele segmento, *que providenciaria a devolução daquele cheque administrativo*, o que o fez, pessoalmente, no dia 22.09.2004, fato que suscitou suspeita da Gerente Geral da Agência, Sra. Luzia Maria Esgolmin e motivou a solicitação de abertura do presente processo de apuração de responsabilidade.
> 4.1.3.3 Importa registrar que a mesma documentação já fora utilizada pela empregada no dia 12.07.2004 para liberar o saldo, porém sem sucesso porque a Gerente daquele setor, à época, Sra. Vanessa de Oliveira, impediu a realização do pagamento por ter tido dúvidas sobre a regularidade daqueles documentos.
> 4.1.4 No dia 19.02.2004 foram recepcionados os documentos de solicitação de saque do FGTS de Nilson Donadio.
> 4.1.4.1 Embora a Sra. Magali alegue não se lembrar do fato, a solicitação do saque contém a sua assinatura sobre carimbo identificador.
> 4.1.4.2 Nos documentos pessoais do *sr. Nilson*, periciados pela SUSEG - Superintendência Nacional de Segurança Bancária, foram encontrados *indícios de montagem e falsificação da assinatura*.
> 4.1.4.3 *O saldo de sua conta no valor de R$ 37.174,22 foi liberado no mesmo dia por Amélia Camilo Thomé Rocha, por solicitação de Magali de Campos*, segundo declaração, fls. 415 aa 419, da empregada Amélia.
> 4.1.4.4 O pagamento foi feito no dia 20.02.2004 por Maria Okamoto Maeda, caixa executivo mediante apresentação de documento assinado, sob carimbo, por Magali e teve a seguinte destinação:
> - R$ 30.181,33 foram depositados na conta nº 0686.013.00318072-0 de Lúcia Helena campos Silveira ; e
> - O restante, segundo seu depoimento, foi entregue, provavelmente à própria Magali.
> 4.1.4.4.1 Do valor depositado:

- R$ 22.500,00 foram transferidos para o Banco BCN S/A - Agência Jacarezinho/PR, mediante TED - Transferência Eletrônica Disponível para conta da própria titular;
- R$ 5.000,00 foram sacados na própria Agência mediante uso do cartão e senha pessoal; e
- O restante foi sacado em terminais de saques
(...)
4.1.6 O documento de solicitação de saque do Sr. Antônio Airton Fuda, contém o código 81T que indica a existência de neoplasia maligna do titular e foi inserido no sistema pela empregada Magali de Campos.
4.1.6.1 A liberação ocorreu em 29.01.2004 e o pagamento no dia seguinte no caixa de Magali de Campos
4.1.6.2 Esta comissão tomou conhecimento de que o Sr. Fuda contestou esse saque no dia 20.01.2005 alegando que fora vítima de pessoa desconhecida apresentada por seu cunhado e que na época do evento não era mais portador da doença;
4.1.6.3 O saque no valor de R$ 520,48 foi restituído à conta do reclamante por não terem sido localizados os documentos comprobatórios da doença, previstos normativamente.
(...)
4.2 Em seu depoimento, a empregada Amélia Camilo declara que efetuou as liberações no sistema a pedido da empregada Magali de Campos e os formulários continham a assinatura sob o carimbo da própria Magali responsabilizando-se pela regularidade da documentação e da solicitação.
(...)
9.1.6 O arrolamento de Magali de Campos decorre por ter:
- recepcionado solicitações de saque sem a presença dos interessados;
- solicitado a liberação dos valores sem observar o regime de alçadas;
- entregue formulários internos a terceiros;
- efetuado a quitação dos valores envolvidos a terceiros sem autorização ou procuração;
-assinado formulários preenchidos irregularmente induzindo a erro seus colegas de trabalho;
- recepcionado documentação incompleta;
Recepcionado formulários assinados em ambiente externo à CAIXA;
- efetuado o pagamento de mais de uma conta do FGTS em um único formulário;
9.1.6.1 Suas ações descumpriram os seguintes normativos
(...)
9.1.6.2 Caracterizam sua atitude dolosa o desbloqueio dos valores em terminal financeiro do caixa de Maria Okamoto Maeda, a utilização de formulário anteriormente assinado pela gerente Vanessa de Oliveira, o pagamento de FGTS a terceiros sem a devida procuração, o favorecimento patrocinado pelo advogado Beni Candeli e o fato de se valer da confiança dos empregados para a consecução de seus intentos.
(...) (destaque no original)

Com a apresentação das defesas e com base no que foi apurado pela Comissão, o Conselho Disciplinar Regional decidiu (fls. 571/572):

(...)
Após a análise de todas as peças do processo, o Conselho DECIDE, por unanimidade de votos, *isentar as empregadas Maria Okamoto Maeda, matr. 705.110-1 e Amélia Camilo Thomé Rocha*, matr. 008.979-6, de penalidade administrativa e civil, tendo em vista que as mesmas foram levadas a cometer atos falhos por confiarem na conduta de colega de trabalho e levando também em consideração o histórico funcional das empregadas. Quanto à empregada *Vanessa de Oliveira*, matr.057.662-2, o Conselho *DECIDE, por unanimidade de votos, não imputar nenhuma penalidade* administrativa ou civil, uma vez que sua conduta não guardou nexo de causalidade com nenhum dano advindo à Caixa, ante a sua ação de cancelamento do pagamento quando constatou a irregularidade. Quanto à *empregada Magali de Campos*, matr.

> 057.365-8, o Conselho DECIDE por unanimidade de voto, pela *imputação de penalidade disciplinar de rescisão do contrato de trabalho por justa causa*, por infringência ao subitem 11.3.1.5 do regulamento de pessoal- RH 053 e alínea "b" do artigo 482 da CLT, considerando os atos praticados: a) recepcionado solicitações de saque sem a presença dos interessados; b) solicitado a liberação dos valores sem observar o regime de alçadas; c) entregue formulários internos a terceiros; d) efetuado a quitação dos valores envolvidos a terceiros sem autorização ou procuração; e) assinado formulários preenchidos irregularmente, induzindo a erro seus colegas de trabalho; f) recepcionado documentação incompleta; g) recepcionado formulários assinados em ambiente externo à Caixa; h) efetuado pagamento de mais de uma conta do FGTS em um único formulário; i) ter utilizado documento já cancelado pela gerente para o levantamento e como agravante ao ser constatada a irregularidade ter restituído à Caixa, muitos dias após o seu pagamento um cheque administrativo, cuja emissão foi efetuada por ela enquanto caex a terceiro que não o sacador. Referido cheque foi nominado à Lucia Helena Campos Silveira e entregue ao advogado Beni Candeli (que também não era o titular do recurso), conforme depoimento da empregada. A conta da favorecida Lucia Helena Campos Silveira também figura como receptora de valores de outro saque contestado por Nilson Donadio e que também foi efetuado pela empregada. Por esses elementos este Conselho firma convicção de que houve mau comportamento e incontinência de conduta ocasionando prejuízos financeiros e danos à imagem da Caixa. Quanto a responsabilidade civil o Conselho DECIDE, por unanimidade de votos, pela responsabilidade civil pelos prejuízos causados e os que por ventura venham a ser apurados (negrito no original).

A despeito das inconsistências apontadas, MAGALI atribui regularidade aos procedimentos que adotou. Confiram-se as suas declarações em juízo (CD de fls. 629):

> Foi, foi (A senhora ajudou a fazer o cheque administrativo? A senhora que colocou o nome da Lucia Helena? - o magistrado refere-se ao FGTS de Nilson Donadio).
> Do advogado, junto com a pessoa que ia sacar (A pedido de quem a senhora colocou esse nome no cheque?)
> O do Boris, como é liberado no outro dia, antes da pessoa ir retirar, a gente já passa os documentos, antes do horário bancário às vezes, pega os envelopes e a gente mantém os envelopes com a gente lá no setor de Fundo de Garantia. Quando a pessoa vem, a gente já entrega, quando a pessoa dá entrada ela já deixa assinado o papel do saque.
> Não. Aí é um problema (Quando ele pega o dinheiro ele não assina mais nada? E se ele alegar que não pegou?).
> Foram dez dias. (Quanto tempo depois a senhora teve que recompor?)
> Não, ele não retirou, a gente ficou aguardando ele retirar. No outro dia, a gente entrou de greve. Muitas vezes a pessoa falava amanhã eu venho retirar, mas ela não aparecia. O que a gente fazia, já tinha passado, pra não ficar com o dinheiro na mão nos envelopes a gente guardava na tesouraria, no outro dia de manhã eles devolviam pra gente. Entramos de greve, eles me avisaram que eu tinha que voltar porque tinha dado problema num fundo de garantia. Eu voltei, peguei o valor que tava no Banco, não tava em minha posse, porque quando a pessoa não retirava a gente guardava na tesouraria, mas ficava como se a pessoa tivesse sacado anteriormente, falei com o gerente que na época era o, a gerente geral não falou comigo, quem falou comigo foi um gerente que chamava Silvio, ele falou assim, Magali, o que nós temos que fazer agora é recompor esse Fundo de Garantia, só que a gente tinha ficado dez dias de greve e já tinha virado os juros da própria conta. (Aí ele retirou?)
> Quando eles falaram que tava com problema, a gente tem que recompor a conta. Aí recompomos a conta.
> Porque a Maria só passou no Caixa. Eu fui pressionada para recompor e eu tive que recompor (Por que só a senhora teve que recompor?)

> Também porque ele tava lá na agência dentro do envelope (e esses 4733 em dinheiro foi devolvido também)
> (...)
> Não devolvi com a assinatura rasgada. Pra você cancelar o cheque você tem que rasgar a assinatura do cheque. Só por causa disso. Segundo o cliente ele queria fazer um depósito numa conta e levar o restante em dinheiro. Eu atendo muitas pessoas, eu nunca ia pensar, não se foi antes, esse daí fez depósito na conta da mesma pessoa, porque a pessoa pode chegar lá e falar eu quero levar uma parte em dinheiro, uma parte eu quero depositar nessa conta.
> Não (A senhora falou que Boris era amigo do seu irmão, que precisava ser urgente?)
> Não lembro. (De Antonio Fuda, também foi feito pela senhora e também não havia comprovante da doença que justificaria a liberação)

Na sequência, o órgão do MPF apontou contradições entre as declarações de MAGALI em juízo e aquelas do processo administrativo, citando os depoimentos de folhas 324/335; 336/337 e 386/393 dos apensos. Questionada, MAGALI não soube esclarecer essas incoerências:

> Na segunda liberação, quando eu devolvi os documentos, quem veio pegar os documentos, que teve aquele erro que foi recomposto foi só o Dr. Beni. Aí depois ele que me trouxe só os documentos, o Boris não veio novamente pra entregar os documentos, porque só tinha entregado pra ele falando que tava faltando documentação. (Diz agora que Boris esteve presente para dar entrada na documentação, mas no processo administrativo disse que não - fls. 328)
> Ele me entregou os mesmos, o mesmo papel do fundo de garantia que ele já tinha assinado, porque quando eu devolvi, eu devolvi toda a documentação pra ele (Mas, nessa segunda vez, a senhora conferiu de novo a documentação?)
> O mesmo formulário que ele já tinha assinado na minha frente (Foi reaproveitado o mesmo formulário da primeira liberação?)
> Não tem problema nenhum em usar o mesmo (Mas essa liberação foi em julho, daí ele retornou em agosto)
> Ele levou o papel que já tinha assinado anteriormente na minha frente, a primeira vez o Boris tava junto (procurador questiona a contradição entre o depoimento agora, de que Boris teria assinado o papel na sua frente, e a resposta que Magali deu a fls. 326, dizendo que ele elevou o papel e trouxe assinado)
> Da primeira vez quando ele veio ele assinou (Fls. 330 Procurador questiona a resposta que Magali deu sobre como ele (Beni) conseguiu este formulário para colher a assinatura do Boris: eu dei - se em juízo ela está dizendo que ele assinou na frente dela - se mostrou surpresa com a constatação da contradição)
> Fui eu que rasguei o cheque (Em juízo, diz que rasgou o cheque e, no processo administrativo, a fls. 332, disse que foi o Dr. Beni)
> Não precisa, porque quando ele dá entrada no Fundo de Garantia, ele já assina o papel do saque, então ele pode decidir e fazer da forma que ele quiser (a senhora não colheu nenhuma assinatura de quem se dizia Boris para que o cheque administrativo fosse para Lucia?)
> Ele foi entregue pra mim, em dinheiro num envelope (se 7000 reais de Nilson Donadio foram para ela).

Os depoimentos das testemunhas da acusação apontam em sentido oposto, infirmando a versão de MAGALI (v. depoimentos registrados em CD - fls. 629).

Maria Okamoto Maeda, funcionária da Caixa que teve participação nos saques do FGTS de Boris Raskin e de Nilson Donadio, disse em Juízo:

> Acho que foi esse caso que ela utilizou o meu terminal (questionada sobre o caso de Boris Raskin) (...)

> Foi daí que ela desbloqueou um valor no meu terminal com a minha senha (...) nesse caso ela não estava com o terminal dela ligado, ela estava no outro andar (...) Aí uma pessoa fala, ah posso ver um saldo, aí a gente permite, nesse caso eu estava de costas.
> No meu terminal? Foi a liberação do valor (Qual foi a operação no caso do Boris Raskin?)
> Não, eu fiquei sabendo só depois, no processo (A senhora chegou a conversar com a Magali?)
> Depois, a gente não teve mais contato, porque fica um clima ruim entre colegas.
> Sim, todos os caixas atendiam ele (Lembra de Beni, a senhora atendia ele?)
> Ele tinha um privilégio, na entrada, não no pagamento (a entrada era feita pela Magali e só depois a parte final no caixa é que poderia ser qualquer caixa?)
> Uma vez liberado, é autenticado um documento, que pode fazer cheque administrativo, em dinheiro, doc
> Sim, sim (O fundista, ele deveria estar presente ali naquele momento?)
> O cliente tem que assinar o documento de liberação (Aí faz o pagamento e o cliente tem que assinar alguma coisa?)
> *Suponho que sim* (Nesse caso, os clientes não estavam, então ela falsificava a assinatura dos clientes?)

Amélia Camilo Tomé Rocha, outra das funcionárias da CEF arroladas no processo administrativo, afirmou:

> Eu só fiz a liberação, soube depois que faltou alguns documentos (questionada sobre a liberação de Boris Raskin)
> Esse aí tinha um documento que deveria ser anexado e não foi. Recebi por email e pedi que ela me trouxesse e ela ficou de me trazer. (também em relação ao FGTS de Boris Raskin)
> Não, ela não trouxe, até o finalzinho, foi solicitado pela gerente geral mas ela não trouxe (Ela trouxe?)
> Recompor o fundo de garantia. Na realidade esse dinheiro não foi sacado, foi feito um cheque administrativo, que eiu informei que não sou eu que faço que quem assina é caixa e gerente, esse cheque foi devolvido pra recompor a conta, então não foi sacado (Qual foi a consequência?)
> Não, o cheque não estava na agência (o cheque estava na agência)
> Ela que trouxe esse cheque (estava aonde?)
> Correto (Nesse caso - de Nilson Donadio - a senhora também fez a liberação, também a pedido da Magali?)
> É opção do cliente (Por que cheque administrativo ou dinheiro?)

Também arrolada pela acusação, Luciana Aparecida da Silva Paula, gerente da agência bancária na época dos fatos, descreveu como os procedimentos adotados por MAGALI começaram a causar suspeita. Essa testemunha relata ter ficado surpresa com o fato de MAGALI ter se prontificado a devolver o cheque administrativo do fundista para a recomposição ao FGTS:

> A gente tinha uma menina que era uma digitadora, uma terceirizada, o nome dela era Mariana, ela cuidava dos detalhes, dos relatórios do Fundo de Garantia. Tem um setor da Caixa que se chama GIFUG, responsável pelo Fundo de Garantia, que eles fazem solicitações de algumas liberações por amostragem, e foi solicitado desse Boris a documentação pra verificar mesmo por amostragem. Só que a Mariana pegava essa relação, esse relatório, ia lá no arquivo e pegava toda documentação e enviava pra GIFUG. Essa documentação ela não localizou. Aí pela matrícula da liberação, ela viu que era a Magali que tinha feito a liberação, ligou pra ela perguntando onde estava e, segundo a Mariana, a Magali falou que o cheque estaria com ela e que ela iria no dia seguinte fazer a recomposição da conta. (...) A Mariana veio me dar satisfação do que tinha sido feito, qual a providência que tinha sido tomada e quando ela me falou que ia recompor a conta, *eu achei estranho como que o cheque do cliente tá na mão do*

> *funcionário*. Alguns dias depois da liberação, a GIFUG solicita alguns processos por amostragem pra verificar a conformidade. (Questionada sobre o FGTS de Boris Raskin);
> (...) a gente faz a liberação do Fundo de Garantia e o cliente vai ao caixa pra fazer o que ele quiser com o dinheiro.
> (...) Virei gerente, e as dúvidas que eu tinha em qualquer circunstância eu recorria à gerente geral pra verificar o que eu tinha que fazer. *E foi o que eu fiz na época, questionar a gerente geral. Então ela solicitou que eu ligasse pra Magali e pedisse que ela viesse na agência no dia seguinte, já que ela estava com o cheque, pra fazer a reposição.*
> Se o cliente sacou dinheiro e eu vou recompor no dia seguinte, já tem a correção de um dia. Então essa correção também teria que voltar ao Fundo de garantia, se não eu não conseguiria fazer essa recomposição (E quem pagou isso foi a própria Magali?)
> No dia que ela chegou pra fazer essa recomposição, a gerente geral tinha solicitado que ela chegasse e fosse direto falar com ela. O que foi falado entre as duas eu não sei. (A senhora falou com ela?)
> Eu só fiquei sabendo que houveram outros casos, mas durante o processo administrativo, não sei quem é, não sei de nada (Nos outros dois casos Nilson Donadio e Antonio Airton Fuda, a senhora chegou a atuar acompanhar?)

Portanto, o relato de MAGALI restou isolado nos autos. Embora tenha tentado demonstrar que seu procedimento não fugia da normalidade, o depoimento de funcionárias da CEF indicou o contrário, confirmando as conclusões do processo administrativo.

Ficou evidente que os procedimentos adotados por MAGALI tinham como finalidade sacar de forma fraudulenta valores de contas vinculadas ao FGTS. Assim, era impossível não violar normativas estabelecidas pela CEF. Também está claro que havia uma atuação orquestrada e premeditada, visando a essas fraudes.

É importante frisar que MAGALI gozava de boa reputação entre suas colegas de trabalho, sendo considerada uma *expert* em FGTS. Esse fato facilitou as fraudes perpetradas, já que a atuação de MAGALI inspirava confiança nas demais funcionárias Nesse sentido, a afirmação da testemunha Vanessa de Oliveira:

> Sim, ela era considerada referência de Fundo de Garantia na agência. Todo mundo ia tirar dúvida com ela.

A propósito, a resposta da CEF (fls. 321/322) ao ofício expedido pela Polícia Federal (fls. 313), bem demonstra o dolo de MAGALI. Veja-se que, embora tivesse pleno conhecimento de todos os documentos exigidos para os saques do FGTS, MAGALI instruiu o processo de Boris Raskin apenas com o formulário e a cédula de identidade desse fundista, em óbvia violação às normativas da CEF.

Esse documento também informa que, em relação ao fundista Antonio Airton Fuda, a liberação do FGTS (também efetuada por MAGALI) deu-se pelo código 81T - neoplasia maligna do titular - tendo sido apresentada apenas a solicitação de saque, desacompanhada de atestado médico e exames a comprovar a enfermidade.

Diante desse cenário, de comprovação de materialidade, autoria e dolo, fica mantida a condenação de MAGALI.

Em relação à ré LUCIA, verifico que foi condenada por participação no saque do FGTS de Nilson Donadio e inocentada em relação ao FGTS de Boris Raskin. Essa apelante alega inocência e o MPF sustenta que o envolvimento dela nesses dois casos restou devidamente comprovado.

Da análise dos autos e do contexto fático, tenho que procede o inconformismo da acu-

sação. Isto porque o interrogatório de LUCIA não deixa dúvida quanto ao seu envolvimento nos fatos. Confira-se

> Pra ele me dar o meu Fundo de Garantia, não era pra ele movimentar minha conta, não. (A senhora disse que entregou o cartão e a senha para o Beni?).
> Olha Doutor, Eu sempre tive um movimento você pode ver aí um movimento grande porque fazia os shows, pagava os shows, era Carnaval, eu tava com dois shows wm Cuiabá e um na Chapada dos Guimarães (...) Se tão dizendo que entrou de alguém na minha conta eu garanto para o senhor que não foi o dinheiro que eu usei, por isso que eu abri a minha conta pra que vocês verificassem (Esses 30 mil reais de depósito em dinheiro aqui constando no dia 20 de fevereiro para senhora, o que foi esses 30 mil reais).
> Eu ganhei muito mais do que isso no Carnaval. Deixei dinheiro nessa conta sim. Isso aí é no dia de Carnaval. (Entrou trinta mil reais numa conta que a senhora acompanhava pela atividade profissional de produtora da senhora, vinte e dois mil e quinhentos saíram, ficaram ainda sete e quinhentos, o cartão da senhora estava desde fevereiro até, a senhora pelo visto não recuperou mais esse cartão, saques foram ocorrendo desse dinheiro, a senhora não tomou providência nenhuma pra tentar mudar a senha do banco, cancelar esse cartão? Esses trinta mil reais para a senhora era dinheiro de show).
> Nunca mais eu vi Beni. Se eu tivesse muito dinheiro eu tinha me preocupado (Alguém está com o cartão da senhora, senha da senhora e a senhora não se preocupa com isso).
> Eu nunca vi Magali, eu nunca fui na Vila Prudente. Nenhum cheque desses tem um endosso meu. Eu não sei responder nada sobre isso (Sobre a transferência de vinte e dois mil reais)
> Sobre essa transferência eu não sei. Quatro meses depois eu fechei essa conta. O que me surpreende é os 5 mil reais. Naquela época ele não era um estranho (O que está me surpreendendo e surpreenderia qualquer um, qualquer pessoa normal eu acredito, a senhora tem uma conta que não é 100 reais que existe nessa conta, tem depósito de 5 mil, de 3, a senhora disse que inocentemente entregou o cartão com a senha, ou seja, a senhora entregou a chave do cofre para um terceiro, estranho, e aí nós tamos vendo que essa conta teve movimentação, a senhora tá vendo. Ainda por cima estamos no Carnaval onde vai entrar um dinheiro grosso, nós vamos ganhar dinheiro, que estamos fazendo shows, precisamos pagar nossos credores, a senhora está lá, a senhora não tem a chave do cofre, e está entrando dinheiro grosso e a chave do cofre está com terceiro, é isso que está me surpreendendo, e a senhora é uma policial, não é uma pessoa ingênua).
> A grande conta não era a da Caixa.
> 5 mil não fui eu que saquei (Não foi a senhora que sacou 5 mil?)
> Olha, isso aí eu não sei afirmar para o senhor porque é uma época que eu trabalho com muito dinheiro (Não foi a senhora que transferiu para a sua própria conta do BCN 22 mil?).

LUCIA tentou eximir-se de responsabilidade, alegando ter fornecido cartão bancário e senha ao advogado Beni Candelli para sacar o seu FGTS e depositar o valor em sua conta. Por essa razão, alegou que não tinha conhecimento e controle dos valores movimentados nessa conta.

Contudo, essa versão não tem o mínimo de coerência. Primeiro porque, para o depósito de um valor, não é necessário o uso de cartão magnético, bastando a informação da instituição financeira, do número da conta bancária e da agência. Segundo porque LUCIA era policial civil e, nessa condição, é pouco crível que fornecesse a terceiro o cartão de sua conta bancária e, mais ainda, a senha.

A conclusão pelo envolvimento de LUCIA no saque de Nilson Donadio não exige grande esforço. A conta da CEF de sua titularidade (nº 0686.013.00318072-0) recebeu o depósito de R$ 30.181,33 - parte do valor sacado em nome desse fundista (fls. 86 do apenso I).

Desse valor, por meio de TED, foram transferidos R$ 22.500,00 para outra conta, também em nome de LUCIA, no banco BCN - agência Jacarezinho/PR (fls. 427B do apenso I). Houve, ainda, um saque de R$ 5.000,00 (427A do apenso I) com o uso de cartão e senha, e o restante em outros terminais de saques (fls. 427 G/R do apenso I).

Ora, aqui a tese de LUCIA cai por terra. Se de fato fosse vítima do uso indevido de seu cartão, como poderia explicar a transferência dessa conta - que alega não ter sido movimentada por ela - para outra conta também de sua titularidade? Lógico que LUCIA não soube explicar a transferência. Aliás, sob a ótica da inocência, não haveria como.

Além disso, na fase policial, LUCIA disse ter acreditado que os R$ 30.000,00 depositados em sua conta poderiam ser pagamento pelo agenciamento de shows no Carnaval, revelando ciência sobre as movimentações (fls. 373/376). Já em juízo afirmou que o valor passou despercebido porque "a grande conta não era da Caixa". Veja-se que o magistrado faz um longo questionamento sobre esse ponto, revelando a incoerência da versão de LUCIA.

Por fim, mais curiosa é a afirmação de LUCIA, ao ser indagada, ainda no inquérito policial, se teria documentos para comprovar que os R$ 30.000,00 seriam pagamento de um show (fls. 375):

> Posso pedir em Salvador. QUE indagada porque não providenciou esses documentos depois de ter prestado depoimento na CAIXA ou depois de receber a intimação para este inquérito - diz que "porque quando a gente não tem culpa, não tem preocupação".

Em relação à participação de LUCIA no saque do FGTS de Boris Raskin, de início esclareço que a sentença merece reforma, pois a denúncia não é inepta. Nela há a descrição de todo o *modus operandi* utilizado nos saques e, ao final do tópico, a participação de LUCIA como beneficiária do cheque administrativo. Com efeito, na forma como se operacionalizavam os saques fraudulentos, cabia a LUCIA o fornecimento de sua conta bancária. Essa conduta está descrita satisfatoriamente na denúncia (fls. 411):

> Consta também que BENI CANDELLI e LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA, agindo previamente ajustados com MAGALI DE CAMPOS e com unidade de desígnios, concorreram dolosamente para as subtrações acima mencionadas, ele, como advogado, indicando contas e providenciando documentos para os saques, e ela fornecendo seu nome e conta bancária para recebimento dos valores apropriados.

Dito isso, tenho que a certeza do envolvimento de LUCIA no saque do FGTS de Boris Raskin decorre do contexto revelado nos autos.

Não há como dissociar a sua participação nos dois casos destes autos, tendo em vista que ela foi idêntica: fornecer conta bancária para recebimento dos valores indevidamente sacados. O papel de MAGALI também foi o mesmo: providenciar, como funcionária da CEF, a liberação do FGTS sem a documentação exigida.

Com efeito, no caso do fundista Boris Raskin, a documentação foi analisada por MAGALI, que liberou o saldo bloqueado e emitiu um cheque administrativo em nome de LUCIA, no valor de R$ 66.143,85, sem autorização do fundista.

Dessa forma, a participação de LUCIA nesse saque, tal qual no caso do fundista Nilson Donadio, restou configurada, sendo de rigor sua condenação.

A propósito, esclareço que cabe à acusação a produção das provas que corroborem a materialidade, a autoria e o elemento subjetivo do tipo penal, relativamente à imputação feita

ao acusado, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Contudo, deflui do mesmo texto que incumbe à defesa, ao apresentar versão distinta dos fatos ou alegação de excludentes, fazer prova ou, ao menos, trazer elementos que levantem dúvida razoável acerca do quanto sustentado pela acusação. Vê-se, portanto, que se trata de uma "via de mão dupla", estabelecendo o ônus probatório à parte que alega, seja a acusação ou a defesa.

No caso, a defesa de LUCIA limitou-se a contraditar a versão da denúncia, sem apresentar qualquer prova que amparasse suas alegações. Aliás, mostrou descaso nesse ponto, de modo que não há no conjunto probatório elementos aptos a suscitar, no mínimo, dúvida razoável quanto à participação dessa apelante nos crimes descritos na denúncia.

Nos termos do art. 29 do Código Penal, saliento que o crime restou consumado também em relação a LUCIA, tendo em vista o pagamento de R$ 4.733,00 - parte do valor liberado do FGTS de Boris Raskin - que MAGALI alega ter feito a Beni Candelli.

A respeito desse valor, a CEF consignou no ofício de fls. 321/322:

> O valor não foi apropriado em prejuízo até o momento e está contabilizado na subconta "Diversos Responsáveis", pois foi instaurado processo de Tomada de Contas Especial (TCE) para a empregada responsabilizada.

Comprovadas a materialidade e a autoria, assim como o dolo, a condenação de LUCIA em relação aos dois saques do FGTS (de Nilson Donadio e Boris Raskin) é medida que se impõe, razão pela qual dou provimento ao recurso da acusação nesse ponto.

Passo, assim, ao *reexame da dosimetria das penas*.

MAGALI DE CAMPOS

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou pena-base em 3 (três) anos de reclusão, tendo em vista que MAGALI violou a confiança de que gozava em seu local de trabalho e ofendeu o principio da impessoalidade e da moralidade pública, ao manter relações com terceiros, mediante troca de telefonemas.

O MPF pede o aumento da pena-base, ao passo que a defesa requer a sua redução ao mínimo legal. Nenhum dos dois tem razão, contudo.

Com efeito, não resta dúvida de que MAGALI valeu-se de sua reputação na agência como *expert* em FGTS para cometer os delitos. Também ficou claro o estreito relacionamento que MAGALI mantinha com terceiros que recebiam atendimento privilegiado por parte dela. Esses fatores acentuam sua culpabilidade e justificam o aumento no patamar efetuado na sentença. Por isso, mantenho a pena-base em 3 (três) anos de reclusão.

Na *segunda fase*, a pena mantém-se inalterada, pois não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na *terceira fase*, o juízo *a quo*, fez incidir a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal, elevando a pena no patamar de 1/3 (um terço).

Nesse ponto, anoto que, entre os saques de Nilson Donadio e Boris Raskin, decorreu período superior a seis meses (fevereiro e agosto), o que afastaria o reconhecimento de continuidade delitiva entre esses dois crimes. Contudo, ante a ausência de recurso da acusação em relação a isso, impõe-se a manutenção da incidência do art. 71 do Código Penal, tal como feito na sentença.

No entanto, mantida a continuidade delitiva e considerando o número de crimes cometidos, procede em parte o recurso da defesa. Considero, porém, que a exasperação da pena

em 1/5 (um quinto) revela-se mais razoável e proporcional. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL IDENTIFICADO. REDIMENSIONAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. PROPORCIONALIDADE OBEDECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> (...)
> *4. Esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações.*
> (...)
> (STJ, HC 258.328/ES, Sexta Turma, v.u., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 24.02.2015, DJe 02.03.2015).

Assim, aplicando-se o aumento de 1/5 (um quinto), a pena de MAGALI resulta em *3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão*, a qual torno definitiva ante a ausência de outras causas de aumento ou de diminuição.

Em relação à pena de multa, o juízo *a quo* fixou-a em 17 (dezessete) dias-multa. Todavia, como essa pena deve acompanhar a pena privativa de liberdade, aplicada segundo o critério trifásico (CP, art. 68) e considerando que não houve recurso da acusação para aumento da pena, procedo ao redimensionamento da multa, o que resulta na pena de 18 (dezoito) dias-multa.

Mantenho o valor de cada dia-multa no mínimo legal, assim como o *regime aberto* para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "c" do Código Penal.

Presentes os requisitos dos art. 44, I, II e III, do Código Penal, a *substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos* mostra-se suficiente à prevenção e repressão do crime praticado. Por isso, *mantenho* a substituição da pena ora fixada por duas penas restritivas de direitos, tal qual efetuada na sentença, apenas alterando, *de ofício*, a destinação da pena pecuniária para a União.

LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou pena-base no mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão, considerando favoráveis os vetores do art. 59 do Código Penal.

O MPF pede a exasperação da pena-base.

Embora tenha sido reconhecida neste voto a responsabilidade de LUCIA também pelo saque fraudulento de Boris Raskin, tenho que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal são, de fato, favoráveis à acusada, de modo que fica mantida a pena em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na *segunda fase*, a pena mantém-se inalterada, pois não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na *terceira fase*, como já consignado, não seria cabível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os saques de FGTS de Nilson Donadio e Boris Raskin, dado o transcurso do tempo entre os fatos. Todavia, diante da ausência de recurso do MPF e da vedação da *reformatio in pejus*, aplico o art. 71 do Código Penal também para LUCIA.

Dessa forma, considerando o número de crimes cometidos - dois saques fraudulentos - aumento a pena em 1/6 (um sexto), resultando em *2 (dois) anos e 4 meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa*, que torno definitiva na ausência de outras causas de aumento ou diminuição.

Mantenho o valor de cada dia-multa no valor mínimo legal, assim como o *regime aberto* para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "c" do Código Penal.

Presentes os requisitos dos art. 44, I, II e III, do Código Penal, a *substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos* mostra-se suficiente à prevenção e repressão do crime praticado. Por isso, *mantenho* a substituição da pena ora fixada por duas penas restritivas de direitos, tal qual efetuada pelo magistrado de origem, apenas, alterando, *de ofício*, a destinação da pena pecuniária em favor da União.

Por fim, a sentença fixou, de ofício, como valor mínimo para a reparação dos danos "o mesmo do montante da apropriação realizado por cada uma delas".

Trata-se de novidade incluída no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.719/08, que deu nova redação ao inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
> IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

No entanto, segundo entendimento recorrente dos Tribunais, é imprescindível pedido expresso de arbitramento do montante civilmente devido, formulado pelo ofendido ou pelo Ministério Público, sob pena de afronta ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CPP. ART. 387, IV, DO CPP. CRIME DE AMEAÇA. ART. 147 DO CP. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. PEDIDO EXPRESSO DO QUANTUM DA ACUSAÇÃO NA DENÚNCIA. EXISTÊNCIA. DEFESA TÉCNICA POSSIBILITADA DE EXERCER AMPLA DEFESA. PRECEDENTE DESTE SUPERIOR TRIBUNAL. REFORMA DO ACÓRDÃO *A QUO*.
> 1. O cerne da controvérsia revela-se pela determinação do quantum referente à reparação dos danos sofridos pela vítima em decorrência de infração criminal (art. 387, IV, do CPP).
> 2. Este Superior Tribunal, em relação à fixação de valor mínimo de indenização a título de danos morais, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, entende que se faz indispensável o pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público, este firmado ainda na denúncia, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.
> 3. Adequada a fixação de valor mínimo de indenização à vítima, porque o Ministério Público requereu a fixação desse quantum no momento do oferecimento da denúncia.
> 4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.
> 5. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1.657.120/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.06.2017, DJe 26.06.2017)

> APELAÇÃO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 299 DO CP. ARTIGO 15 DA LEI 7.802/1989. DESCLASSIFICAÇÃO INCABÍVEL. CONTRABANDO NÃO CONFIGURADO. DOSIMETRIA REFORMADA EM PARTE. REPARAÇÃO DE DANOS AFASTADA.
> (...)
> 18 - A reparação do dano fixada na sentença deve ser afastada.

> 19 - Para a fixação da reparação civil na sentença, deveria ter sido oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa, bem como se fazia necessário o expresso pedido formulado pelo ofendido ou Ministério Público, para que houvesse permissão legal de cumulação da pretensão acusatória com a indenizatória, o que não ocorreu no caso. Precedentes.
> (ACR 0000563-69.2004.4.03.6002, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal Cecilia Mello, j. 06.12.2016, e-DJF3 Judicial 1 14.12.2016)

A propósito, a lição de Guilherme de Souza Nucci (In: *Código de processo penal comentado*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 742):

> *56-A. Procedimento para fixação da indenização civil:* admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa.

Todavia, essa situação não foi observada *in casu*, de modo a ser excluída da condenação o valor fixado a título de reparação dos danos.

Posto isso, REJEITO A PRELIMINAR de nulidade da sentença arguida pela defesa de MAGALI DE CAMPOS; DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal para condenar LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA pela prática do crime previsto no art. 312, § 1º, c.c o art. 71, ambos do Código Penal, em relação ao saque do FGTS de Boris Raskin, e para fixar a pena de multa de MAGALI DE CAMPOS em 18 (dezoito) dias-multa; DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação de MAGALI DE CAMPOS a fim de reduzir para 1/5 (um quinto) o patamar de aumento referente à continuidade delitiva; NEGO PROVIMENTO à apelação de LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA, e, DE OFÍCIO, reverto em favor da União a pena pecuniária estabelecida para as duas acusadas e excluo da condenação o valor fixado a título de reparação dos danos, nos termos da fundamentação supra.

As penas definitivas ficam assim estabelecidas: a) MAGALI DE CAMPOS, 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 18 (dezoito) dias-multa; b) LUCIA HELENA CAMPOS SILVEIRA, 2 (dois) anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 11 (onze) dias-multa. As penas privativas de liberdade são substituídas por duas restritivas de direitos, nos termos acima especificados.

Esgotados os recursos no âmbito desta Corte e não ocorrendo trânsito em julgado, expeçam-se *cartas de sentença* ao juízo *a quo* para as providências necessárias ao início da execução penal (STF, HC 126.292, ADC 43 e 44, ARE 964.246 RG), cabível também para o caso de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (STF, HC 141.978 AgR/SP).

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0010135-24.2010.4.03.6104
(2010.61.04.010135-1)

Apelante: CELSO SOUZA GUERRA JUNIOR
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: Ap. 70893
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. (CP, ART. 317). CRIME FORMAL. MATERIALIDADE. AUTORIA. COMPROVAÇÃO.
1. Os depoimentos das testemunhas de acusação são uníssonos no sentido de que o réu, no exercício da função pública de avaliador do Ministério da Educação, solicitou valores para instruir instituição superior na interposição de recurso administrativo contra o relatório por ele próprio elaborado.
2. Ao contrário do que pretende a defesa, os depoimentos das testemunhas se complementam e guardam consonância com o conteúdo das interceptações realizadas pela Polícia Federal, literais no sentido de que as tratativas do réu com os mantenedores da Faculdade superior tinham por finalidade o aumento da nota de avaliação. Por outro lado, as declarações do réu apresentam diversos pontos divergentes e não encontram respaldo nos autos.
3. O avaliador é um docente da educação superior, membro da comunidade universitária que, em nome de seus pares e por delegação do Ministério da Educação, confere a qualidade de instituições e cursos da educação superior. A circunstância de a análise do recurso administrativo não competir ao docente-avaliador não infirma a conclusão de que o réu, durante a prática de ato de ofício, valeu-se do acesso que lhe foi garantido aos mantenedores da Faculdade solicitar-lhes vantagem (dinheiro) sob o pretexto de instruí-los na impugnação do relatório por ele próprio elaborado.
4. Nessa linha de ideais, a Portaria Normativa n. 40, de 12.12.07, do Ministério da Educação, veda expressamente ao avaliador qualquer tipo de auxílio, assessoria educacional ou recebimento de valores da instituição avaliada. No mesmo sentido, a Portaria MEC nº 156 de 14.01.05 dispõe sobre o Termo de Compromisso de Docente-Avaliador, no qual o avaliador expressamente compromete-se a "não realizar nem indicar serviços de assessoria ou de consultoria para o curso e a IES visitados".
5. A conduta do réu demonstra a comercialização de sua função pública de avaliador e configura a prática do delito de corrupção passiva. Por se tratar de crime formal, a consumação ocorreu com a simples solicitação da vantagem indevida. Assim, não prosperam as alegações da defesa de atipicidade da conduta e desclassificação para o delito de advocacia administrativa.
6. Não houve interposição de recurso em relação à dosimetria da pena.
7. Apelação criminal da defesa não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de outubro de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal interposta por Celso Souza Guerra Júnior contra a sentença de fls. 832/835v., que o condenou pela prática do delito do art. 317 do Código Penal a 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo. Substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Apela a defesa, em síntese, com os seguintes argumentos:

a) imputa-se ao réu, na condição de fiscal designado pelo Ministério da Educação, a solicitação de valores a dirigentes de faculdade para instruí-los à obtenção de nota necessária à aprovação do curso de direito;

b) o suposto depósito de valores pelos dirigentes da faculdade, que ocorreria em 10.06.10, não foi realizado; a Operação Tormenta foi iniciada somente em 15.06.10, a indicar que havia somente tratativas para contratação de assessoria futura e incerta;

c) nesse contexto devem ser analisadas as declarações prestadas pelas testemunhas, afastando-se erros de avaliação que possam considerar que se pretendia a solicitação de vantagem indevida;

d) a avaliação era feita em conjunto com outro docente-avaliador, estritamente com base nos dados previamente informados pela própria instituição de ensino superior;

e) inexistindo pagamento e atribuição da nota pretendida, não configura ilicitude eventual assessoria para elevação da nota atribuída, por meio da interposição de recurso administrativo a ser julgado por órgão não integrado pelo réu;

f) à época dos fatos, a única vedação prevista ao trabalho dos docentes-avaliadores era o oferecimento de sugestão ou aconselhamento que influísse no resultado da avaliação, sob pena de nulidade do relatório; encerrada a avaliação, nada impedia que fosse prestada assessoria no recuso administrativo;

g) atipicidade dos fatos, pois o benefício pretendido não estava compreendido nas funções do docente-avaliador;

h) necessidade de correlação direta e imediata entre o ato administrativo e as funções exercidas pelo agente;

i) concluindo-se haver prova de infração penal, a conduta deve ser desclassificada para advocacia administrativa (CP, art. 321) (fls. 860/886).

A acusação apresentou contrarrazões (fls. 842, 889/892).

A Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Maria Luísa Rodrigues de Lima Carvalho manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 895/900v.).

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

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

Imputação. Celso Souza Guerra Júnior foi denunciado pela prática do delito do art. 317 do Código Penal porque, no exercício de cargo público federal, solicitou para si, diretamente e em razão do cargo, vantagem indevida.

Narra a denúncia que no âmbito da "Operação Tormenta", instaurada pela Polícia Federal para investigar fraudes em concursos públicos, constatou-se que, em 26.05.10, nos estabelecimentos da Faculdade Mogiana do Estado de São Paulo - FAMOESP, localizada em Mogi das Cruzes (SP), Celso Guerra, na condição de fiscal do Ministério da Educação, solicitou indevidamente a Antônio di Luca e Nilton Moreno a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a ser depositada parceladamente em conta corrente de terceiro.

Em 28.05.10, o "negócio" foi fechado por R$ 10.000,00 (dez mil reais), dispondo-se Celso Guerra a instruir os mantenedores da FAMOESP, uma vez finalizada a avaliação, a adotarem procedimentos capazes de elevar a nota de avaliação da Faculdade de modo a possibilitar a obtenção do ato de autorização do curso de Direito pelo Ministério da Educação (fls. 202/205).

Investigação policial. A conduta delitiva imputada a Celso Guerra decorre de investigação policial denominada "Operação Tormenta", instaurada pela Polícia Federal para apurar a existência de organização criminosa que teria por objetivo fraudar concursos públicos (Inquérito Policial 2009.61.04.013505-0, posteriormente desmembrado em vários outros, em face da complexidade dos fatos e do número de exames fraudados).

Segundo o relatório da Delegacia de Polícia Federal em Santos, dentre os membros da organização criminosa investigada pela "Operação Tormenta" estão Antônio di Luca e Nilton Moreno, mantenedores da Faculdade Mogiana do Estado de São Paulo - FAMOESP. Os telefones celulares de ambos, assim como o e-mail de Antônio di Luca, foram interceptados no curso das investigações policiais, o que permitiu verificar que os mantenedores pretendiam obter autorização do Ministério da Educação para implantação do curso de Direito na FAMOESP. Em razão disso, o Ministério da Educação designou 2 (dois) fiscais para a análise do preenchimento dos requisitos necessários à aprovação do curso. Ainda com base nas interceptações telefônicas e telemáticas, apurou que Celso Guerra, um dos fiscais designados pelo Ministério da Educação, exigiu vantagem ilícita dos mantenedores para a aprovação do curso de Direito (fls. 4/22).

Materialidade. A materialidade delitiva resta comprovada pelas investigações da Polícia Federal realizadas no âmbito da "Operação Tormenta", em especial pelas seguintes interceptações telefônica e telemática:

a) áudio e transcrição de conversa telefônica entre Celso Guerra e o mantenedor Nilton Moreno (cf. mídia de fl. 25, áudios-transcrições\transcrições\1183318890 20100528174121 1 130501579.html);

b) e-mail enviado por Celso Guerra ao mantenedor Antônio di Luca (cf. mídia de fl. 25, e-mailsinterceptados\diluca.diluca@gmail.com\cguerrajr@gmail.com).

Autoria. A autoria delitiva está provada nos autos.

A Diretoria de Avaliação da Educação Superior do Ministério da Educação esclareceu que a avaliação *in loco* da Faculdade Mogiana do Estado de São Paulo - FAMOESP foi requerida para obtenção de ato de autorização do curso de Direito. A comissão de avaliação é composta por 2 (dois) membros. Após decisão conjunta da comissão, o documento torna-se indisponível para edição, restando ao outro membro confirmar o relatório de avalição. No caso dos autos, Celso Guerra, na condição de avaliador coordenador da comissão, fechou o formulário eletrônico de avaliação da FAMOESP em 27.05.10, às 8h45min. O formulário foi validado pelo segundo membro da comissão em 27.05.10, às 14h23min (cf. ofício de fl. 404).

Na mesma data do fechamento do formulário eletrônico de avaliação, às 14h10min, Celso Guerra encaminhou e-mail a Antônio di Luca, mantenedor da FAMOESP. A mensagem foi interceptada pela Polícia Federal, pois Antônio di Luca era investigado na "Operação Tormenta".

Valendo-se de linguagem cifrada, Celso Guerra indica no e-mail interceptado datas e dados de conta corrente para depósito de valores e informa estar "com o recurso praticamente pronto, sendo que a nota possivelmente será elevada para o 4 que o prof. queria":

> Prof. Antonio...
> Conforme conversamos ontem, são 15 os documentos faltantes...
> 5 contratos no dai 31/05
> 5 no dia 14/06
> 5 no dia 28/06
> as custas de análise dos documentos pode mandar na conta:
> Banco do Brasil
> Ag. 0531-2
> C.C. 42.443-0
> CPF 026.724.769-93
> André Vinícius Beck Lima
> O relatório foi fechado, bem como estou com o recurso praticamente pronto, sendo que a nota possivelmente será elevada para o 4 que o prof. queria.
> Aguardo sua confirmação de recebimento deste e-mail e das datas para envio do acima descrito.
> Fraterno abraço (fls. 10, 80)

Em 28.05.10, a Polícia Federal interceptou conversa telefônica entre Celso Guerra e Nilton Moreno, também mantenedor da FAMOESP. Celso Guerra afirma que com o "fomento" que dará, a nota facilmente chegará a 4:

> Celso Guerra: C
> Nilton Moreno: N
> (...)
> C: Niton, desculpe te incomodar de novo
> N: Imagina
> C: Eu tô fechando um negócio aqui, e eu queria ver se eu posso contar com aquele negócio lá para o dia 10, então, ficou programado para o dia 10.
> N: Isso, ficou fechado para isso dia 10
> C: Ah, então tá bom, dia 10 aí 10 mil vem beleza
> N: Isso, eu falei ontem com...
> C: Di Luca
> N: Nosso amigo lá e ele confirmou comigo também

C: Ah, então tá fechado, então eu vou assumir o compromisso aqui então do dia 10
N: Beleza então
C: Fechado meu parceiro
N: Tá bom
C: Avisa lá que tá tudo certo, eu estou enviando no seu e-mail aquela outra, segunda parte que é o recurso
N: Ficou três mesmo né?
C: Ficou três
N: Tá bom
C: Só que ficou 3 acima, tá? Se não me engano a média deu 3,3, mas o sistema puxa para 3
N: Entendi
C: Isso já é uma coisa boa para nós, inclusive. Com o fomento que eu vou te dar facilmente vai para 4 tá
N: Tá bom então, tranquilo Guerra
C: Beleza, meu querido
N: Muito obrigado e um bom final de semana para você
C: Para você também, aí dia 10 eu aguardo aquele nosso retorno
N: Fechado
C: Um abraço fraterno até mais (fls. 11, 81)

Na fase investigativa, Mirtes Ferreira dos Santos declarou à autoridade policial que trabalhava na FAMOESP e que à época dos fatos mantinha relacionamento amoroso com Antônio di Luca. Indagada a respeito de exigência de "propina" por Celso Guerra, a testemunha afirmou que de fato ocorreu e que foi por ela presenciada. Em reunião na sala de Antônio di Luca na FAMOESP, Celso Guerra relatou que havia vários problemas com o laudo de avaliação da Faculdade, mas que poderia haver resultado favorável se Antônio di Luca lhe pagasse a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Antônio di Luca queria que Celso Guerra aprovasse a faculdade com a nota 4. Celso Guerra daria apenas a nota 3, mas mediante o pagamento da quantia solicitada, chegaria à nota 4 (fls. 47/72). Em Juízo, Mirtes Ferreira dos Santos esclareceu que Antônio di Luca queria a aprovação do curso de Direito com uma nota muito boa, uma nota 4. Pouco antes da reunião, Celso Guerra lhe disse que não haveria condições de dar nota superior a 3. A depoente considerou que Celso Guerra pretendia que ela levasse o assunto a Antônio di Luca, mas isso não se revelou necessário porque, durante a reunião, ela entrou na sala para entregar uma documentação e ouviu Celso Guerra referir-se a um acordo por volta de R$ 15.000,00 (cf. mídia, fl. 340).

Fabíula Chericoni, advogada que prestava serviços à FAMOESP, também confirmou perante a autoridade policial que ao final dos trabalhos de avaliação, foi tratado com Celso Guerra o "pagamento de valores por serviços futuros de assessoria, em novos cursos, inclusive". Segundo a depoente, dias antes de lançar a avaliação no sistema do Ministério da Educação, Celso Guerra passou a solicitar valores para assessoria. A depoente e a diretora da faculdade se sentiram acuadas, por entenderem que Celso Guerra estaria vinculando o lançamento da nota positiva para o curso ao pagamento de assessoria. Celso Guerra solicitou valores a Nilton Moreno (fls. 93/96). Em Juízo, Fabíula Chericoni declarou não ter presenciado a solicitação de vantagem indevida e que as tratativas seriam serviços futuros de assessoria, em novos cursos e em caso de eventual recurso administrativo contra a nota do curso de Direito (cf. mídia, fl. 285).

Os depoimentos de Mirtes Ferreira dos Santos e Fabíula Chericoni são corroborados pelas declarações de Nilton Moreno que, na fase investigativa, descreveu as tratativas mantidas com Celso Guerra. Segundo o depoente, terminada a avaliação da FAMOESP, Celso Guerra se dispôs a instruí-lo sobre "alguns procedimento que deveriam ser tomados" pela Faculdade

para “melhora em geral”, para “subir a nota”. Em troca de pagamento, Celso Guerra forneceria todo o material necessário para a FAMOESP recorrer da nota de avaliação da Faculdade. O valor, entre R$10.000,00 (dez mil reais) e R$ 15.000,00 (quinze mil reais), não chegou a ser pago a Celso Guerra (fls. 83/90).

Em Juízo, Nilton Moreno manteve a afirmação de que Celso Guerra se dispôs a prestar assessoria para a interposição de recurso administrativo contra a nota de avaliação. O réu nada poderia fazer quanto à nota em si porque ela deveria ser dada por ambos os avaliadores, separadamente, “e se um der uma nota diferente do outro, complica”. Após o fechamento da nota, Celso Guerra ligou para o depoente. Os valores chegaram a ser negociados, mas segundo o depoente, ao final não houve interesse da Faculdade, por ter sido obtida a nota mínima necessária à instalação do curso (cf. mídia, fl. 309).

Antônio di Luca exerceu o direito de permanecer calado ao ser interrogado pela autoridade policial (fls. 83/84).

As testemunhas de defesa Assuero Rodrigues da Silva e Alexandre Barbosa da Silva declararam nada saber sobre os fatos, restringindo-se a sustentar a lisura da conduta profissional e pessoal do réu (cf. mídia, fl. 556).

André Vinicius Beck Lima, parceiro de Celso Guerra em escritório de advocacia, afirmou que o réu lhe informou sobre certos aspectos dos fatos. Confirmou que os depósitos seriam realizados em sua conta corrente, a pedido de Celso Guerra, que estava com pendências judicias com instituição bancária. Mostrou-se surpreso ao ser informado pela autoridade policial que Celso Guerra havia declarado que a assessoria seria prestada pelo próprio depoente (cf. mídia, fl. 623).

Na fase investigativa, Celso Guerra afirmou que o e-mail enviado ao mantenedor Antônio di Luca não conteria mensagem cifrada; que a assessoria seria prestada por terceira pessoa (André Vinícius); que a função de avaliador do Ministério da Educação não lhe conferia papel decisório e que recebia ajuda de custo e cerca de R$ 1.000,00 (mil reais) por avaliação (fls. 173/175).

Em Juízo, Celso Guerra alegou que a função de avaliador era exercida *pro bono* (havia apenas pagamento de diária e ajuda de custo) e que ele próprio prestaria assessoria à FAMOESP. Admitiu que o e-mail enviado ao mantenedor da FAMOESP foi escrito de forma cifrada porque percebeu que a assessoria para “outros cursos” não seria a mais correta possível. Indicou conta corrente de terceiro para os depósitos por receio de bloqueio de valores, pois estava em litígio com instituição bancária. Ressaltou que o valor solicitado (R$ 15.000,00) seria para assessoria futura, para a implementação de outros cursos. Negou que os valores dissessem respeito a recurso administrativo contra a nota de avaliação do curso de Direito. Após a leitura pelo Juízo *a quo* de e-mail no qual Celso Guerra expressamente afirma estar com o “recurso praticamente pronto”, o réu afirmou que apenas estava preparando a documentação para que a própria instituição enviasse o recurso. Não considera indevida sua conduta, pois seriam repassadas informações e documentação públicas, nunca em troca de pagamento por esse específico auxílio. Enfatizou que o lançamento de dados no formulário eletrônico é feito pela própria instituição superior, que o sistema “E-MEC” é muito “blindado”, eficiente, e calcula uma nota, o denominado “índice geral de curso - IGC”. Por isso, não seria correta a denominação “avaliador”, pois o trabalho consiste apenas em verificar se as informações lançadas no formulário eletrônico são coerentes com a realidade, digitalizando documentos que comprovem os dados lançados no formulário pela própria instituição avaliada. Afirma o réu que o relatório foi fechado, com imediato encaminhamento para a Secretaria de Educação

Superior - SESU, à qual compete analisar se não houve distorção do que estava no relatório inicial. Após, seguiu regular trâmite até a assinatura da portaria de autorização do curso. Portanto, seria impossível ao "consultor" atribuir uma nota, pois ela é dada pelo sistema. A FAMOESP questionou-o sobre os critérios de avaliação, manifestando discordância quanto ao índice geral de curso - IGC, razão pela qual esclareceu a eles que a avalição lançada pela própria instituição não poderia ser modificada e que ele não comprometeria sua atuação e até mesmo a instituição. Havendo discordância, que a FAMOESP fizesse recurso administrativo que, devidamente embasado, poderia elevar a nota para 4, mas ele não poderia fazer isso. Sobre as declarações da testemunha Mirtes, afirmou que ela chegou depois da reunião e não sabe do que era tratado. Sobre o e-mail enviado ao mantenedor Antônio di Luca, afirmou ter ficado um pouco receoso no início, mas aceitou prestar assessoria futura, após o encerramento da avaliação (mídia, fl. 567).

As declarações de Celso Guerra foram infirmadas em parte por Edhiermes Marques Coelho, avaliador que integrou a comissão de avaliação da FAMOESP. Ouvido em Juízo, Edhiermes afirmou que os avaliadores assinam um termo no qual consta ser vedado o recebimento de quaisquer valores da instituição avaliada, assim como a prestação de consultoria durante o processo avaliativo. Consultorias futuras devem ser declaradas no sistema para que o avaliador não mais avalie no respectivo Estado. As informações prévias são lançadas no sistema pela instituição de ensino. Os avaliadores fazem relatórios de checagem de dados e conferem as notas pertinentes. Após, fazem o fechamento da nota do relatório e enceram a participação no processo avaliativo. As informações vão sendo inseridas ao longo dos 2 (dois) dias de visita, pelos dois avaliadores. O formulário eletrônico possui critérios objetivos e subjetivos e pelo que se recorda, não houve discordância quanto a pontos significativos da avaliação (cf. mídia, fl. 717).

Após o depoimento da testemunha Edihermes, a defesa manifestou interesse em novo interrogatório do réu (fl. 718).

Em segundo interrogatório judicial, Celso Guerra retificou em parte suas declarações anteriores. Admitiu ter assinado um termo para o exercício da atividade de avaliador. Ressalvou que não se trata de um "termo de vedação de consultoria", mas de termo de responsabilidade no qual consta ser vedada consultoria apenas para os cursos e instituições avaliadas. Admitiu não se trata de atividade *pro bono*, pois há "bolsa auxílio educação". Ressaltou que em nenhum momento atuou de forma a gerar desequilíbrio entre o relatório e a realidade fática. No interrogatório anterior, ao sustentar que as notas eram atribuídas pelo sistema, sem subjetividade ou liberdade do avaliador, quis dizer que se tratava da "nota final". Indagado pelo Juízo *a quo* acerca do motivo da linguagem cifrada no e-mail ao mantenedor da FAMOESP, já que sustenta ser permitido prestar assessoria após o fechamento da avaliação, Celso Guerra alegou que embora a assessoria fosse futura, as tratativas ocorreram durante o processo de avaliação, por isso tinha receio de que até mesmo a conversa fosse maculada, o que poderia dar causa a um procedimento administrativo do Ministério da Educação. Quanto ao recurso que poderia beneficiar a FAMOESP, declarou que poderia "fomento" para eles, isto é, doutrina, jurisprudência, relatórios, "telas", procedimentos que pudessem ensejar um aumento de nota por instância superior. Isso porque o relatório é muito extenso e em vários pontos há divergências na doutrina e entre os especialistas, pontos que são equivocados, isto é, quanto aos critérios de avaliação. Era impossível qualquer tipo de manipulação sem que o outro avaliador soubesse (cf. mídia, fl. 753).

Conforme se verifica, os depoimentos das testemunhas de acusação são uníssonos no sentido de que Celso Guerra, no exercício da função pública de avaliador do Ministério da

Educação, solicitou valores para instruir a FAMOESP na interposição de recurso administrativo contra o relatório por ele próprio elaborado.

Ao contrário do que pretende a defesa, os depoimentos das testemunhas se complementam e guardam consonância com o conteúdo das interceptações realizadas pela Polícia Federal, literais no sentido de que as tratativas do réu com os mantenedores da FAMOESP tinham por finalidade o aumento da nota de avaliação. Por outro lado, as declarações de Celso Guerra apresentam diversos pontos divergentes e não encontram respaldo nos autos.

O avaliador é um docente da educação superior, membro da comunidade universitária que, em nome de seus pares e por delegação do Ministério da Educação, confere a qualidade de instituições e cursos da educação superior. A circunstância de a análise do recurso administrativo não competir ao docente-avaliador não infirma a conclusão de que Celso Guerra, durante a prática de ato de ofício, valeu-se do acesso que lhe foi garantido aos mantenedores da FAMOESP para solicitar-lhes vantagem (dinheiro) sob o pretexto de instruí-los na impugnação do relatório por ele próprio elaborado.

Nessa linha de ideais, a Portaria Normativa n. 40, de 12.12.07, do Ministério da Educação, veda expressamente ao avaliador qualquer tipo de auxílio, assessoria educacional ou recebimento de valores da instituição avaliada:

> Art. 17-F São vedadas ao avaliador as seguintes condutas, cuja prática ensejará a exclusão do Basis:
> I - receber valores, presentes ou qualquer outra forma de ajuda de custo ou apoio da instituição avaliada;
> II - fazer recomendações ou qualquer forma de aconselhamento à instituição;
> III - promover atividades de consultoria e assessoria educacional, eventos, cursos e palestras, bem como produzir materiais de orientação sobre os procedimentos de avaliação do INEP;
> (...)
> § 3º. A participação do avaliador em qualquer atividade remunerada pela instituição ou curso por ele avaliados, desde um ano antes e até um ano depois da realização da avaliação, implica na nulidade do relatório para todos os fins, além do descumprimento dos deveres éticos, com a consequente exclusão do Basis, nos termos da Portaria Normativa, sem prejuízo de outras medidas penais e civis previstas na legislação própria.

No mesmo sentido, a Portaria MEC nº 156 de 14.01.05 dispõe sobre o Termo de Compromisso de Docente-Avaliador, no qual o avaliador expressamente compromete-se a "não realizar nem indicar serviços de assessoria ou de consultoria para o curso e a IES visitados".

A conduta de Celso Guerra demonstra a comercialização de sua função pública de avaliador e configura a prática do delito de corrupção passiva. Por se tratar de crime formal, a consumação ocorreu com a simples solicitação da vantagem indevida. Assim, não prosperam as alegações da defesa de atipicidade da conduta e desclassificação para o delito de advocacia administrativa.

Não houve interposição de recurso em relação à dosimetria da pena.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação criminal do réu.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CRIMINAL
0002767-57.2016.4.03.6005
(2016.60.05.002767-6)

Apelante: SAMUEL SOUZA MARTINEZ
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA GISELLE FRANÇA
Classe do Processo: Ap. 71862
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/11/2017

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS. DOSIMETRIA. VALOR DO DIA-MULTA E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA REDUZIDOS.
1- Réu condenado pela prática do crime previsto no artigo 18, *caput*, da Lei 10.826/2003, por ter adquirido arma de fogo e munições em desacordo com a legislação vigente, no Paraguai.
2 - As penas aplicadas foram calculadas no mínimo legal, sendo fixadas em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa.
3 - O valor do dia-multa foi fixado em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente e a pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços e pena pecuniária no valor de R$ 5.000,00.
4 - Protesta o réu, somente quanto ao valor do dia-multa e valor da prestação pecuniária.
5 - Como é sabido, nos termos do artigo 49, *caput*, e §1º, e artigo 50 do CP, a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário, não podendo o valor do dia-multa ser inferior a 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, nem superior a cinco vezes esse salário, podendo seu pagamento se dar de forma parcelada, de acordo com as circustância do caso concreto.
6 - A prestação pecuniária, por sua vez, como uma das penas restritivas de direito, destina-se à vítima seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, e não pode ser inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, nos termos do artigo 45, §1º, do CP, sendo o valor pago deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.
7 - A pena de multa faz parte do preceito secundário do tipo, e compõe, em conjunto com a sanção corporal, a pena final imposta ao condenado. Para se quantificá-la, essa Turma entende que deve seguir os mesmos parâmetros de mensuração da pena corporal, qual seja, as circunstâncias judiciais, e demais passos da dosimetria da pena.
8 - Já o valor do dia-multa, relaciona-se com a capacidade econômica do réu, que se extrai dos documentos juntados aos autos.
9 - A prestação pecuniária, no entanto, tem uma peculiariedade, pois tem também um caráter reparatório. É um benefício concedido ao condenado, para que não seja submetido ao cárcere, devendo ser considerado para sua mensuração, além da situação econômica do réu, o caráter de reprovação e de prevenção do crime (artigo 59, do CP), o princípio da proporcionalidade (inclusive em relação à pena substituída) e o

prejuízo causado.
10 - No caso, o réu é vendedor autônomo, declarou em sede policial, em 11/2016, que sua renda mensal era de R$ 30.000,00, e, em juízo, em 02/2017, que variava de R$ 15.000,00 a R$ 18.000,00. De outro lado, permaneceu preso preventivamente de 01/11/2016 até 01/2017, quando foi transferido para prisão domiciliar, devido ao seu frágil e grave estado de saúde (insuficiência renal crônica), assim permanecendo até a prolação da sentença em 04/2017.
11 - Diante desse cenário, sopesandos os critérios norteados acima, o valor do dia-multa deve ser reduzido para 1/6 (um sexto) do valor do salário mínimo mensal vigente na data dos fatos devidamente corrigido até o pagamento.
12 - No tocante à prestação pecuniária, considerando os fundamentos já mencionados, somado ao fato de que a arma e munições, em perfeito estado de conservação, foram destinadas ao Comando do Exército de Ponta Porã/MS, entende-se que também deve ser reduzida para 03 (três) salários mínimos vigentes na data do pagamento.
13 - Vale observar, que a r.sentença não especificou o destinatário da prestação pecuniária, o que esta C. Turma faz de ofício, destinando-a para a União Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso interposto por SAMUEL SOUZA MARTINEZ, para reduzir o valor do dia-multa para 1/6 (um sexto) do valor do salário mínimo vigente na data dos fatos corrigidos até o pagamento, bem como reduzir a prestação pecuniária para 03 (três) salários mínimos vigentes na data do pagamento, destinando-a, de ofício, para a União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora):

Trata-se de apelação criminal interposta por SAMUEL SOUZA MARTINEZ, contra a r.sentença de fls. 150/153 (publicada em 27/04/2017), que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 18, *caput*, da Lei 10.826/2003, às penas de 04 anos de reclusão em regime inicial aberto e 10 dias-multa, no valor unitário equivalente a 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente na data dos fatos corrigido até a data do pagamento. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade a ser disciplinada pelo Juízo da Execução Penal e prestação pecuniária no valor de R$ 5.000,00. Decretado o perdimento dos bens apreendidos e encaminhados ao Comando do Exército da cidade de Ponta Porã/MS. Revogada a prisão domiciliar preventiva.

Narra a denúncia (recebida em 01/12/2016 - fls. 42/44) que SAMUEL SOUZA MARTINEZ, aproximadamente, em 05/2016, na região de fronteira entre Ponta Porã/Brasil e Pedro Juan Caballero/Paraguai, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, importou, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, uma arma

de fogo e munições, a saber: 01 (uma) Pistola Forjas Taurus S.A. PT 58 HC, calibre 380 ACP, número KRC92282, niquelada com cabo preto, e 77 (setenta e sete) munições, calibre 380 PMC.

Nas razões de apelação, a defesa requer a redução da pena de multa, a fim de que guarde proporcionalidade com a pena privativa de liberdade que foi fixada no mínimo legal, e redução da prestação pecuniária para um valor compatível com a situação econômica do reú, que está desempregado e com gravíssimo problema de saúde (fls. 170/171).

Contrarrazões pela acusação (fls. 174/177).

Nesta Corte Regional, a Procuradoria Regional da República opinou pelo improvimento do recurso interposto (fls. 179/180).

É o relatório.

À revisão.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora):

Segundo consta, em cumprimento ao mandado de prisão em desfavor de SAMUEL SOUZA MARTINEZ , expedido no bojo de operação de combate ao crime de tráfico de drogas, foram encontradas em sua residência uma pistola calibre 380 e 77 munições do mesmo calibre. Ao chegarem no local, o réu franqueou a entrada aos Policiais Federais e prontamente confessou que guardava uma pistola Tauros PT 58 (calibre 380) e munições de calibre 380. A arma foi encontrada carregada dentro do criado-mudo em um dos quartos e outras 70 munições foram encontradas dentro de um guarda roupa.

Em sede policial, SAMUEL confirmou que a arma de fogo e as munições eram de sua propriedade e que as havia adquirido há 07 meses no Paraguai para defesa pessoal. Esclareceu que pela arma pagou R$ 3.000,00 e pela caixa de munições R$ 150,00. Afirmou, também, que era vendedor autônomo e auferia renda mensal aproximada de R$ 30.000,00 (fls. 05/06). Em juízo, confirmou suas declarações policiais, dizendo que travalhava como vendedor autônomo de roupas, com renda média de R$ 15.000,00 a R$ 18.000,00 e que estava com problemas de saúde (insuficiência renal) desde 2016 (fls. 121).

Nesse sentido, também, os depoimentos dos Policiais Federais responsáveis pelo flagrante (fls. 02/04, 118/119 e 121).

Às fls. 07 consta o Auto de Apresentação e Apreensão discriminando a arma de fogo e as munições apreendidas, e às fls. 126/130 e 132/136, os Laudos correspondentes, conclusivos no sentido de que tanto a arma quanto as munições estavam aptas para uso. O réu, por sua vez, não apresentou qualquer documentação legal da autoridade competente que lhe desse suporte à importação ou mesmo a posse de tais produtos, que, como é sabido, salvo raras exceções, não é permitido, nos termos do Estatudo do Desarmamento.

Ressalta-se que o réu, nas duas oportunidades em que foi ouvido, confirmou que adquiriu a arma e munições no Paraguai, tendo a descoberta das mesmas somente acontecido pelas informações do próprio réu, haja vista que os Policiais Federais o abordaram porque iriam cumprir mandado de prisão por outro crime, restando, evidente que tinha ciência da ilicitude do ato.

Dessa forma, restaram sobejamente e incontestavelmente comprovados a materialidade

e autoria delitiva e o dolo do crime previsto no artigo 18, *caput,* da Lei 10.826/2003 (tráfico internacional de armas).

Vejamos a dosimetria, único objeto do recurso.

Na primeira fase, a pena base foi fixada no mínimo legal (04 anos de reclusão e 10 dias-multa), não havendo o que reformar.

Na segunda fase, embora reconhecida a atenuante da confissão, a pena foi mantida, diante da vedação constante da Súmula 231 do STJ, que acompanho.

Nada foi acrescentado ou diminuído na terceira fase, restanto a pena definitivamente fixada em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, que assim deve ser mantida.

O valor do dia-multa foi fixado em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente.

A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços e pena pecuniária no valor de R$ 5.000,00.

Protesta o réu, somente quanto ao valor do dia-multa e valor da prestação pecuniária.

Como é sabido, nos termos do artigo 49, *caput*, e §1º, e artigo 50 do CP, a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário, não podendo o valor do dia-multa ser inferior a 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, nem superior a cinco vezes esse salário, podendo seu pagamento se dar de forma parcelada, de acordo com as circustância do caso concreto.

A prestação pecuniária, por sua vez, como uma das penas restritivas de direito, destina-se à vítima seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, e não pode ser inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, nos termos do artigo 45, §1º, do CP, sendo o valor pago deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

A pena de multa faz parte do preceito secundário do tipo, e compõe, em conjunto com a sanção corporal, a pena final imposta ao condenado. Para se quantificá-la, essa Turma entende que deve seguir os mesmos parâmetros de mensuração da pena corporal, qual seja, as circunstâncias judiciais, e demais passos da dosimetria da pena.

Já o valor do dia-multa, relaciona-se com a capacidade econômica do réu, que se extrai dos documentos juntados aos autos.

A prestação pecuniária, no entanto, tem uma peculiariedade, pois tem também um caráter reparatório. É um benefício concedido ao condenado, para que não seja submetido ao cárcere, devendo ser considerado para sua mensuração, além da situação econômica do réu, o caráter de reprovação e de prevenção do crime (artigo 59, do CP), o princípio da proporcionalidade (inclusive em relação à pena substituída) e o prejuízo causado.

No caso, o réu é vendedor autônomo, declarou em sede policial, em 11/2016, que sua renda mensal era de R$ 30.000,00, e, em juízo, em 02/2017, que variava de R$ 15.000,00 a R$ 18.000,00. De outro lado, permaneceu preso preventivamente de 01/11/2016 até 01/2017, quando foi transferido para prisão domiciliar, devido ao seu frágil e grave estado de saúde (insuficiência renal crônica - fls. 87/88 e 115/116), assim permanecendo até a prolação da sentença em 04/2017.

Diante desse cenário, sopesandos os critérios norteados acima, penso que o valor do dia-multa deve ser reduzido *para 1/6 (um sexto) do valor do salário mínimo* mensal vigente na data dos fatos devidamente corrigido até o pagamento.

No tocante à prestação pecuniária, considerando os fundamentos já mencionados, so-

mado ao fato de que a arma e munições, em perfeito estado de conservação, foram destinadas ao Comando do Exército de Ponta Porã/MS, entendo que também deve ser reduzida para *03 (três) salários mínimos vigentes na data do pagamento.*

Vale observar, que a r. sentença não especificou o *destinatário da prestação pecuniária, o que faço de ofício, destinando-a para a União Federal.*

Por fim, insta salientar, no tocante à prestação de serviços à comunidade, que tal pena deve ser especificada pelo Juízo das Execuções e atender aos critérios estabelecidos no art. 149, §1º, da Lei de Execução Penal, que estabelece o limite de duração de 08 horas semanais e sua realização aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz, ressaltando que a sua duração deve ser igual à pena corporal substituída.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por SAMUEL SOUZA MARTINEZ, para reduzir o valor do dia-multa para 1/6 (um sexto) do valor do salário mínimo vigente na data dos fatos corrigidos até o pagamento, bem como reduzir a prestação pecuniária para 03 (três) salários mínimos vigentes na data do pagamento, destinando-a, de ofício, para a União Federal.

É o voto.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0007375-86.2016.4.03.6106
(2016.61.06.007375-2)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorrido: PEDRO HENRIQUE MILANI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: RSE 8091
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DANO CONTRA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ART. 163, III, DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.
1. O recorrido foi acusado da prática da conduta tipificada no art. 163, inciso III, do Código Penal, pois teria danificado um caixa eletrônico da agência, após o terminal ter retido o envelope que tentava depositar.
2. A materialidade do delito restou bem comprovada, estando o dano causado ao patrimônio público devidamente demonstrado pelo Laudo Pericial de Constatação de Danos (fls. 30/33), o qual atestou um prejuízo avaliado em R$ 1.073,51 (mil e setenta e três reais e cinquenta e um centavos) decorrente da conduta do recorrido.
3. A sentença de fls. 76/77 rejeitou a denúncia ao fundamento da atipicidade da conduta, ante os princípios da insignificância e do processo penal como *ultima ratio*. Reputou ser atípica a conduta do réu, posto que dela teria resultado prejuízo considerado pelo juízo *a quo* como de pequena monta e que não justificaria a deflagração da persecução penal.
4. Incabível a aplicação do princípio da insignificância no caso em comento. Trata-se de princípio que constitui critério para afastar a persecução penal relativamente a condutas que, embora correspondentes a um tipo penal, são de tal modo irrelevantes que sequer afetam o bem protegido. Não se verifica, nestes casos, reprovabilidade que justifique o movimento do Direito Penal. Todavia, tratando-se de conduta da qual resultou dano a patrimônio da coletividade, impossível considerá-la como insignificante, tendo em vista que a questão econômica não se afigura como única baliza para aferir sua aplicabilidade. O crime de dano qualificado porta acréscimo substancial de reprovabilidade, em razão da maior relevância social de seu objeto atingido.
5. Presentes a justa causa, a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, recebo a denúncia e determino o retorno dos autos ao juízo de origem para o regular processamento da ação penal.
6. Recurso ministerial provido.

ACÓRDÃO

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

ao recurso ministerial para receber a denúncia oferecida, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para o regular prosseguimento da ação penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de outubro de 2017.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO* interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, que rejeitou a denúncia oferecida em face de PEDRO HENRIQUE MILANI, lastreada no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Consta na peça acusatória (fls. 74/75) que o recorrido danificou, mediante deferimento de chutes, o painel de um caixa eletrônico da Caixa Econômica Federal, em razão de falha do equipamento que reteve o envelope que ele tentava depositar. Por tal, foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal.

A sentença de fls. 76/77 rejeitou a denúncia ao fundamento da atipicidade da conduta, ante os princípios da insignificância e do processo penal como *ultima ratio.*

O Ministério Público Federal interpôs, então, recurso em sentido estrito (fls. 81/84), pleiteando a reforma da decisão para a denúncia ser recebida e devidamente processada.

Contrarrazões às fls. 98/103.

Em parecer, a D. Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso ministerial.

É O RELATÓRIO.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

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

O recurso comporta provimento.

A controvérsia trazida aos autos versa sobre a possibilidade de se considerar como atípica a conduta do réu, posto que dela resultou prejuízo avaliado em R$ 1.073,51 (mil e setenta e três reais e cinquenta e um centavos), conforme laudo pericial de fls. 30/33), considerado pelo juízo *a quo* como de pequena monta e que não justificaria a deflagração da persecução penal.

Incabível a aplicação do princípio da insignificância no caso em comento.

Trata-se de princípio que constitui critério para afastar a persecução penal relativamente a condutas que, embora correspondentes a um tipo penal, são de tal modo irrelevantes que sequer afetam o bem protegido. Não se verifica, nestes casos, reprovabilidade que justifique o movimento do Direito Penal.

Sedimentou-se na jurisprudência nacional que a incidência de tal princípio dependeria da satisfação, *in concreto,* dos seguintes requisitos: a mínima ofensividade da conduta do

agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Todavia, tratando-se de conduta da qual resultou dano a patrimônio da coletividade, impossível considerá-la como insignificante, dado destacar, *in casu,* que a questão econômica não se afigura como a única baliza para aferir sua aplicabilidade.

Tal entendimento é pacífico na jurisprudência, como exemplificado no julgado abaixo colacionado:

> CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DANO QUALIFICADO. PATRIMÔNIO PÚBLICO. LASTRO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO. INSIGNIFICÂNCIA. TRANSCENDÊNCIA DO PATRIMONIALIDADE. DANO A DELEGACIA DE POLÍCIA. VULNERAÇÃO DE BOM FUNCIONAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SEGURANÇA. INAPLICABILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.
> (...)
> 3. A denúncia satisfez o lastro probatório mínimo de admissibilidade para prosseguimento da persecução penal. A materialidade está devidamente comprovada pelo auto de constatação de danos e pelo auto de apreensão das três barras de ferro utilizadas para deteriorar a parede lateral e o teto da cela da Delegacia de Polícia Civil da Comarca de Colíder, local onde se encontrava segregado cautelarmente pelo cometimento de suposto crime de extorsão anteriormente praticado. Os indícios de autoria são robustos, pois encontrava-se o paciente sozinho na cela, no momento do ato. Ressalte-se que os indícios de autoria imputados ao paciente não implicam sua condenação antecipada, o que indicaria inarredável ilegalidade. Muito pelo contrário, o órgão ministerial, diante da materialidade do crime e dos indícios de autoria, ao promover a denúncia, mostrou-se cumpridor do desiderato da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.
> 4. *O "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal*, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC n. 84.412-0/SP, STF, Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004)
> 5. *A conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia, restrita ao tipo simples do crime de dano, afronta unicamente o patrimônio privado, sendo plenamente possível o reconhecimento de sua atipicidade material. Entrementes, nos termos do art. 163, parágrafo único, do Código Penal, o crime de dano qualificado porta acréscimo substancial de reprovabilidade*, diante da maior periculosidade dos meios utilizados (incisos I e II), *a maior relevância social de seu objeto atingido (inciso III)* ou pelas consequências para a vítima e mesquinhez do motivo (inciso IV). *Nas hipóteses de dano qualificado, independente do valor patrimonial do bem, havendo transcendência do bem jurídico patrimonial, atingindo bens jurídicos outros, de relevância social, incabível a aplicação da bagatela, diante da evidente periculosidade social da ação e maior grau de reprovabilidade da conduta.*
> 6. *In casu*, o suposto comportamento do paciente mostrou-se extremamente reprovável, transcendendo o mero prejuízo financeiro sofrido pela Administração Pública, porquanto o bem danificado possui inquestionável valor de relevância social, consistente no regular funcionamento dos órgãos policiais, que restou prejudicado, e o respeito às autoridades policiais,

que é essencial à segurança pública.
7. *Habeas corpus* não conhecido. ..EMEN:
(HC 201501196262, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 28/06/2016 ..DTPB:.

Rememoro que a Caixa Econômica Federal integra a Administração Indireta na qualidade de empresa pública (arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967) e, a despeito de ostentar personalidade jurídica de direito privado, é constituída mediante capital exclusivamente público.

Prescinde comentar que a qualificadora do art. 163, parágrafo único, inciso III do Código Penal objetiva tutelar com especial proteção o patrimônio público. Para fins do delito analisado, importa mencionar a lição da doutrina a respeito da abrangência desse conceito:

> *Patrimônio público: quem danifica bem público deve responder mais gravemente, pois o prejuízo é coletivo, e não individual. Logo, mais pessoas são atingidas pela conduta criminosa.* Na lição de Magalhães Noronha, "à expressão patrimônio, usada no dispositivo, não se pode dar o sentido restrito do inciso III do art. 66 do Código Civil [atual art. 99, III]. Se assim fosse, excluir-se-iam do gravame bens como as ruas, praças e edifícios, que são de uso comum do povo e de uso especial, para os quais, entretanto, milita a mesma razão de maior tutela. O vocábulo patrimônio tem, portanto, acepção ampla, abrangendo não só os dominiais como os de uso comum do povo e os de uso especial (CC, art. 66, I e II) [atual art. 99, I e II]" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.163) (g.n.)

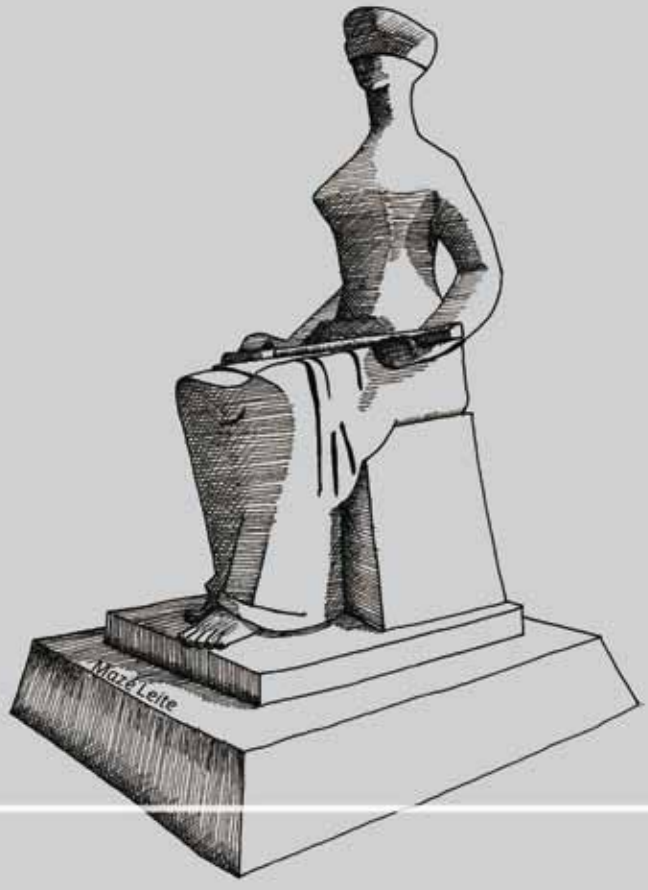
Registre-se que a materialidade do delito restou bem comprovada, vez que o dano causado ao patrimônio público foi devidamente demonstrado pelo Laudo Pericial de Constatação de Danos, às fls. 30/33, qual atestara que a deterioração do caixa eletrônico decorrente da conduta do recorrido causou um prejuízo avaliado em R$ 1.073,51 (mil e setenta e três reais e cinquenta e um centavos).

Presentes a justa causa, a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, deve ser recebida a denúncia para o regular processamento da ação penal.

Do exposto, nos termos explicitados no voto, *dou provimento* ao recurso ministerial, para receber a denúncia oferecida, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para o regular prosseguimento da ação penal.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Previdenciário



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0004163-70.2010.4.03.6105
(2010.61.05.004163-6)

Apelantes: LAURINDO DA COSTA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: ApReeNec 1732301
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS. MOTORISTA AUTÔNOMO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.
1. São requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, de acordo com os arts. 52 e 142 da Lei 8.213/91, a carência e o recolhimento de contribuições, ressaltando-se que o tempo de serviço prestado anteriormente à Emenda Constitucional 20/98 equivale a tempo de contribuição, a teor do seu art. 4º.
2. Deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho para o reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e os meios de sua demonstração.
3. A especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou Perfil Profissiográfico Previdenciário (a partir de 11/12/97).
4. Para o agente ruído, considera-se especial a atividade desenvolvida acima do limite de 80dB até 05/03/1997, quando foi editado o Decreto nº 2.172/97, a partir de então deve-se considerar especial a atividade desenvolvida acima de 90dB. A partir da edição do Decreto nº 4882 em 18/11/2003, o limite passou a ser de 85Db.
5. É possível o reconhecimento do exercício de atividades especiais pelo trabalhador autônomo (REsp nº 1.436.794-SC), desde que comprovado o recolhimento das contribuições previdenciárias no período, o efetivo exercício da profissão e a insalubridade da atividade, nos termos exigidos pela legislação previdenciária nos variados períodos de sua evolução.
6. O exercício da função de motorista deve ser reconhecido como especial, para o período anterior a 29.04.95 por enquadrar-se no código 2.4.4 do Decreto nº 53.831/64 e no item 2.4.2 do Decreto nº 83.080/79.
7. Sucumbência recíproca.
8. Remessa necessária provida em parte. Apelação do INSS não provida.

ACÓRDÃO

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

vimento à remessa necessária e negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de outubro de 2017.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação ordinária em que se objetiva a concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, desde a data do requerimento administrativo (18/07/09), mediante o reconhecimento de período trabalhado em atividades especiais (01/1983 a 04/1995 - motorista), sua conversão em tempo comum e cômputo aos demais períodos de trabalho urbano.

A sentença julgou *parcialmente procedente* o pedido para reconhecer como laborados em atividades especiais os períodos de 01/01/1985 a 31/01/1986, de 01/03/1986 a 31/03/1991, 01/05/1991 a 28/02/1994 e 01/02/1994 a 30/04/1995 trabalhados como *motorista autônomo*, assegurada a conversão em tempo de serviço comum. Fixou a sucumbência recíproca, com compensação dos honorários advocatícios. Reconheceu a isenção de custas em favor do INSS.

Sentença submetida à remessa necessária.

Apela a parte autora, juntando novas guias de recolhimento de contribuições previdenciárias no período de 01/01/1985 a 31/01/1986, 01/03/1986 a 31/03/1991, 01/05/1991 a 28/02/1994 e 01/02/1994 a 30/04/1995, com vistas a viabilizar o reconhecimento da atividade de motorista autônomo como tempo especial. Requer a reforma da r. sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na petição inicial, com a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

Apela o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, alegando o autor não juntou documentos aptos a comprovar o exercício da atividade de motorista autônomo, e a sua habitualidade e permanência, bem como os formulários DSS 8030 preenchidos pela empresa. Requer a reforma da r. sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Contrarrazões pela parte autora, requerendo a manutenção da sentença.

Vieram os autos ao Tribunal.

A parte autora requereu a desistência do recurso de apelação, comunicando a concessão administrativa da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição (NB 159.654.640-6 - DER/DIB: 14/02/12), o que foi homologado nesta instância recursal (fls. 358/360 e 362).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

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

Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação do INSS.

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.

Aposentadoria Especial

A aposentadoria por tempo de serviço especial teve assento primeiro no artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, que estabeleceu que seria concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

Prevê ainda, o mencionado diploma legal, no art. 162, o reconhecimento de atividade especial prestada em data anterior à sua edição, na hipótese de seu cômputo ser mais benéfico ao segurado.

Como assentado pelas Cortes Superiores "tal hipótese, apesar de similar, não se confunde com a questão da legislação aplicável ao caso de concessão de aposentadoria, tampouco com aquela que diz respeito à possibilidade de aplicação retroativa da lei nova que estabeleça restrição ao cômputo do tempo de serviço. (...) Interpretação diversa levaria à conclusão de que o segurado, sujeito a condições insalubres de trabalho, só teria direito à aposentadoria especial após 15, 20 e 25 anos de trabalho exercida depois da Lei nº 3.807/60, desconsiderando, portanto, todo o período de labor, também exercido em tal situação, porém em data anterior à lei de regência" (Ag Rg no REsp nº 1015694, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Assis de Moura, DJe 01/02/2011)

Essa norma foi expressamente revogada pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que passou a discipliná-la no artigo 9º, alterando, em efeitos práticos, apenas o período de carência de 15 (quinze) anos para 5 (cinco) anos de contribuição, mantendo no mais a redação original.

Sobreveio, então, o Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, reclassificando as atividades profissionais segundo os agentes nocivos e os grupos profissionais tidos por perigosos, insalubres ou penosos, com os respectivos tempos mínimos de trabalho.

Importante ressaltar que os Decretos nºs. 53.831/64 e 83.080/79 tiveram vigências simultâneas, de modo que, conforme reiteradamente decidido pelo C. STJ, havendo colisão

entre as mencionadas normas, prevalece a mais favorável ao segurado. (REsp nº 412351, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/10/2003, DJ 17/11/2003, pág. 355).

As atividades insalubres previstas nas aludidas normas são meramente exemplificativas, podendo outras funções ser assim reconhecidas, desde que haja similitude em relação àquelas legalmente estatuídas ou, ainda, mediante laudo técnico-pericial demonstrativo da nocividade da ocupação exercida. Nesse sentido, o verbete 198 da Súmula do TFR.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria passou a ser prevista no inciso II do artigo 202 e disciplinada no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, cuja redação original previa que o benefício de aposentadoria especial seria devido ao segurado que, após cumprir a carência exigida, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, restando assegurada, ainda, a conversão do período trabalhado no exercício de atividades danosas em tempo de contribuição comum (§3º).

Em seguida, foi editada a Lei nº 9.032/95, alterando o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, dispondo que a partir desse momento não basta mais o mero enquadramento da atividade exercida pelo segurado na categoria profissional considerada especial, passando a ser exigida a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, que poderá se dar por meio da apresentação de informativos e formulários, tais como o SB-40 ou o DSS-8030.

Posteriormente, com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, que estabeleceu requisitos mais rigorosos para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, passou-se a exigir-se a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida. Todavia, por se tratar de matéria reservada à lei, tal exigência apenas tem eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997.

Cumpre observar que a Lei nº 9528/97 também passou a aceitar o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, documento que busca retratar as características de cada emprego do segurado, de forma a facilitar a futura concessão de aposentadoria especial. Assim, identificado no documento o perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, é possível a sua utilização para comprovação da atividade especial em substituição ao laudo pericial.

Ressalto que no tocante ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado e à forma da sua demonstração, deve ser observada a legislação vigente à época da prestação do trabalho, conforme jurisprudência pacificada da matéria (STJ - Pet 9.194/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014).

A extemporaneidade do documento comprobatório das condições especiais de trabalho não prejudica o seu reconhecimento como tal, "pois a situação em época remota era pior ou ao menos igual a constatada na data da elaboração do laudo, tendo em vista que as condições do ambiente de trabalho só melhoraram com a evolução tecnológica." (Des. Fed. Fausto De Sanctis, AC nº 2012.61.04.004291-4, j. 07/05/2014)

Especificamente em relação ao ruído, o Decreto nº 53.831/64 considerava insalubre o labor desempenhado com exposição permanente a ruído acima de 80 dB; já o Decreto nº 83.080/79 fixava a pressão sonora em 90 dB. Na medida em que as normas tiveram vigência simultânea, prevalece disposição mais favorável ao segurado (80 dB).

Com a edição do Decreto nº 2.172/97, a intensidade de ruído considerada para fins de reconhecimento de insalubridade foi elevada para 90 dB, mas, em 2003, essa medida foi reduzida para 85 dB, por meio do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003.

Até 09 de outubro de 2013, os Tribunais adotavam o enunciado pela Súmula nº 32 da TNU. Contudo, esta Súmula foi cancelada em decorrência do julgamento da PET 9059 pelo Superior Tribunal de Justiça (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJe 09/09/2013) cujo entendimento foi sufragado no julgamento do REsp 1398260/PR (Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014), sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Em relação ao agente ruído, vigora o princípio do tempus regit actum. Considera-se especial a atividade desenvolvida acima do limite de 80dB até 05/03/1997, quando foi editado o Decreto nº 2.172/97, a partir de então deve-se considerar especial a atividade desenvolvida acima de 90dB até 18/11/2003, quando foi editado o Decreto nº 4882/2003. A partir de 19/11/2003 o limite passou a ser de 85 dB.

Saliente-se que a especialidade do tempo de trabalho é reconhecida por mero enquadramento legal da atividade profissional (até 28/04/95), por meio da confecção de informativos ou formulários (no período de 29/04/95 a 10/12/97) e via laudo técnico ou perfil profissiográfico previdenciário (a partir de 11/12/97).

É corrente em nossos tribunais a tese de que sempre se exigiu laudo técnico para comprovar a exposição do trabalhador aos agentes físicos ruído e calor em níveis superiores aos limites máximos de tolerância. Entretanto, no tocante às atividades profissionais exercidas até 10/12/97 - quando ainda não havia a exigência legal de laudo técnico -, essa afirmação deve ser compreendida, não na literalidade, mas no sentido de ser necessário o atesto efetivo e seguro dos níveis de intensidade dos agentes nocivos a que o trabalhador esteve exposto durante sua jornada laboral.

Logo, para as atividades profissionais exercidas até 10/12/97, é suficiente que os documentos apresentados façam expressa menção aos níveis de intensidade dos agentes nocivos.

Uso de equipamento de proteção individual - EPI, como fator de descaracterização do tempo de serviço especial

A questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 664335, da relatoria do E. Ministro Luiz Fux, com reconhecimento de repercussão geral, na data de 04.12.2014, em que restou decidido que o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional ao reconhecimento das atividades especiais.

Restou assentado também que, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

O fato de a empresa fornecer equipamento de proteção individual - EPI para neutralização dos agentes agressivos não afasta, por si só, a contagem do tempo especial, pois cada caso deve ser examinado em suas peculiaridades, comprovando-se a real efetividade do aparelho e o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1428183/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014).

Ainda, conforme a jurisprudência citada, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em níveis acima dos limites legais, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível

tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas.

Conversão do tempo de serviço especial em comum

Deve ser afastada qualquer tese de limitação temporal de conversão de tempo de serviço especial em comum, seja em períodos anteriores à vigência da Lei nº 6.887, de 10/12/1980, ou posteriores a Lei nº 9.711, de 20/11/1998, permanecendo, assim, a possibilidade legal de conversão, inclusive para períodos posteriores a maio de 1998, uma vez que a norma prevista no artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91 permanece em vigor, tendo em vista que a revogação pretendida pela 15ª reedição da MP 1663 não foi mantida quando da conversão na Lei nº 9.711/98. Nesse sentido decidiu a Terceira Seção do STJ no Resp 1.151.363/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, data do julgamento: 23/03/2011.

O Decreto nº 83.080/79 foi renovado pelo Decreto nº 3.048/99 e este, por sua vez, prevê expressamente em seu art. 70 e seguintes (na redação dada pelo Decreto nº 4.827/03), que os fatores de conversão (multiplicadores) nele especificados aplicam-se na conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum ao trabalho prestado em qualquer período.

Caso concreto - elementos probatórios

De início, ante a remessa necessária e o teor da apelação do INSS, verifica-se que a controvérsia cinge-se à especialidade das atividades trabalhadas nos períodos de 01/01/1985 a 31/01/1986, 01/03/1986 a 31/03/1991, 01/05/1991 a 28/02/1994 e 01/02/1994 a 30/04/1995.

Não obstante seja possível, "em tese", o reconhecimento das atividades especiais exercidas pelo trabalhador autônomo (REsp nº 1.436.794-SC), é imprescindível a associação de outras circunstâncias que tornem tal reconhecimento viável. São elas: a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias individuais no período; a comprovação do efetivo exercício da profissão e, por último, a comprovação da insalubridade da atividade nos termos exigidos pela legislação previdenciária nos variados períodos de sua evolução.

Nesse sentido, nos períodos em análise, restou comprovado o recolhimento das contribuições previdenciárias, tal qual se verifica dos dados constantes do Sistema CNIS (fl. 45 e extrato em anexo), bem como o exercício da profissão de motorista de veículos de transporte de carga (caminhão), conforme os diversos documentos acostados aos autos (fls. 53/155) e os depoimentos testemunhais (atestando que trabalhava como motorista autônomo no transporte de cargas, com seu próprio caminhão), o que autoriza o enquadramento pela categoria profissional, nos termos do código 2.4.4 do Decreto nº 53.831/64 e do item 2.4.2 do Decreto nº 83.080/79.

Considerando que o enquadramento por categoria profissional é possível até 28/04/95, a teor da Lei nº 9.032/95, os períodos devem ser reconhecidos nos seguintes termos: 01/01/1985 a 31/01/1986, 01/03/1986 a 31/03/1991, 01/05/1991 a 28/02/1994 e 01/02/1994 a 28/04/1995.

Nesse passo, no que tange aos honorários de advogado, verifico que ambas as partes foram vencedoras e vencidas na causa em proporção semelhante.

Contudo, às sentenças prolatadas sob a égide do CPC/73 não se aplicam as normas previstas no artigo 85, §§ 1º a 11º do CPC/2015, inclusive no que pertine à sucumbência recursal, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal (Enunciado Administrativo nº 7/STJ). A razão desse entendimento é a de que tal condenação implicaria surpresa à parte que teve sua situação agravada em segundo grau, sem que houvesse previsão legal à época da interposição do recurso.

O mesmo entendimento é aplicável à vedação à compensação em caso de sucumbência recíproca, conforme critérios do artigo 85, *caput* e § 14, do Novo CPC. Sua aplicação traria novo ônus a uma das partes ou mesmo a ambas, sem que houvesse previsão a respeito quando da interposição do recurso.

Assim, cada parte arcará com os honorários de seus respectivos patronos, nos termos do *caput* do artigo 21 do CPC/73.

No mais, em sede de remessa necessária, mantenho a sentença nos termos em que proferida.

Ante o exposto, *dou parcial provimento à remessa oficial* para retificar o reconhecimento do tempo especial no período de 01/02/94 a 28/04/95, mantendo os demais períodos reconhecidos em sentença, e *nego provimento à apelação do INSS*.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0039135-87.2011.4.03.9999
(2011.03.99.039135-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: OLIVIA DA SILVA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE BIRIGUI - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Classe do Processo: ApReeNec 1684284
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS PREENCHIDOS. CONTEXTO SOCIOECONÔMICO. HISTÓRICO LABORAL. IMPROVÁVEL REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. SÚMULA 47 DO TNU. PRECEDENTE DO STJ. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
1 - Agravos retidos não conhecidos, considerando a ausência, pela autora, de reiteração de sua apreciação, a contento do disposto no art. 523, §1º, do então vigente CPC/73.
2 - A cobertura do evento invalidez é garantia constitucional prevista no Título VIII, Capítulo II da Seguridade Social, no art. 201, I, da Constituição Federal.
3 - A Lei nº 8.213/91, nos arts. 42 a 47, preconiza que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para exercício da atividade que lhe garanta a subsistência.
4 - O auxílio-doença é direito daquele filiado à Previdência, que tiver cumprido o tempo supramencionado, e for considerado temporariamente inapto para o seu labor ou ocupação habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (arts. 59 a 63 da *legis*).
5 - Independe de carência a concessão do benefício nas hipóteses de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS, for acometido das moléstias elencadas taxativamente no art. 151 da Lei 8.213/91.
6 - A patologia ou lesão que já portara o trabalhador ao ingressar no Regime, não impede o deferimento do benefício se tiver decorrido a inaptidão de progressão ou agravamento da moléstia.
7 - Necessário para o implemento dos beneplácitos em tela, revestir-se do atributo de segurado, cuja mantença se dá, mesmo sem recolher as contribuições, àquele que conservar todos os direitos perante a Previdência Social durante um lapso variável, a que a doutrina denominou "período de graça", conforme o tipo de filiado e a sua situação, o qual pode ser prorrogado por 24 (vinte e quatro) meses aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses, nos termos do art. 15 e §1º da Lei.
8 - Havendo a perda da mencionada qualidade, o segurado deverá contar com 12 (doze)

contribuições mensais, a partir da nova filiação à Previdência Social, para efeitos de carência, para a concessão dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez (art. 27-A da Lei nº 8.213/91, incluído pela Medida Provisória nº 767, de 2017).
9 - No laudo pericial de fls. 125/127, elaborado por profissional médico de confiança do Juízo, foi constatado ser a demandante portadora de "diabetes melitus sem controle adequado, hipertensão arterial de longa data, varizes abundantes em membros inferiores e perda parcial da força motora na mão esquerda". Devido à somatória das lesões, concluiu pela incapacidade parcial e permanente para o trabalho habitual (catadora de produtos recicláveis) e outros correlatos. Salientou que a baixa escolaridade e as condições físicas da autora dificultam a reabilitação profissional. Fixou o início da incapacidade em outubro de 2009 (resposta ao quesito quatro do juízo - fl. 127).
10 - Por outro lado, o extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais em anexo comprova que a demandante efetuou recolhimentos previdenciários nos períodos de 01/04/89 a 31/05/89, 01/08/89 a 30/09/89, 10/10/94 a 06/01/95 e 01/04/08 a 30/09/10.
11 - Assim, observada a data de início da incapacidade laboral (10/09) e histórico contributivo da autora, verifica-se que ela havia cumprido a carência mínima exigida por lei, bem como mantinha a qualidade de segurada, quando eclodiu sua incapacidade laboral.
12 - No mais, considerando-se a idade da parte autora, 64 (sessenta e quatro) anos, sua baixa escolaridade e a improvável reabilitação profissional constatada pelo perito, é de ser reconhecida a incapacidade como total e permanente.
13 - Dessa forma, tem-se que a demandante é incapaz e totalmente insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência, sobretudo, em virtude do seu contexto socioeconômico e histórico laboral, de rigor a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.
14 - Análise do contexto social e econômico, com base na Súmula 47 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ - AgRg no Ag: 1270388 PR 2010/0010566-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 29/04/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2010.
15 - Da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, *a contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 (atual art. 479 do CPC) 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. Saliente-se que as perícias médicas foram efetivadas por profissionais inscritos no órgão competente, os quais responderam aos quesitos elaborados e forneceram diagnósticos com base na análise de histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entenderam pertinentes, e, não sendo infirmados pelo conjunto probatório, referidas provas

técnicas merecem confiança e credibilidade.
16 - *Termo inicial do benefício*. Acerca da data de início do benefício (DIB), o entendimento consolidado do E. STJ é de que, "ausente requerimento administrativo no INSS, o termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida judicialmente será a data da citação válida" (Súmula 576). É bem verdade que, em hipóteses excepcionais, o termo inicial do benefício pode ser fixado com base na data do laudo, nos casos, por exemplo, em que a data de início da incapacidade não é fixada pelo perito judicial, até porque, entender o contrário, seria conceder o benefício ao arrepio da lei, isto é, antes da presença dos requisitos autorizadores para a concessão, o que configuraria inclusive enriquecimento ilícito do postulante. A requerente apresentou requerimento administrativo em 03/06/09, que restou indeferido em 16/06/09 (fl. 53). A citação do INSS nos presentes autos se deu em 22/09/09 (fl. 69 verso). No caso, o perito judicial fixou a data de início da incapacidade em 10/09, aproximadamente (fl. 127). Nessa senda, tenho que o termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da citação.
17 - *Juros de mora*. Devem ser fixados de acordo com o Manual de Cálculos e Procedimentos aplicável à Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.
18 - *Correção monetária*. Deverá ser calculada de acordo com o Manual de Cálculos e Procedimentos da Justiça Federal, naquilo em que não conflitar com o disposto na Lei nº 11.960/09, aplicável às condenações impostas à Fazenda Pública a partir de 29 de junho de 2009.
19 - Agravos retidos não conhecidos. Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas. Sentença parcialmente reformada. Ação julgada procedente.

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 dos agravos retidos e dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial para alterar o termo inicial do benefício para a data da citação e para fixar os juros de mora de acordo com os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e o cálculo da correção monetária dos valores em atraso segundo o mesmo Manual, naquilo em que não conflitar com o disposto na Lei nº 11.960/09, aplicável às condenações impostas à Fazenda Pública a partir de 29 de junho de 2009, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de outubro de 2017.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de remessa necessária e de apelação do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, em ação previdenciária objetivando a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

Foi interposto agravo de instrumento em face da decisão que indeferiu a tutela antecipada, posteriormente, o recurso foi convertido em agravo retido.

Foi interposto agravo de instrumento em face da decisão que indeferiu pedido de realização de perícia com especialista, posteriormente, o recurso foi convertido em agravo retido.

A r. sentença de fls. 148/149 julgou procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a Autarquia Previdenciária no pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez, a partir da data do indeferimento administrativo. As parcelas atrasadas serão acrescidas de correção monetária e de juros de mora. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da prolação da sentença.

Em razões recursais de fls. 153/159, sustenta o INSS que a parte autora não preenche os requisitos necessários à concessão do benefício. Requer, sucessivamente, a alteração do termo inicial do benefício para a data da elaboração do laudo, bem como a alteração do critério de aplicação dos juros de mora.

Devidamente processado o recurso, com contrarrazões, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, não conheço dos agravos retidos, considerando a ausência, pela autora, de reiteração de sua apreciação, a contento do disposto no art. 523, §1º, do então vigente CPC/73.

A cobertura do evento invalidez é garantia constitucional prevista no Título VIII, Capítulo II da Seguridade Social, no art. 201, I, da Constituição Federal.

Preconiza a Lei nº 8.213/91, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência.

Ao passo que o auxílio-doença é direito daquele filiado à Previdência, que tiver cumprido o tempo supramencionado, e for considerado temporariamente inapto para o seu labor ou ocupação habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (arts. 59 a 63 da *legis*).

Independe de carência a concessão dos benefícios nas hipóteses de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS, for acometido das moléstias elencadas taxativamente no art. 151 da Lei 8.213/91.

Cumpre salientar que a patologia ou a lesão que já portara o trabalhador ao ingressar no Regime, não impede o deferimento dos benefícios se tiver decorrido a inaptidão de progressão ou agravamento da moléstia.

Ademais, é necessário para o implemento dos beneplácitos em tela, revestir-se do atributo de segurado, cuja mantença se dá, mesmo sem recolher as contribuições, àquele que conservar todos os direitos perante a Previdência Social durante um lapso variável, a que a doutrina denominou "período de graça", conforme o tipo de filiado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei, a saber:

> Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:
> I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
> II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
> III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
> IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
> V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
> VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

É de se observar, ainda, que o §1º do artigo supra prorroga por 24 (vinte e quatro) meses tal lapso de graça aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses.

Por fim, saliente-se que havendo a perda da mencionada qualidade, o segurado deverá contar com 12 (doze) contribuições mensais, a partir da nova filiação à Previdência Social, para efeitos de carência, para a concessão dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez (art. 27-A da Lei nº 8.213/91, incluído pela Medida Provisória nº 767, de 2017).

No laudo pericial de fls. 125/127, elaborado por profissional médico de confiança do Juízo, foi constatado ser a demandante portadora de "diabetes melitus sem controle adequado, hipertensão arterial de longa data, varizes abundantes em membros inferiores e perda parcial da força motora na mão esquerda".

Devido à somatória das lesões, concluiu pela incapacidade parcial e permanente para o trabalho habitual (catadora de produtos recicláveis) e outros correlatos.

Salientou que a baixa escolaridade e as condições físicas da autora dificultam a reabilitação profissional.

Fixou o início da incapacidade em outubro de 2009 (resposta ao quesito quatro do juízo - fl. 127).

Por outro lado, o extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais em anexo comprova que a demandante efetuou recolhimentos previdenciários nos períodos de 01/04/89 a 31/05/89, 01/08/89 a 30/09/89, 10/10/94 a 06/01/95 e 01/04/08 a 30/09/10.

Assim, observada a data de início da incapacidade laboral (10/09) e histórico contributivo da autora, verifica-se que ela havia cumprido a carência mínima exigida por lei, bem como mantinha a qualidade de segurada, quando eclodiu sua incapacidade laboral.

No mais, considerando-se a idade da parte autora, 64 (sessenta e quatro) anos, sua baixa escolaridade e a improvável reabilitação profissional constatada pelo perito, é de ser reconhecida a incapacidade como total e permanente.

Nessa senda, cumpre transcrever o enunciado da Súmula 47, da TNU - Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais:

> Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão do de aposentadoria por invalidez.

Corroborado pela jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS. REEXAME. PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

> 1. Segundo a jurisprudência deste Colegiado, é possível a verificação do contexto socioeconômico do segurado com a finalidade de concessão da aposentadoria por invalidez sem ofensa à norma do art. 42 da Lei de Benefícios.
> 2. A inversão do decidido pelas instâncias ordinária demanda o revolvimento do contexto fático dos autos e desafia a Súmula n. 7/STJ. Precedente da egrégia Terceira Seção.
> 3. Agravo regimental improvido.
> (STJ - AgRg no Ag: 1270388 PR 2010/0010566-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 29/04/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2010)

Dessa forma, tenho para mim que a demandante é incapaz e totalmente insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência, sobretudo, em virtude do seu contexto socioeconômico e histórico laboral, de rigor a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Assevero que da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, *a contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 (atual art. 479 do CPC) 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.

Saliente-se que a perícia médica foi efetivada por profissional inscrito no órgão competente, o qual respondeu aos quesitos elaborados e forneceu diagnóstico com base na análise de histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entendeu pertinentes, e, não sendo infirmado pelo conjunto probatório, referida prova técnica merece confiança e credibilidade.

Acerca da data de início do benefício (DIB), o entendimento consolidado do E. STJ é de que, "ausente requerimento administrativo no INSS, o termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida judicialmente será a data da citação válida" (Súmula 576).

É bem verdade que, em hipóteses excepcionais, o termo inicial do benefício pode ser fixado com base na data do laudo, nos casos, por exemplo, em que a data de início da incapacidade não é fixada pelo perito judicial, até porque, entender o contrário, seria conceder o benefício ao arrepio da lei, isto é, antes da presença dos requisitos autorizadores para a concessão, o que configuraria inclusive enriquecimento ilícito do postulante.

A requerente apresentou requerimento administrativo em 03/06/09, que restou indeferido em 16/06/09 (fl. 53).

A citação do INSS nos presentes autos se deu em 22/09/09 (fl. 69 verso).

No caso, o perito judicial fixou a data de início da incapacidade em 10/09, aproximadamente (fl. 127).

Nessa senda, tenho que o termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da citação.

Os juros de mora, entretanto, devem ser fixados de acordo com o Manual de Cálculos e Procedimentos aplicável à Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

Já a correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Cálculos e Procedimentos da Justiça Federal, naquilo em que não conflitar com o disposto na Lei nº 11.960/09, aplicável às condenações impostas à Fazenda Pública a partir de 29 de junho de 2009.

Ante o exposto, *não conheço dos agravos retidos e dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial* para alterar o termo inicial do benefício para a data da citação e para fixar os juros de mora de acordo com os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e o cálculo da correção monetária dos valores em atraso segundo o mesmo Manual, naquilo em que não conflitar com o disposto na Lei nº 11.960/09, aplicável às condenações impostas à Fazenda Pública a partir de 29 de junho de 2009. No mais, mantenho íntegra a sentença de 1º grau de jurisdição.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0001057-38.2012.4.03.6006
(2012.60.06.001057-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: IDALINA CANDIA MORALES (incapaz)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: ApReeNec 2254538
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INDÍGENA. DOCUMENTOS EMITIDOS PELA FUNAI. VALIDADE. ÓBITO, QUALIDADE DE SEGURADO E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADOS. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO INICIAL. AUTORA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. DIB FIXADA NA DATA DO ÓBITO.

1. Nos termos dos artigos 74 e 26 da Lei 8.213/91, a pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, independentemente de carência.

2. De acordo com os artigos 12 e 13 da Lei n 6.001/73 (Estatuto do Índio), os documentos emitidos pela FUNAI possuem a mesma validade dos registros civis.

3. Comprovados o óbito, a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica da parte autora, restaram satisfeitos todos os requisitos exigidos.

4. Preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício, faz jus a autora ao recebimento da pensão por morte.

5. O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do falecimento do segurado (29/12/1999), nos termos do artigo 74, I, da Lei nº 8.213/91, uma vez que na ocasião a autora era absolutamente incapaz, em face de quem não corre prescrição (art. 3º c/c art. 198, I, do CC/02, com a redação vigente à época, e art. 79 c/c art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91).

6. 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 17.

7. Os honorários advocatícios devem ser mantidos em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ.

8. Remessa oficial e apelação do INSS desprovidas. Fixados, de ofício, os consectários legais.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de ação que tramita pelo rito sumário proposta por *IDALINA CANDIA MORALES* em face do *INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS*, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte (fls. 02/08).

Juntados procuração e documentos (fls. 09/25).

Foi deferido o pedido de Gratuidade da justiça (fl. 28).

O INSS apresentou contestação às fls. 34/42.

Foi designada audiência para oitiva da parte autora e das testemunhas (fl. 78), cujo termo consta à fl. 84v.

Designada nova audiência para oitiva de outra testemunha (fl. 91v), com termo à fl. 93.

Parecer Ministerial às fls. 100/104.

O MM. Juízo de origem julgou procedente o pedido (fls. 112/113).

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, alegando, em síntese, a não comprovação do óbito nem da paternidade, uma vez que as certidões expedidas pela FUNAI possuem eficácia jurídica apenas no campo da estatística, não podendo ser deferido benefício previdenciário com amparo nelas; e a ausência de qualidade de segurado do falecido em razão das divergências existentes nos documentos apresentados. Subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial do benefício na data da audiência ou na data da citação, a redução dos honorários advocatícios, e a alteração dos consectários legais (fls. 116/127).

Com contrarrazões (fls. 131/138), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal se manifestou às fls. 143/146, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Em sede de Pensão por Morte devem-se demonstrar, basicamente, os seguintes requisitos: (a) óbito; (b) qualidade de segurado do falecido, aposentado ou não; (c) dependência econômica

do interessado, a teor do artigo 74 e seguintes da Lei 8.213/91.

Quanto ao primeiro requisito, verifica-se que o óbito do indígena Elton Moralez, do povo/comunidade indígena Guarani, ocorrido em 29/12/1999, foi registrado administrativamente perante a FUNAI (fl. 18), estando comprovado o evento morte do instituidor.

Embora o INSS afirme que tal registro é utilizado apenas para fins estatísticos, observa-se dos artigos 12 e 13 da Lei n 6.001/73 (Estatuto do Índio) que os documentos emitidos pela FUNAI possuem a mesma validade dos registros civis:

> Art. 12. Os nascimentos e óbitos, e os casamentos civis dos índios não integrados, serão registrados de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.
> Parágrafo único. O registro civil será feito a pedido do interessado ou da autoridade administrativa competente.
> Art. 13. Haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.
> Parágrafo único. O registro administrativo constituirá, quando couber documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova.

Da mesma forma, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) disciplina em seu artigo 50, §2º:

> § 2º Os índios, enquanto não integrados, não estão obrigados a inscrição do nascimento. Este poderá ser feito em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios.

Cabe destacar que este entendimento está em consonância com a jurisprudência desta E. Turma:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. INDÍGENA. DOCUMENTOS EMITIDOS PELA FUNAI. VALIDADE. COMPANHEIRA E FILHA MENOR. QUALIDADE DE SEGURADO. TRABALHADOR RURAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
> I - Os registros de identificação e de óbito emitidos pela FUNAI possuem a mesma validade que o Registro Geral, nos termos do artigo 12 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73).
> II - Ante a comprovação da relação marital e a filiação entre as autoras e o falecido, há que se reconhecer a sua condição de dependentes, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependentes arrolados no inciso I do mesmo dispositivo.
> III - No caso em tela, há razoável início de prova material corroborada pelos depoimentos das testemunhas, indicando que o falecido efetivamente trabalhava na condição de rurícola.
> IV - A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações vencidas até a data em que foi proferida a sentença recorrida, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, em sua nova redação e de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte, fixando-se o percentual em 15%, nos termos do art. 85 do CPC de 2015.
> V - Apelação do INSS e remessa oficial improvidas. Apelação da parte autora parcialmente provida.
> (TRF-3, ApelReex nº 2013.60.06.000040-0, 10ª Turma, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, j. em 14.06.2016, DJe 23.06.2016)

No que tange à qualidade de segurado, verifica-se do extrato INFBEN juntado à fl. 106 que o falecido era beneficiário de aposentadoria por velhice, restando devidamente preenchido o requisito.

Em que pese a existência de divergências entre a certidão de óbito expedida pela FUNAI (fl. 18), a cédula de identidade juntada à fl. 19 e o extrato INFBEN (fl. 106), nota-se da análise de tais documentos que se tratam de meros erros de inserção de dados, já que os principais dados identificadores coincidem.

Ademais, como bem delineado pelo MM. Juízo de origem, "o nome diverge apenas no que diz respeito a uma letra, pois houve a troca da letra 'z' pela letra 's', caso que infelizmente se repete no dia-a-dia forense, mormente em se tratando de indígenas." (fl. 113).

Por fim, relativamente ao requisito da dependência econômica, tem-se a comprovação pela parte autora da condição de dependente, diante das certidões de nascimento constantes às fls. 15 e 52, nos termos do art. 16, § 4º da Lei nº 8.213/91.

Ressalte-se, por oportuno, que neste ponto também não merecem prosperar as alegações da autarquia, pois assim como exposto anteriormente, as divergências existentes constituem meros equívocos de grafia, algo corriqueiro, que no caso não comprometem a devida identificação dos indivíduos.

Importante consignar, ainda, que apesar da idade avançada do falecido à época do nascimento da parte autora, consta dos documentos apresentados que ela é sua filha, não tendo o INSS produzido qualquer prova em sentido contrário.

Conclui-se, portanto, pelo preenchimento de todos os requisitos ensejadores da pensão por morte, de modo que a parte autora faz jus ao benefício, sendo de rigor a manutenção da r. sentença.

No que tange ao termo inicial do benefício, este deve ser mantido na data do falecimento do segurado (29/12/1999), nos termos do artigo 74, I, da Lei nº 8.213/91, uma vez que na ocasião a autora era absolutamente incapaz, em face de quem não corre prescrição (art. 3º c/c art. 198, I, do CC/02, com a redação vigente à época, e art. 79 c/c art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91). Neste sentido, registro julgados desta Colenda Corte:

> AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS PREENCHIDOS. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADA DA FALECIDA. FILHA MENOR À ÉPOCA DO ÓBITO. PRESCRIÇÃO MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. TERMO INICIAL FIXADO DE OFÍCIO NA DATA DO ÓBITO. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.
> - A decisão agravada foi proferida em consonância com a legislação de regência e o entendimento jurisprudencial dominante deste Egrégio Tribunal e da Corte Superior, com supedâneo no artigo 557 do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso do poder.
> - No caso dos autos, o óbito ocorreu em 25 de dezembro de 2003, conforme comprova a respectiva Certidão de fl. 11.
> - No tocante a qualidade de segurado, a parte autora deveria comprovar que a falecida a mantinha no momento do óbito, conforme preconiza o art. 15 da Lei nº 8.213/91. Neste sentido, carreou aos autos os extratos do CNIS que dão conta de que ela verteu contribuições aos cofres públicos até setembro de 2003, razão pela qual à época do óbito mantinha sua condição de segurada por encontrar-se dentro do período de graça (fls. 13 e 106/107).
> - Não obstante não terem sido consideradas as contribuições de 10/2003 a 13/2003 para efeito de comprovação de sua qualidade de segurada, por terem sido recolhidas após o óbito da falecida, as demais contribuições vertidas por ela foram suficientes à comprovação desta condição quando do óbito.

- Por outro lado, verifica-se da Certidão de Nascimento de fl. 10 que de fato a autora é filha da falecida e era menor à época do óbito.
- Desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, § 4º, da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação ao filho menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz , assim declarado judicialmente.
- Desta feita, presentes os requisitos autorizadores do benefício, de rigor a sua concessão até a data em que a autora completou 21 anos de idade, a saber 15/05/2009.
- Por outro lado, insta salientar que por tratar-se a prescrição de matéria de ordem pública, pode ser conhecida de ofício, nos termos do artigo 219, §5º, do Código de Processo Civil. Desta feita, ao menor absolutamente incapaz quando do óbito do de cujus, o benefício deve ser concedido a partir de então, uma vez que contra ele não corre a prescrição, nos termos do art. 198, inciso I, do Código Civil, bem como o art. 103, parágrafo único e art. 79, ambos da Lei de Benefícios.
- Agravo legal improvido.
(TRF - 3ª Região, 7ª T., AC 00173852920114039999, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, e-DJF3 Judicial 1 de 13.06.13)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. FILHA MAIOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. TERMO INICIAL NA DATA DO ÓBITO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. BENEFÍCIO PAGO À GENITORA DA REQUERENTE ENTRE O ÓBITO DO INSTITUIDOR (1988) E A DATA DO SEU FALECIMENTO (1999). DIREITO DA AUTORA AOS ATRASADOS DECORRENTES DA FORMA DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO, PREVISTA NO ARTIGO 48 DO DECRETO Nº 89.312, DE 23-01-1984 (CLPS 84), RECONHECIDO.
I. O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do óbito (28-03-1988), uma vez que a incapacidade absoluta da autora teve início no ano de 1977, conforme conclusão do laudo pericial, sendo necessário esclarecer que a prescrição quinquenal não ocorre contra os absolutamente incapazes, a teor do disposto no artigo 198, inciso I do Código Civil de 2003 (artigo 169, inciso I do Código Civil de 1916).
II. O resguardo do direito dos absolutamente incapazes à obtenção das parcelas pretéritas, possivelmente abrangidas pela prescrição, também foi matéria tratada na Lei nº 8.213/91, em seu artigo 103, parágrafo único, que estabelece que não ocorrerá prescrição em relação ao direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.
III. Tendo sido concedido administrativamente, à genitora da requerente, o benefício de pensão por morte ora pretendido, com DIB na data do óbito do de cujus, em 28-03-1988, e tendo sido pago até a data do falecimento da mesma, em 30-06-1999, como formavam o mesmo núcleo familiar, no referido período a autora terá direito apenas às diferenças devidas em razão do disposto no art. 48 do Decreto nº 89.312, de 23-01-1984 (CLPS 84), e, após 30-06-1999, fará jus ao valor integral da pensão por morte ora concedida, assim como bem decidido na r. sentença.
IV. Agravo a que se nega provimento.
(TRF - 3ª Região, 10ª T., ApelReex 00039928820014036183, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, e-DJF3 Judicial 1 de 12.06.13)

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 17.

Os honorários advocatícios devem ser mantidos em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma.

Caso a parte autora esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo beneficio judicial ou administrativo que entenda ser mais vantajoso. Se a opção recair no benefício judicial, deverão ser compensadas as parcelas já recebidas em sede administrativa, face à vedação da cumulação de benefícios.

Ante o exposto, *nego provimento à remessa oficial e à apelação do INSS,* fixando, de ofício, os consectários legais na forma acima explicitada.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora IDALINA CANDIA MORALES, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja *implantado de imediato o benefício de PENSÃO POR MORTE*, com D.I.B. em 29/12/1999 e R.M.I. a ser calculada pelo INSS, nos termos da presente decisão, tendo em vista os arts. 497 e seguintes do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0038675-66.2012.4.03.9999
(2012.03.99.038675-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: APARECIDO INÁCIO DOS SANTOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MIRASSOL - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: Ap 1791774
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO BENEFÍCIO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. NULIDADE DA SENTENÇA. "EXTRA PETITA". RENDA MENSAL INICIAL. INCLUSÃO DE VERBAS TRABALHISTAS. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO NO PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. JUROS DE MORA E CORREÇAO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Não há falar em falta de interesse de agir por ausência de requerimento administrativo prévio, pois o Colendo Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 631240, com repercussão geral reconhecida, no dia 03/09/2014, decidiu não haver necessidade de formulação de pedido administrativo prévio para que o segurado ingresse judicialmente com pedidos de revisão de benefício, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato, o que não se verifica na hipótese em tela.

2. No caso em análise, resta configurada a nulidade da sentença, uma vez que houve a condenação do INSS ao pagamento de "pensão por aposentadoria" e não tal como formulado na petição inicial, e, conforme acima mencionado, o juiz está adstrito ao pedido e à causa de pedir, para acolhê-lo ou rejeitá-lo, sendo esta a razão do brocardo "ne procedat iudex vel ultra vel extra petita partium". Embora nula a sentença, não é o caso de se restituir os autos à primeira instância para que outra seja prolatada, podendo a questão ventilada nos autos ser imediatamente apreciada pelo Tribunal, incidindo, na espécie, a regra do § 3º, inciso II, do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil.

3. Respeitados os limites estabelecidos, a legislação previdenciária considera, para o cálculo da renda mensal inicial, os ganhos habituais, quer sob a forma de salário fixo, quer sob a forma de utilidades, e as parcelas trabalhistas pagas em face de reclamação trabalhistas se amoldam perfeitamente a tal previsão, de forma que as mesmas devem integrar os salários-de-contribuição utilizados no período básico de cálculo para apuração da renda mensal inicial do benefício.

2. A ausência de integração da autarquia previdenciária a lide trabalhista não impede o direito do segurado rever o cálculo do benefício.

3. Cabe ao empregador demonstrar a regularidade dos recolhimentos das contribuições devidas pelo empregado, sob pena de sofrer as penalidades cabíveis pela legislação previdenciária, e ao INSS à fiscalização de toda a documentação apresentada por ambos.

4. Legítimo o pedido da parte autora visando à condenação da autarquia previdenciária a revisar a renda mensal inicial do benefício, mediante a inclusão das verbas

reconhecidas em reclamação trabalhista nos salários-de-contribuição.
5. A prescrição quinquenal alcança as prestações não pagas e nem reclamadas na época própria, não atingindo o fundo de direito. Dessa forma, estão prescritas as parcelas devidas e não reclamadas no período anterior aos 5 (cinco) anos que precedem ao ajuizamento da ação.
6. As prestações em atraso e o valor do benefício serão resolvidos em fase de liquidação de sentença, observados os limites estabelecidos pelos tetos legais.
7. Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o decidido pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 870.947/SE, em Repercussão Geral, em 20/09/2017, Rel. Min. Luiz Fux, adotando-se no tocante à fixação dos juros moratórios o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e quanto à atualização monetária, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).
8. Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados nos termos do artigo 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil/2015, observado o disposto na Súmula 111 do STJ.
9. Apelação do INSS e Reexame necessário parcialmente providos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Proposta ação revisional de benefício previdenciário, objetivando a revisão da renda mensal da aposentadoria por tempo de serviço (NB 128.545.972-2/41), mediante a inclusão de verbas salarias e seus reflexos, obtidas na reclamação trabalhista nº 1222/95, nos salários-de-contribuição utilizados no período básico de cálculo, sobreveio a r. sentença de procedência do pedido, condenando-se o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder ao recálculo da renda mensal inicial da aposentadoria, considerando as verbas salariais concedidas através da reclamação trabalhista, no período básico de cálculo, com o pagamento das diferenças referentes às prestações em atraso, observada a prescrição quinquenal anterior à citação, acrescidas de honorários advocatícios de 10% das prestações devidas.

Inconformada, o INSS interpôs recurso de apelação, sustentando, preliminarmente, a nulidade da sentença por julgamento "extra petita" e a falta de interesse de agir em razão da ausência de prévio requerimento administrativo e, no mérito, alega a ineficácia da decisão da justiça do trabalho, inexistência de início de prova material, ausência de comprovação de recolhimento de contribuições previdenciárias, bem como, eventualmente, requer a fixação do termo inicial da revisão na data da intimação da juntada da conta de liquidação trabalhista ou na data da citação e aplicação da Súmula nº 111 do STJ.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Inicialmente, mostra-se cabível o reexame necessário, nos termos da Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

> A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Não há falar, por sua vez, em falta de interesse de agir por ausência de requerimento administrativo prévio, pois o Colendo Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 631240, com repercussão geral reconhecida, no dia 03/09/2014, decidiu não haver necessidade de formulação de pedido administrativo prévio para que o segurado ingresse judicialmente com pedidos de revisão de benefício, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato, o que não se verifica na hipótese em tela.

A propósito, trago à colação o referido acórdão:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.
> 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
> 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.
> 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
> 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
> 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
> 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii)

ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. *(RE nº 631240, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, j. 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07/11/2014 PUBLIC 10/11/2014).*

Conforme se vê, a parte autora tem interesse processual, pois, além de utilizar-se da ação adequada, é evidente a utilidade do pedido, principalmente porque o acesso ao Judiciário não está condicionado ao prévio requerimento ou exaurimento da via administrativa, consoante dispõe o inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, a pacífica jurisprudência do STF, do STJ e precedentes desta Corte Regional.

Quanto ao pedido de anulação da sentença, depreende-se da petição inicial que a parte autora postulou a revisão do benefício de aposentadoria por idade, mediante o recálculo do benefício conforme os valores apurados na reclamação trabalhista. Na sentença, entretanto, foi analisada a questão como posta nos autos na fundamentação, porém, no dispositivo, o juízo "a quo" condenou o INSS ao "pagamento de pensão por aposentadoria nos termos pleiteados" (fl. 141).

Pelo princípio da adstrição do julgamento ao pedido, a lide deve ser julgada nos limites em que foi posta (artigos 141 e 492 do novo CPC), sob pena de se proferir julgamento *citra petita*, *extra petita* ou *ultra petita*.

No caso em análise, resta configurada a nulidade da sentença, uma vez que houve a condenação do INSS ao pagamento de "pensão por aposentadoria" e não tal como formulado na petição inicial, e, conforme acima mencionado, o juiz está adstrito ao pedido e à causa de pedir, para acolhê-lo ou rejeitá-lo, sendo esta a razão do brocardo "ne procedat iudex vel ultra vel extra petita partium".

Embora nula a sentença, não é o caso de se restituir os autos à primeira instância para que outra seja prolatada, podendo a questão ventilada nos autos ser imediatamente apreciada pelo Tribunal, incidindo, na espécie, a regra do § 3º, inciso II, do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil.

Superada esta questão, passa-se ao exame e julgamento do mérito.

A redação originária do inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.212/91 - Plano de Custeio da Previdência Social, dispunha que o salário-de-contribuição, para o empregado, é entendido

como a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 8º e respeitados os limites dos §§ 3º, 4º e 5º deste artigo.

Nesse sentido, respeitados os limites estabelecidos, a legislação previdenciária considera, para o cálculo da renda mensal inicial, os ganhos habituais, quer sob a forma de salário fixo, quer sob a forma de utilidades, e as parcelas trabalhistas, com seus reflexos, pagas em face de reclamação trabalhistas se amoldam perfeitamente a tal previsão, de forma que as mesmas devem integrar os salários-de-contribuição utilizados no período básico de cálculo para apuração da renda mensal inicial do benefício da parte autora.

Tal entendimento encontra respaldado nos seguintes precedentes jurisprudenciais:

> As parcelas trabalhistas reconhecidas em sentença trabalhista após a concessão do benefício, sobre os quais foram recolhidas as contribuições previdenciárias correspondentes, devem integrar os salários-de-contribuição utilizados no período-base de cálculo, com vista à apuração da nova renda mensal inicial, com integração daquelas parcelas.
> Recurso desprovido.
> *(REsp nº 720340/MG, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, j. 07/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 472);*
>
> As parcelas - diferenças salariais, adicional noturno, horas-extras, 13º salário, anuênio e gratificação de retorno de férias -, reconhecidas em sentença da Justiça do Trabalho, derivadas de relação empregatícia anterior à data de início do benefício, devem integrar a revisão da renda mensal inicial, pois afetam tanto os salários-de-contribuição incluídos no período básico de cálculo, como o tempo de serviço considerado para a concessão do benefício. Precedentes da Corte.
> *(TRF-1ª R.; AC-Proc. nº 199801000242140/MG, Relator Juiz Federal Convocado ANTONIO CLAUDIO MACEDO DA SILVA, j. 30/09/2003, DJ 05/02/2004, p. 35);*
>
> O êxito do segurado em reclamatória trabalhista, no que pertine ao reconhecimento de diferenças salariais (horas extras e adicional de periculosidade), atribui-lhe o direito de postular a revisão dos salários-de-contribuição componentes do período básico de cálculo do benefício.
> *(TRF-4ª R., AC-Proc. nº 200271120068670/RS, Relator Desembargador Federal JOSÉ BATISTA PINTO SILVEIRA, j. 22/06/2005, DJ 06/07/2005, p. 781);*
>
> Reconhecida a prescrição qüinqüenal. Inclui-se no cálculo dos salários-de-contribuição do benefício parcelas reconhecidas como devidas a título de horas extras pela Justiça do Trabalho.
> *(TRF-4ª R., AC-Proc. nº 9404170666/RS, Relatora Desembargadora Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, j. 16/04/1996, DJ 05/06/1996, p. 38445).*

Há de se ressaltar que a ausência de integração da autarquia previdenciária à lide trabalhista não impede o direito da parte autora rever o cálculo de seu benefício. Neste sentido, confira-se:

> O fato de o INSS não ter participado da lide trabalhista e a dúvida quanto à natureza das parcelas pleiteadas judicialmente (se integrante ou não do salário-de-contribuição, a teor do disposto no art. 28 da Lei 8.212/91), não impedem a inclusão do valor reconhecido pela Justiça Obreira no cálculo do salário-de-benefício porque houve recolhimento da contribuição previdenciária.
> *(TRF-4ª Região, AC-Proc. nº 200101000304188/MG, Relator Desembargador Federal LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA, j. 14/12/2004, DJ 1/04/2005, p. 30)*

Da mesma forma, cabe ao empregador demonstrar a regularidade dos recolhimentos das contribuições devidas pelo empregado, sob pena de sofrer as penalidades cabíveis pela legislação previdenciária, e ao INSS a fiscalização de toda a documentação apresentada por ambos. Ao empregado não pode ser imputada qualquer pena por erro cometido pelo seu empregador. Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> 1. O salário-de-benefício do empregado deve ser calculado com base nas contribuições devidas, ainda que não recolhidas pelo empregador, que poderá sofrer a respectiva cobrança e estará sujeito às penalidades cabíveis.
> 2. Este E. Tribunal tem entendido reiteradamente que, quando se trata de empregado, o dever legal de recolher as contribuições é do empregador. Caso não tenha sido efetuado tal recolhimento, é este quem deve ressarcir o INSS e não o empregado, não podendo este último ser penalizado por uma desídia que não foi sua.
> *(TRF-3ª R., AC-Proc. nº 94030296780/SP, Relatora Desembargadora Federal SYLVIA STEINER, j. 30/04/2002, DJ 28/06/2002, p. 547).*

A não inclusão das referidas verbas salariais, com seus reflexos, nos salários-de-contribuição na época dos fatos, não transfere ao empregado a responsabilidade pelo ato cometido por tais empregadores quanto ao seu pagamento, bem como ao recolhimento das contribuições em época própria. O direito já integrava o patrimônio do segurado, dependia apenas de sua declaração pela Justiça do Trabalho. O efeito da declaração é "ex tunc". O INSS, na hipótese, não está sendo penalizado, mas apenas compelido a arcar com o pagamento dos valores efetivamente devidos.

No mais, o reconhecimento do vínculo empregatício pela Justiça do Trabalho, a condenação do empregador ao pagamento das verbas trabalhistas e ao recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes ao período reconhecido mantém o equilíbrio atuarial e financeiro previsto no art. 201 da Constituição da República, tornando-se impossível a autarquia não ser atingida pelos efeitos reflexos da coisa julgada produzida naquela demanda, mesmo em caso de acordo.

Portanto, é legítimo o pedido da parte autora visando à condenação da autarquia previdenciária a revisar a renda mensal inicial do seu benefício, mediante a inclusão das parcelas trabalhistas, com seus reflexos, reconhecido em reclamação trabalhista nos salários-de-contribuição utilizados no período básico de cálculo, desde a data do início do benefício, em 07/01/2003 (fls. 22), cuja apuração do salário-de-benefício deve observar os dispostos nos artigos 29 e 31 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original.

No que se refere ao termo inicial, de rigor a fixação na data do início do benefício, já que o deferimento da ação revisional representa o reconhecimento tardio de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, não obstante a comprovação posterior do salário de contribuição.

Conforme ementa a seguir transcrita, é nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AÇÃO TRABALHISTA. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL APÓS SENTENÇA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. EFEITOS FINANCEIROS RETROATIVOS À DATA DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.
> (...)
> 2. O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão deve retroagir à data da concessão do

benefício, uma vez que o deferimento da ação revisional representa o reconhecimento tardio de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, não obstante a comprovação posterior do salário de contribuição.
3. Recurso Especial provido.
(REsp 1637856/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 02/02/2017)

Por sua vez, a prescrição quinquenal alcança as prestações não pagas e nem reclamadas na época própria, não atingindo o fundo de direito. Dessa forma, estão prescritas as parcelas devidas e não reclamadas no período anterior aos 5 (cinco) anos que precedem ao ajuizamento da ação.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o decidido pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 870.947/SE, em Repercussão Geral, em 20/09/2017, Rel. Min. Luiz Fux, adotando-se no tocante à fixação dos juros moratórios o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e quanto à atualização monetária, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados nos termos do artigo 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil/2015, observado o disposto na Súmula 111 do STJ.

A autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar as custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS E AO REEXAME NECESSÁRIO, tido por interposto, PARA ANULAR A SENTENÇA, em face de sua natureza "extra petita", e, aplicando o disposto no inciso II do § 3º do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DA PARTE AUTORA, para determinar a revisão do benefício, mediante o recálculo da renda mensal inicial da aposentadoria, considerando as verbas salariais concedidas em reclamação trabalhista, com pagamento das diferenças devidas, observada a prescrição quinquenal, acrescidas de juros de mora e correção monetária e honorários advocatícios, na forma da fundamentação adotada.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0028942-95.2015.4.03.0000
(2015.03.00.028942-6)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: JOSÉ APARECIDO DE FREITAS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AR 10887
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2017

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. ARTIGO 485, IX, CPC/1973. TEMPO DE SERVIÇO RURAL CONTADO EM DUPLICIDADE A PERÍODO COMUM. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL MANTIDA. RETIFICAÇÃO DA DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO.
1. Tempo de serviço contado em duplicidade, porquanto considerado período de trabalho rural abarcado por tempo de serviço exercido em outro local. Erro de fato verificado.
2. Com efeito, o eminente Relator da apelação, realmente, equivocou-se ao considerar em duplicidade o período de trabalho rural de 31.12.1979 a 01.08.1985 com o período trabalhado pelo requerido na empresa "Granja Eldorado" no interregno de 07.02.1979 a 01.08.1989, período este que abarca aquele primeiro, de modo que restaram somados indevidamente em favor do segurado 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 2 (dois) dias de tempo de serviço (fl. 129).
3. Dessa forma, correta a alegação da autarquia, devendo o período rural de 31.12.1979 a 01.08.1985 ser excluído da contagem de tempo de serviço, resultando, assim, pouco mais de 28 (vinte e oito) anos trabalhados, insuficientes ao deferimento da aposentadoria por tempo de serviço proporcional concedida ao requerido.
4. Contudo, deixou a autarquia de informar que após 15/12/1998 o segurado JOSÉ APARECIDO DE FREITAS continuou trabalhando na empresa "RAPIDO LUXO", de 16/12/1998 a 28/02/2007, e na empresa QUALITAT TRANSPORTES, de 01/09/2007 a 22/06/2012, resultando, assim, em mais de quarenta anos de tempo de serviço - conforme tabela de cálculo fl. 196 e CNIS de fls. 197/201 -, suficiente, pois, ao cumprimento do requisito temporal previsto na E.C nº 20/1998 - mais de trinta anos de serviço, para fins de aposentadoria proporcional -, norma de transição essa que lhe é aplicável, já que antes da sua entrada em vigência não completara o requerido o tempo necessário à aposentadoria proporcional - 30 anos de serviço -, previsto no artigo 53, inciso II, da Lei nº 8.213/91.
5. Retificação, porém, da data de início do benefício para 25.08.2013, momento em que o segurado completou 53 anos de idade, e, portanto, implementou todos os requisitos legais à obtenção da aposentadoria em questão.
6. Considerando que o réu implementou quarenta e um anos, um mês e dezoito dias de tempo de serviço - conforme tabela de cálculo de fl. 196 e CNIS de fls. 197/201 -, e na petição inicial da ação subjacente pleiteou aposentadoria por tempo de serviço integral (fls. 12/18), conclui-se que ele também faz jus à aposentadoria integral por tempo de serviço/contribuição, devendo ser-lhe oportunizado optar pelo melhor be-

nefício, isto é, entre a aposentadoria proporcional e a integral concedidas.
7. A DIB deve ser fixada em 03.11.2005, data em que o ora requerido completou 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço/contribuição.
8. Ação rescisória procedente. Aposentadoria proporcional mantida, com retificação da data de início do benefício.
9. Concedida aposentadoria integral por tempo de serviço, deferindo-se ao requerido o direito de opção pelo melhor benefício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo rescindendo, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do CPC/1973, julgar procedente a presente ação rescisória, a fim de rescindir a coisa julgada formada nos autos subjacentes, e, em juízo rescisório, manter a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de serviço, retificando-se, porém, a data de início do benefício para 25.08.2013, bem como conceder ao requerido aposentadoria integral por tempo de serviço, com DIB em 03.11.2005, facultando-lhe optar pelo melhor benefício, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de setembro de 2017.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo INSS em face de V. Acórdão da Sétima Turma deste E. Tribunal, transitado em julgado em 11.09.2014 (fls. 180), que negou seguimento à apelação e ao agravo retido interpostos pelo INSS, mantendo, pois, a r. sentença concessiva de aposentadoria por tempo de serviço em favor de JOSÉ APARECIDO DE FREITAS.

Alega a autarquia, em síntese, erro de fato no V. Acórdão, porquanto computados períodos em duplicidade, isto é, que o período de trabalho rural reconhecido, de 31.12.1979 a 01.08.1985, está abarcado no período trabalhado pelo segurado na empresa GRANJA ELDORADO, de 07.02.1979 a 01.08.1985.

Argumenta que em razão da contagem em duplicidade o ora requerido perfaz apenas 28 anos, 01 mês e 13 dias de tempo de serviço, insuficiente, pois, ao deferimento da aposentadoria proporcional concedida.

Requereu, outrossim, a concessão da tutela antecipada, a fim de que fosse determinada a suspensão da execução e do pagamento do benefício. Ao final, pleiteou a rescisão do julgado, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do CPC/1973, reconhecendo-se que o requerido possui apenas 28 anos, 01 mês e 13 dias de tempo de serviço, até a data da EC nº 20/1998, insuficiente à concessão da aposentadoria deferida.

Com a inicial vieram documentos.

Por decisão de fls. 194/195 deferi parcialmente o pedido de tutela antecipada, determinando-se a suspensão da execução dos valores em atraso no feito subjacente, até final julgamento desta ação, mantido, porém, o pagamento mensal ao segurado da aposentadoria por tempo de

serviço proporcional concedida.

Devidamente citado (fl. 207), o requerido deixou de ofertar contestação.

Tratando-se a matéria em debate exclusivamente de direito, determinei a abertura de vista ao "Parquet" Federal para parecer.

Em manifestação de fls. 212/213, a Procuradoria Regional da República opinou pela parcial procedência da ação rescisória, tão somente para que seja alterado o termo inicial do benefício para o dia 25.08.2013, data em que o segurado completou 53 (cinquenta e três) anos de idade.

É o relatório.

Peço dia.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Por primeiro, verifico a tempestividade desta ação rescisória, pois o trânsito em julgado na ação subjacente deu-se em 11.09.2014 (fls. 180), e a inicial da presente ação foi distribuída aos 04.12.2015, dentro, pois, do prazo decadencial de dois anos previsto no artigo 495 do CPC/1973.

Passo ao mérito.

De acordo com a r. sentença de primeiro grau (fls. 94/96), mantida por esta E. Corte, foi concedida à parte ré aposentadoria proporcional por tempo de serviço, considerando-se o tempo de trabalho rural de 31.12.1979 a 01.08.1985, somado aos demais períodos comuns e especiais trabalhados até 15.12.1998, totalizando 34 (trinta e quatro) anos e 1 (um) mês de tempo de serviço, conforme tabela de cálculo de fl. 129, parte integrante do julgado deste Tribunal de fls. 122/128.

Ocorre, porém, que o eminente Relator da apelação, realmente, equivocou-se ao considerar em duplicidade o período de trabalho rural de 31.12.1979 a 01.08.1985 com o período trabalhado pelo requerido na empresa "Granja Eldorado" no interregno de 07.02.1979 a 01.08.1989, período este que abarca aquele primeiro, de modo que restaram somados indevidamente em favor do segurado 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 2 (dois) dias de tempo de serviço (fl. 129).

Dessa forma, correta a alegação da autarquia, devendo o período rural de 31.12.1979 a 01.08.1985 ser excluído da contagem de tempo de serviço, resultando, assim, pouco mais de 28 (vinte e oito) anos trabalhados, insuficientes ao deferimento da aposentadoria por tempo de serviço proporcional concedida ao requerido.

Dessa forma, o juízo rescindendo é procedente, à luz do artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil/1973, porquanto houve *erro de fato* na consideração do período rural supracitado, contado em duplicidade ao período trabalhado pelo requerido na empresa "Granja Eldorado" no interregno de 07.02.1979 a 01.08.1989.

Não obstante, no tocante ao pedido rescisório, não há falar-se em improcedência da ação originária por insuficiência de tempo de serviço/contribuição, devendo ser retificada tão somente a data de início do benefício.

Com efeito, em que pese correta a argumentação da requerente, no sentido de ter havido contagem em duplicidade - conforme já fundamentado e também está expresso no julgado rescindendo e na planilha de fl. 129 -, certo é que a ora autora deixou de informar em sua petição

inicial dados imprescindíveis ao deslinde da presente ação, relacionadas ao direito material em discussão no feito subjacente.

De fato, deixou a autarquia de informar que após 15/12/1998 o segurado JOSÉ APARECIDO DE FREITAS continuou trabalhando na empresa "RAPIDO LUXO", de 16/12/1998 a 28/02/2007, e na empresa QUALITAT TRANSPORTES, de 01/09/2007 a 22/06/2012, resultando, assim, em mais de quarenta anos de tempo de serviço - *conforme tabela de cálculo fl. 196 e CNIS de fls. 197/201* -, suficiente, pois, ao cumprimento do requisito temporal previsto na E.C nº 20/1998 - mais de trinta anos de serviço, para fins de aposentadoria proporcional -, norma de transição essa que lhe é aplicável, já que antes da sua entrada em vigência não completara o requerido o tempo necessário à aposentadoria proporcional - 30 anos de serviço -, previsto no artigo 53, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

Aplicáveis, portanto, ao requerido as normas da E.C. 20/98, no que concerne, porém, ao requisito idade - *imprescindível, "in casu", em razão de se tratar de aposentadoria proporcional com requisitos preenchidos após 15.12.1998* -, considerando a data de nascimento do segurado, em 25/08/1960 (fls. 19/22), tem-se que completou 53 anos apenas em 25/08/2013, ou seja, no decorrer da ação subjacente, de maneira que a data do início do benefício determinada na r. sentença "a quo", como sendo a citação (fl. 96), evidentemente resultou equivocada, em face do erro de fato relacionado à contagem em duplicidade, apontado na presente ação rescisória.

Dessa forma, deve ser mantida a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de serviço, retificando-se, porém, a data de início do benefício para 25.08.2013, momento em que o segurado completou 53 anos de idade, e, portanto, implementou todos os requisitos legais à obtenção da aposentadoria em questão.

Por fim, considerando que o réu, como visto, implementou quarenta e um anos, um mês e dezoito dias de tempo de serviço - *conforme tabela de cálculo de fl. 196 e CNIS de fls. 197/201* -, e na petição inicial da ação subjacente pleiteou aposentadoria por tempo de serviço *integral* (fls. 12/18), conclui-se que ele também faz jus à aposentadoria integral por tempo de serviço/contribuição, devendo ser-lhe oportunizado optar pelo melhor benefício, isto é, entre a aposentadoria proporcional e a integral concedidas.

Data de início da aposentadoria integral - DIB: verifico que no feito subjacente a citação do INSS ocorreu em 17.05.2002 (fl. 53), sendo que o segurado apenas completou trinta e cinco anos de tempo de serviço/contribuição em 03.11.2005, ou seja, no decorrer da ação subjacente.

Assim, *a DIB deve ser fixada em 03.11.2005*, data em que o ora requerido completou 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço/contribuição.

Ante o exposto, em juízo rescindendo, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do CPC/1973, julgo procedente a presente ação rescisória, a fim de rescindir a coisa julgada formada nos autos subjacentes, e, em juízo rescisório, mantenho a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de serviço, retificando-se, porém, a data de início do benefício para 25.08.2013, bem como concedo ao requerido aposentadoria integral por tempo de serviço, com DIB em 03.11.2005, facultando-lhe optar pelo melhor benefício, nos termos da fundamentação supra.

Condeno a parte ré nas custas e em honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (hum mil reais), nos termos do artigo 85 do CPC/2015.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0018152-18.2016.4.03.0000
(2016.03.00.018152-8)

Agravante: RENATO CARDOSO DE SOUZA (incapaz)
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ITAPIRA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: AI 589243
Disponibilização do Acordão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/11/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, INC. II, DO CPC/2015). BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LOAS. DEFICIENTE MENTAL. EXCLUSÃO DO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO RECEBIDO PELO GENITOR A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA CÔMPUTO DA RENDA MENSAL DO REQUERENTE. REFORMA DO JULGADO.
I. Incidente de juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, inc. II, do CPC/2015).
II. O Colendo Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática de recursos repetitivos, no julgamento do Recurso Especial nº 1.355.052/SP, pacificou a jurisprudência no sentido de que benefício previdenciário recebido pelo genitor do requerente no valor de um salário mínimo deve ser excluído do cômputo da renda mensal familiar.
III. No caso dos autos, excluída a aposentadoria auferida pelo genitor do requerente, resta evidenciado que a renda familiar não é suficiente para custear os gastos familiares. Estado de hipossuficiência econômica comprovado. Preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC. Caráter alimentar da benesse. Tutela de urgência concedida.
IV. Agravo de Instrumento da parte autora provido. Acórdão reformado.

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, *em sede de juízo de retratação, dar provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte autora*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de outubro de 2017.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de ação ajuizada por *Renato Cardoso de Souza* em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com vistas à concessão de benefício assistencial, previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal.

Na sessão de julgamento realizada aos 24.04.2017, a Oitava Turma deste Tribunal, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte autora, a

fim de manter o indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela para viabilizar a imediata implantação do benefício assistencial (fls. 116/120).

Em face deste decisório, a parte autora interpôs Recurso Especial (fls. 123/127), sustentando o implemento dos requisitos legais necessários à concessão da benesse almejada.

Em sede de juízo de admissibilidade, a E. Vice-Presidência desta Corte determinou o retorno dos autos a esta C. Turma, para os fins do artigo 1.040, inc. II, do CPC/2015, à vista do julgamento do Recurso Especial nº 1.355.052/SP (fls. 131/131vº).

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

As Leis nºs 11.418/2006 e 11.672/2008 alteraram a sistemática dos recursos dirigidos às Cortes Superiores, introduzindo o pressuposto atinente a repercussão geral da matéria, além da disciplina para julgamento de recursos repetitivos.

Essas alterações abrem a via extraordinária apenas para as causas com relevância econômica, política, social ou jurídica, afastando os julgamentos com interesses meramente individuais, cingidos aos limites subjetivos da causa.

Ao mesmo tempo, a nova sistemática obsta a inútil movimentação judiciária, para deslinde de feitos meramente repetitivos, ao possibilitar a extensão do julgamento de mérito a recursos fundamentados na mesma controvérsia.

Nessa última hipótese, os recursos pendentes de admissibilidade nos Tribunais inferiores devem retornar às Turmas Julgadoras, para eventual retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º e 543-C, § 7º, inc. II, do CPC/1973 (atual art. 1.040, inc. II, do CPC/2015).

Na hipótese dos autos, foi invocado o Recurso Especial nº 1.355.052/SP como representativo da controvérsia.

A questão cinge-se à comprovação do requisito da miserabilidade para fins de deferimento da tutela antecipada prevista no art. 300 do CPC/2015, viabilizando a imediata implantação do benefício assistencial.

In casu, analisando a decisão recorrida, verifico ser hipótese de retratação, nos termos que seguem:

O benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias. Neste aspecto está o lastro social do dispositivo inserido no art. 203, inc. V, da Constituição Federal, que concretiza princípios fundamentais, tais como o de respeito à cidadania e à dignidade humana, ao preceituar o seguinte:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:
> (...)
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

De outro giro, os arts. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011, e o art. 34, da Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de 2003 rezam, *in verbis*:

> Art. 20. O Benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.
> § 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda "per capita" seja inferior a ¼ do salário mínimo.
>
> Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1(um) salário-mínimo, nos termos da Lei da Assistência Social - Loas.
> Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

O apontado dispositivo legal, aplicável ao idoso, procedeu a uma forma de limitação do mandamento constitucional, eis que conceituou como pessoa necessitada, apenas, aquela cuja família tenha renda inferior à 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, levando em consideração, para tal desiderato, cada um dos elementos participantes do núcleo familiar, exceto aquele que já recebe o benefício de prestação continuada, de acordo com o parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 10.741/2003.

De mais a mais, a interpretação deste dispositivo legal na jurisprudência tem sido extensiva, admitindo-se que a percepção de benefício assistencial, ou mesmo previdenciário com renda mensal equivalente ao salário mínimo, seja desconsiderada para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/93.

Ressalte-se, por oportuno, que os diplomas legais acima citados foram regulamentados pelo Decreto nº 6.214/07, o qual em nada alterou a interpretação das referidas normas, merecendo destacamento o art. 4º, inc. VI e o art. 19, *caput* e parágrafo único do referido decreto, *in verbis*:

> Art. 4º Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:
> (...)
> VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos, auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios da previdência pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.
>
> Art 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.
> Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

A inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art. 20 da mencionada Lei nº 8.742/93 foi arguida na ADIN nº 1.232-1/DF que, pela maioria de votos, do Plenário do Supremo Tribunal

Federal, foi julgada improcedente. Para além disso, nos autos do agravo regimental interposto na reclamação nº 2303-6, do Rio Grande do Sul, interposta pelo INSS, publicada no DJ de 01.04.2005, p. 5-6, Rel. Min. Ellen Gracie, o acórdão do STF restou assim ementado:

> RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E IDOSO. ART. 203. CF.
> - A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1232.
> - Reclamação procedente.

Evidencia-se que o critério fixado pelo § 3º do art. 20 da LOAS é o único apto a caracterizar o estado de necessidade indispensável à concessão da benesse em tela. Em outro falar, aludida situação de fato configuraria prova inconteste de necessidade do benefício constitucionalmente previsto, de modo a tornar dispensável elementos probatórios outros.

Assim, deflui dessa exegese o estabelecimento de presunção objetiva absoluta de estado de penúria ao idoso ou deficiente cuja partilha da renda familiar resulte para si montante inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Não se desconhece notícia constante do Portal do Supremo Tribunal Federal, de que aquela Corte, em recente deliberação, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais em voga (Plenário, na Reclamação nº 4374, e Recursos Extraordinários - REs nº 567985 e nº 580963, estes com repercussão geral, em 17 e 18 de abril de 2013, reconhecendo-se superado o decidido na ADI nº 1.232-DF), do que não mais se poderá aplicar o critério de renda *per capita* de ¼ do salário mínimo para fins de aferição da miserabilidade.

Em outras palavras: deverá sobrevir análise da situação de hipossuficiência porventura existente, consoante à renda informada, caso a caso.

In casu, a despeito do posicionamento adotado por esta E. Corte, forçoso considerar que há nos autos prova inequívoca do alegado estado de miserabilidade do requerente, circunstância apta a ensejar a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada.

Isso porque, depreende-se dos autos que o requerente, portador de retardo mental grave (CID10-F72) e, portanto, absolutamente incapaz de exercer qualquer atividade profissional e/ou praticar os atos da vida civil (interdição judicial - fls. 44/45), reside apenas com os seus genitores que, por sua vez, ostentam renda mensal no importe de R$ 948,00 (novecentos e quarenta e oito reais), oriundos da aposentadoria auferida por seu genitor.

Nesse contexto, *excluindo-se do valor do benefício percebido pelo genitor do requerente,* no valor de um salário mínimo, não restaria renda suficiente para a manutenção da família, haja vista a informação no sentido de que os gastos mensais ultrapassam o valor de R$ 447,57 (quatrocentos e quarenta e sete reais e cinquenta e sete centavos).

Insta salientar que ao contrário do entendimento adotado anteriormente por este Relator, forçoso considerar que a simples informação no sentido de que a família do requerente ostentou um gasto de R$ 145,92 (cento e quarenta e cinco reais e noventa e dois centavos), na competência de dezembro/2015, em virtude de uma conta de telefone fixo, por si só, não tem o condão de inviabilizar por completo a caracterização do alegado estado de miserabilidade, posto que sequer há nos autos elementos de convicção que permitam concluir pela continuidade do mencionado serviço na forma como descrita no demonstrativo de fl. 81.

No mais, faz-se necessário salientar que os outros gastos informados pelo requerente, incluindo-se, as prestações firmadas perante o estabelecimento *Farmácia Santa Cruz de Itapira Ltda.* (fls. 87/89), indicam a hipossuficiência econômica da parte autora e, por consequência,

o *periculum in mora* da negativa de implantação da benesse, dado o seu caráter alimentar.

Neste diapasão, comprovados pela parte autora todos os requisitos necessários, faz ela jus à antecipação dos efeitos da tutela, devendo ser reformado o julgado na íntegra.

Pelas razões expostas, em sede de juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, inc. II, do CPC, *dou provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte autora,* reformando o *decisum* de fls. 116/120.

Retornem os autos à Vice Presidência.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0031110-12.2016.4.03.9999
(2016.03.99.031110-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: VALÉRIA APARECIDA DOURADO DA SILVA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PEREIRA BARRETO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: ApReeNec 2189414
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. INCAPACIDADE PARCIAL. DOENÇAS. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. FAMÍLIA. APELAÇÃO PROVIDA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. PEDIDO IMPROCEDENTE.
- Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93, regulamentado, atualmente, pelos Decretos nº 6.214/2007 e 7.617/2011.
- Essa lei deu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 20, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar a miserabilidade ou a hipossuficiência, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.
- Quanto ao requisito subjetivo, consta do muito bem fundamentado laudo médico pericial (f. 78/91) que a autora sofre de síndrome convulsiva (CID10 G40, não refratária a medicamentos), tendo realizado mastectomia em 2012, submetendo-se posteriormente a radioterapia e quimioterapia. Também tem linfedema em membro superior esquerdo (CID10 C50), decorrente de esvaziamento cervical.
- Contudo, o perito concluiu que a autora só está incapacitada para atividades pesadas, como de faxineira e rurícola. Também salienta que a autora não faz tratamento adequado, pois não faz fisioterapia e terapia ocupacional. Também concluiu o perito que a autora não está incapacitada para a vida independente.
- Quem não se submete a tratamento adequado não possui legitimidade para buscar benefício assistencial. Não há elementos científicos ou fáticos nos autos aptos a infirmarem as conclusões do perito, de modo que, forçoso é concluir, a autora não sofre segregação típica da sofrida pelas pessoas portadoras de deficiência.
- A parte autora sofre de *doenças*, sequer geradora de invalidez, mas de qualquer forma o risco social deve ser coberto pela previdência social, mediante pagamento de contribuições, na forma dos artigos 201, *caput* e inciso I, da Constituição Federal.
- Ademais, quanto à hipossuficiência econômica, o estudo social revela que a autora vive com o marido, pedreiro autônomo que declarou receber renda mensal de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), segundo ele variável. Também vive com o casal a filha Laís, nascida em 23/11/2000, já em idade laborativa. Vivem em casa alugada, de sete cômodos, guarnecida por móveis em bom estado de conservação (f. 146/149).
- No caso, mesmo se seguindo a orientação do RE nº 580963 (repercussão geral - vide

supra), seguindo o qual o critério legal não é "taxativo", não se pode concluir pela hipossuficiência da parte autora, para fins assistenciais, por tem acesso aos mínimos sociais e não está em situação de vulnerabilidade. Trata-se de renda mensal *per capita* superior a ½ (meio) salário mínimo. Consta ainda que a autora possui outros filhos, tendo dado à luz seis deles (f. 80), todos com obrigação de prestar alimentos à luz do artigo 229 da Constituição Federal.
- O dever de sustento não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido somente quando o sustento não poder ser provido pela família.
- Não cabe ao Estado substituir as pessoas em suas respectivas obrigações legais, mesmo porque os direitos sociais devem ser interpretados do ponto de vista da sociedade, não do indivíduo.
- Benefício assistencial indevido.
- Invertida a sucumbência, condena-se a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de outubro de 2017.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Cuida-se de recurso interposto em face da r. sentença, que julgou procedente pedido de concessão de benefício de amparo social à parte autora, desde a data do requerimento administrativo, discriminados os consectários, submetida ao reexame necessário.

Nas razões, o INSS visa à reforma do julgado alegando ausência de deficiência e miserabilidade. Impugna consectários.

Contrarrazões apresentadas.

Subiram os autos a esta egrégia Corte.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento parcial do apelo.

Após cassada a tutela por este relator, as partes e o Ministério Público Federal foram intimados e, nada requereram.

Às f. 231/257 a parte autora apresenta documentos médicos e requer o restabelecimento do benefício cassado, bem como sua manutenção em caráter definitivo.

Em suma, o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Preambularmente, não conheço da remessa oficial, por ter sido proferida a sentença na vigência do Novo CPC, cujo artigo 496, § 3º, I, afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação for inferior a 1000 (mil) salários-mínimos. No presente caso, a toda evidência não se excede esse montante.

Conheço da apelação em razão da satisfação de seus requisitos.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do *benefício assistencial de prestação continuada* previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93, regulamentado, atualmente, pelos Decretos nº 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei deu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 20, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante *portador de deficiência ou idoso* e, em ambas as hipóteses, comprovar a *miserabilidade ou a hipossuficiência*, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Hipossuficiência ou miserabilidade

O critério da miserabilidade do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação. Deve-se verificar, na questão *in concreto*, a ocorrência de situação de pobreza - entendida como a de falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial -, a fim de se concluir por devida a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Logo, a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a Lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova, conforme precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 435.871, 5ª Turma Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/9/2002, DJ 21/10/2002, p. 61, REsp nº 222.764, STJ, 5ªT., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/2/2001, DJ 12/3/2001, p. 512; REsp nº 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/2/2000, p. 163).

O próprio Supremo Tribunal Federal recentemente reviu seu posicionamento ao reconhecer que o requisito do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/93 não pode ser considerado taxativo (STF, RE nº 580963, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

A decisão concluiu que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos que, embora o limite legal de renda per capita seja ultrapassado, evidenciam um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não só das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais voltados a famílias carentes, considera pobres aqueles com renda mensal *per*

capita de até meio salário-mínimo (nesse sentido, a Lei nº 9.533, de 10/12/97 - regulamentada pelos Decretos nº 2.609/98 e 2.728/99; as Portarias nº 458 e 879, de 3/12/2001, da Secretaria da Assistência Social; o Decreto nº 4.102/2002; a Lei nº 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Ressalte-se que o critério do meio salário mínimo foi estabelecido para outros benefícios diversos do amparo social. Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 como absoluto e único para a aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Vale dizer, não se pode tomar como "taxativo" o critério do artigo 20, § 3º, da LOAS, mesmo porque toda regra jurídica deve pautar-se na realidade fática. Entendo pessoalmente que, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou terceiros etc.

Sendo assim, pode-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como por exemplo:

a) todos os que recebem renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis;

b) nem todos que percebem renda familiar *per capita* superior a ¼ e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis;

c) nem todos que percebem renda familiar *per capita* superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis;

d) todos que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Vamos adiante.

Para se apurar se a renda *per capita* do requerente atinge, ou não, o âmbito da hipossuficiência, faz-se mister abordar o conceito de *família*.

O artigo 20 da Lei nº 8.742/93 estabelecia, ainda, para efeitos da concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei nº 8.213/91, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei nº 12.435, vigente desde 7/7/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, estabelecendo que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela 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.

Idosos e pessoas com deficiência

Na hipótese de postulante *idoso*, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei nº 9.720/98, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03).

No que se refere ao conceito de *pessoa portadora de deficiência* - previsto no § 2º da Lei nº 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 13.146/2015 -, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ratificou-se o entendimento consolidado nesta Corte de que o rol previsto no artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 (regulamentar da Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não era exaustivo; portanto, constatado que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Menciona-se também o conceito apresentado pela ONU, elaborado por meio da Resolução nº XXX/3.447, que conforma a Declaração, em 09/12/1975, *in verbis:*

> 1. O termo "pessoa deficiente" refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Esse conceito dá maior ênfase à necessidade, inclusive da vida individual, ao passo que o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo prioriza a questão da integração social, como se verá.

Nair Lemos Gonçalves apresentou os principais requisitos para sua definição:

> desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente.
> (Verbete Excepcionais. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999).

Luiz Alberto David Araujo, por sua vez, compilou muitos significados da palavra deficiente, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a idéia de que a pessoa deficiente sofre de falta, de carência ou de falha.

Esse autor critica essas noções porque a idéia de deficiência não se apresenta tão simples, à medida que as noções de falta, de carência ou de falha não abrangem todas as situações de deficiência, como, por exemplo, o caso dos superdotados, ou de um portador do vírus HIV que consiga levar a vida normal, sem manifestação da doença, ou ainda de um trabalhador intelectual que tenha um dedo amputado.

Por ser a noção de falta, carência ou falha insuficiente à caracterização da deficiência, Luiz Alberto David Araujo propõe um norte mais seguro para se identificar a pessoa protegida, cujo fator determinante do enquadramento, ou não, no conceito de pessoa portadora de deficiência, seja o meio social:

> O indivíduo portador de deficiência, quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência.
> (A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-22).

E quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa portadora de deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a pessoa portadora de deficiência poderá integrar-se com mais facilidade.

Desse modo, o conceito de Luiz Alberto David Araujo é adequado e de acordo com a norma constitucional, motivo pelo qual é possível seu acolhimento para a caracterização desse grupo de pessoas protegidas nas várias situações reguladas na Constituição Federal, nos arts. 7o, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, V e 208, III.

Mas é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem graus de deficiência que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa. E tal verificação somente poderá ser feita diante de um caso concreto.

Luiz Alberto David Araujo salienta que os casos-limite podem, desde logo, ser excluídos, como o exemplo do bibliotecário que perde um dedo ou do operário que perde um artelho; em ambos os casos, ambos continuam integrados socialmente. Ou ainda pequenas manifestações de retardo mental (deficiência mental leve) podem passar despercebidas em comunidades simples, pois tal pessoa poderá "não encontrar problemas de adaptação a sua realidade social (escola, trabalho, família)", de maneira que não se pode afirmar que tal pessoa deverá receber proteção, "tal como aquele que sofre restrições sérias em seu meio social" (obra citada, páginas 42/43).

> A questão, assim, não se resolve sob o ângulo da deficiência, mas, sim sob o prisma da integração social. Há pessoas portadoras de deficiência que não encontram qualquer problema de adaptação no meio social. Dentro de uma comunidade de doentes, isolados por qualquer motivo, a pessoa portadora de deficiência não encontra qualquer outro problema de integração, pois todos têm o mesmo tipo de dificuldade. (obra citada, p. 43).

Enfim, a constatação da existência de *graus de deficiência* é de fundamental importância para identificar aqueles que receberão a proteção social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, torna-se possível inferir que *não será qualquer pessoa portadora de deficiência* que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

Noutro passo, o conceito de pessoa portadora de deficiência, para fins do benefício de amparo social, foi tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, que em sua redação original assim dispunha:

> § 2º - Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Como se vê, pressupunha-se que o deficiente era aquele que: a) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, por conta da deficiência; b) estava também incapacitado para a vida independente. Ou seja, o benefício era devido a quem deveria trabalhar, mas não poderia e, além disso, não tinha capacidade para uma vida independente sem a ajuda de terceiros.

Lícito é concluir que, tais quais os benefícios previdenciários, o benefício de amparo social, enquanto em vigor a redação original do artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, era substitutivo do salário. Isto é, era reservado aos que tinham a possibilidade jurídica de trabalhar, mas não tinham a possibilidade física ou mental para tanto.

Mas a redação original do artigo 20, § 2º, da LOAS foi alterada pelo Congresso Nacio-

nal, exatamente porque sua dicção gerava um sem número de controvérsias interpretativas na jurisprudência.

A *Lei n º 12.435/2011* deu nova redação ao § 2º do artigo 20 da LOAS, que esculpe o perfil da pessoa com deficiência para fins assistenciais, da seguinte forma:

> § 2º. Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)
> I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;
> II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Com a novel legislação, o benefício continuou sendo destinado àqueles deficientes que: a) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, por conta de limitações físicas ou mentais; b) estava também incapacitado para a vida independente.

Todavia, o legislador, não satisfeito, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, e o conceito de pessoa com deficiência foi uma vez mais alterado, pela *Lei nº 12.470/2011*, passando a ter a seguinte dicção:

> § 2º. Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nota-se que, com o advento desta novel lei, dispensou-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente, como requisito à concessão do benefício assistencial.

Destarte, tal circunstância (a entrada em vigor de nova lei) deve ser levada em conta neste julgamento, *ex vi* o artigo 462 do CPC/73 e 493 do NCPC.

Finalmente, a Lei nº 13.146/2015, que "institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência", com início de vigência em 02/01/2016, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da LOAS, *in verbis*:

> § 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.

Reafirma-se, assim, que o foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de *impedimentos de longo prazo*, apenas e tão somente, tornando-se despicienda a referência à necessidade de trabalho.

Subsidiariedade da assistência social

Resta consignar que a Assistência Social, tal como regulada na Constituição Federal e na Lei nº 8.742/93, tem caráter *subsidiário* em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc), dada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido "Estado de bem-estar social", forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já haviam reconhecido sua inviabilidade financeira, lícito é inferir que só deve ser prestada em casos de real necessidade, dentro das estritas regras do direito material, sob pena de comprometer a mesma proteção social não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

De modo que a assistência social deve ser fornecida com critério, pois do contrário se gerarão privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais que é a de propiciar igualdade, isonomia de condições a todos.

Diga-se de passagem que a concessão indiscriminada do benefício assistencial geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que estes parem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam, o que constitui situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial.

No mais, não deve o Estado substituir a sociedade em situações onde esta consegue, ela própria, mediante esforço, resolver suas pendências, sob pena de se construir uma sociedade de *freeloaders*, cada vez mais dependente das prestações do Estado e incapaz de construir um futuro social e economicamente viável para si própria.

Nesse diapasão, a proteção social baseada na *solidariedade legal* não tem como finalidade cobrir contingências encontradas somente na letra da lei (*dever-ser*) e não no mundo dos fatos (*ser*). Cabe, em casos que tais, à sociedade (*solidariedade social*) prestar na medida do possível assistência aos próximos.

Pertinente, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário Wagner Balera, quando pondera a respeito da dimensão do *princípio da subsidiariedade*:

> O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpre-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam, por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da "Rerum Novarum", a "Quadragésimo Anno", pontos 79-80).
> (Centenárias Situações e Novidade da "Rerum Novarum", p. 545).

Por fim, quanto a esse tópico, lícito é inferir que quem está coberto pela previdência social está, *em regra*, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos, *in verbis*:

> A assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluímos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade

> social ou de outro regime, salvo o de assistência médica.
> (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, *in* Comentários à Constituição do Brasil, 8º Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

Caso concreto

Quanto ao requisito subjetivo, consta do muito bem fundamentado laudo médico pericial (f. 78/91) que a autora sofre de síndrome convulsiva (CID10 G40, não refratária a medicamentos), tendo realizado mastectomia em 2012, submetendo-se posteriormente a radioterapia e quimioterapia. Também tem linfedema em membro superior esquerdo (CID10 C50), decorrente de esvaziamento cervical.

Contudo, o perito concluiu que a autora só está incapacitada para atividades pesadas, como de faxineira e rurícola. Também salienta que a autora não faz tratamento adequado, pois não faz fisioterapia e terapia ocupacional. Também concluiu o perito que a autora não está incapacitada para a vida independente.

Não há elementos científicos ou fáticos nos autos aptos a infirmarem as conclusões do perito, de modo que, forçoso é concluir, a autora não sofre segregação típica da sofrida pelas pessoas portadoras de deficiência.

Quem não se submete a tratamento adequado não possui legitimidade para buscar benefício assistencial.

Trata-se de caso a ser tutelado pelo seguro social (artigo 201 da CF) ou pela saúde (artigo 196 da CF).

Enfim, a parte autora sofre de *doenças*, sequer geradoras de invalidez, mas de qualquer forma o risco social deve ser coberto pela previdência social, mediante pagamento de contribuições, na forma dos artigos 201, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, que têm a seguinte dicção:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
> I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Ademais, quanto à hipossuficiência econômica, o estudo social revela que a autora vive com o marido, pedreiro autônomo que declarou receber renda mensal de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), segundo ele variável. Também vive com o casal a filha Laís, nascida em 23/11/2000, já em idade laborativa. Vivem em casa alugada, de sete cômodos, guarnecida por móveis em bom estado de conservação (f. 146/149).

No caso, mesmo se seguindo a orientação do RE nº 580963 (repercussão geral - vide supra), seguindo o qual o critério legal não é "taxativo", não se pode concluir pela hipossuficiência da parte autora, para fins assistenciais, por tem acesso aos mínimos sociais e não está em situação de vulnerabilidade.

Trata-se de renda mensal *per capita* superior a ½ (meio) salário mínimo. Consta ainda que a autora possui outros filhos, tendo dado à luz seis deles (f. 80), todos com obrigação de prestar alimentos à luz do artigo 229 da Constituição Federal.

Ora, o dever de sustento não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido somente quando o sustento não poder ser provido pela família.

Vide, no mais, o capítulo anterior deste julgado, sob a rubrica "SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL".

Com efeito, não cabe ao Estado substituir as pessoas em suas respectivas obrigações legais, mesmo porque os direitos sociais devem ser interpretados do ponto de vista da sociedade, não do indivíduo.

Em decorrência, forçoso e concluir pelo não preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada, previsto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93 e regulamentado pelos Decretos nº 6.214/2007 e 7.617/2011.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL, CONHEÇO DA APELAÇÃO E LHE DOU PROVIMENTO, para julgar improcedente o pedido.

Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0017108-03.2017.4.03.9999
(2017.03.99.017108-3)

Apelante: TATIANA APARECIDA BARBOSA DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DE ITAPETININGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: Ap 2244955
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA / APOSENTADORIA POR INVALIDEZ/ BENEFICIO ASSISTENCIAL. SENTENÇA ANULADA PARA REALIZAÇÃO EM CARÁTER EXCEPCIONAL, DE PERÍCIA MÉDICA POR ESPECIALISTA NA ÁREA DE PSIQUIATRIA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA. DETERMINADO A REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.
- A doença psiquiátrica, por vezes, é de difícil constatação, diante da possibilidade de que, no dia da realização da perícia médica judicial, o periciando pode não apresentar os sintomas da patologia psíquica que lhe aflige, mas, isto apenas indica que naquele dia não possuía os sintomas. Nesse contexto, via de regra, o segurado é considerado apto a exercer, normalmente, suas atividades laborais, quando, na verdade, não possui tal capacidade.
- Prudente que a parte autora seja avaliada, em caráter excepcional, por médico da área de psiquiatria, para que se possa chegar a uma conclusão acerca de sua incapacidade laborativa ou não, com maior respaldo técnico, considerando seu quadro clínico e características pessoais e profissionais.
- Dado provimento à Apelação da parte autora.
- Anulação da Sentença. Determinado a remessa dos autos ao Juízo de origem, para realização de perícia médica a ser realizada por especialista na área de psiquiatria.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de outubro de 2017.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Apelação interposta pela parte autora, em face da Sentença (01.02.2017),

que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez/auxílio-doença/benefício assistencial, diante da ausência de incapacidade da parte autora.

Em seu recurso a autora alega em síntese, que na impugnação ao laudo médico pericial, requereu a realização de nova perícia por médico psiquiatra, contudo, o r. Juízo "a quo" não acolheu o pedido, cerceando o seu direito. Pugna pela anulação da r. Sentença recorrida para a realização de perícia por especialista em psiquiatria. Se outro for o entendimento, pugna pela reforma da r. Decisão para que lhe seja concedido o benefício de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou benefício assistencial. Apresenta prequestionamento da matéria para fins recursais.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

O apelo merece provimento.

Inconteste que o laudo pericial foi realizado por profissional habilitado, equidistante das partes, capacitado e de confiança do r. Juízo, e por especialista em perícia médica.

Porém, observo que o perito judicial em seu laudo pericial (fls. 78/81), de forma bem simplória conclui que a parte autora não tem retardo mental, não apresentando sinais ou sintomas que caracterizem descompensação de doença psiquiátrica. Afirma que a parte autora é portadora somente de doença pelo vírus da imunodeficiência humana (AIDS), concluindo que não apresenta incapacidade para o trabalho.

Verifico, entretanto, que no atestado médico emitido por médico da Secretaria Municipal de Saúde de Itapetininga- SP (fls. 22/23), atesta que a parte autora é portadora de depressão e que a mesma esta impossibilitada de trabalhar.

Além disso, vale ressaltar ainda, que a doença psiquiátrica, por vezes, é de difícil constatação, diante da possibilidade de que, no dia da realização da perícia médica judicial, o periciando pode não apresentar os sintomas da patologia psíquica que lhe aflige, mas, isto apenas indica que naquele dia não possuía os sintomas. Nesse contexto, via de regra, o segurado é considerado apto a exercer, normalmente, suas atividades laborais, quando, na verdade, não possui tal capacidade.

Destarte, observo ser prudente que a parte autora seja avaliada, em caráter excepcional, por médico da área de psiquiatria, para que se possa chegar a uma conclusão acerca de sua incapacidade laborativa ou não, com maior respaldo técnico, considerando seu quadro clínico e características pessoais e profissionais.

Assim, em caráter excepcional, forçoso reconhecer a necessidade de a autora ser examinada pelo médico especialista acima referido, e, após, nova decisão seja proferida pelo r. Juízo *a quo*.

Destaco, por fim, que, ao Tribunal, por também ser destinatário da prova, é permitido o reexame de questões pertinentes à instrução probatória, não sendo alcançado pela preclusão.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é neste sentido:

> PROVA. DISPENSA PELAS PARTES. DILAÇÃO PROBATÓRIA DETERMINADA PELA 2ª INSTÂNCIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. Em matéria de cunho probatório, não há preclusão para o Juiz. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido. (REsp 262.978 MG, Min. Barros Monteiro, DJU, 30.06.2003, p. 251)

Ante o exposto, dou provimento à Apelação da parte autora para anular a r. Sentença e determino a remessa dos autos ao Juízo de origem, para realização de perícia médica por especialista na área de psiquiatria, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0022518-42.2017.4.03.9999
(2017.03.99.022518-3)

Apelantes: ELZA FILIPPINI E FLÁVIA WANDERICO JORDÃO
Codinome: ELZA WANDERICO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE COSMÓPOLIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: Ap 2254124
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/10/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. EX-ESPOSA/COMPANHEIRA SEM COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. BENEFICIO NÃO CONCEDIDO.
1. Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.
2. Com relação à condição de dependente, alega a autora que era casada com o *de cujus* desde 19/11/1966, e que se separaram em 28/03/1990, conforme certidão de casamento e sentença de separação acostadas às fls. 25 e 29, entretanto alega que houve reconciliação do casal, e passaram a viver em união estável até o óbito do *de cujus*.
3. Nesse ponto, faz-se necessário tecer algumas considerações. Por primeiro, há que se ter em conta que o rompimento da união conjugal, ao tempo do óbito do segurado, exclui a presunção legal de dependência, embora a necessidade de auxílio possa ser comprovada pelos meios admitidos pela legislação de regência. Com efeito, o rompimento da relação conjugal, de fato ou de direito, não é obstáculo à percepção da pensão por morte, desde que mantida a dependência econômica, pois a legislação previdenciária não pode desabrigar a ex-esposa ou ex-companheira, se essa tem direito a alimentos, motivo pelo qual o importante é estabelecer o nexo de dependência entre a parte requerente e o *"de cujus"*. Essa é a orientação do STJ, como se podem notar no RESP 177350/SP, DJ de 15/05/2000, pág. 0209, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma.
4. No caso dos autos, a autora deixou de apresentar documentos que comprovem a vida em comum e sua dependência econômica em relação ao falecido, somente as testemunhas arroladas as fls. 90/92, são insufucientes para comprovar o alegado.
5. Ademais em consulta as cópias da CTPS (fls. 20/22) e ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 39/42), verifica-se que o falecido possui último registro com admissão em 01/10/1981, além de ter vertido contribuição previdenciária no intersticio não continuo de 10/1981 a 12/1990.
6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

São Paulo, 23 de outubro de 2017.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do óbito de seu ex-marido e companheiro.

A r. sentença julgou improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e aos honorários advocatícios fixados em R$ 800,00, ressalvando-se contudo, a concessão da Justiça Gratuita.

A autora interpôs apelação alegando que faz jus ao beneficio pleiteado.

Sem as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Objetiva a parte autora a concessão de pensão por morte, em decorrência do falecimento de seu ex-marido e companheiro, WILSON WANDEIRO, ocorrido em 31/10/1995, conforme faz prova a certidão acostada à fls. 18.

Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.

Com relação à condição de dependente, alega a autora que era casada com o *de cujus* desde 19/11/1966, e que se separaram em 28/03/1990, conforme certidão de casamento e sentença de separação acostadas às fls. 25 e 29, entretanto alega que houve reconciliação do casal, e passaram a viver em união estável até o óbito do *de cujus*.

Nesse ponto, faz-se necessário tecer algumas considerações. Por primeiro, há que se ter em conta que o rompimento da união conjugal, ao tempo do óbito do segurado, exclui a presunção legal de dependência, embora a necessidade de auxílio possa ser comprovada pelos meios admitidos pela legislação de regência. Com efeito, o rompimento da relação conjugal, de fato ou de direito, não é obstáculo à percepção da pensão por morte, desde que mantida a dependência econômica, pois a legislação previdenciária não pode desabrigar a ex-esposa ou ex-companheira, se essa tem direito a alimentos, motivo pelo qual o importante é estabelecer o nexo de dependência entre a parte requerente e o *"de cujus"*. Essa é a orientação do STJ, como se podem notar no RESP 177350/SP, DJ de 15/05/2000, pág. 0209, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma.

No caso dos autos, a autora deixou de apresentar documentos que comprovem a vida em comum e sua dependência econômica em relação ao falecido, somente as testemunhas

arroladas as fls. 90/92, são insuficientes para comprovar o alegado.

Ademais em consulta as cópias da CTPS (fls. 20/22) e ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV (fls. 39/42), verifica-se que o falecido possui último registro com admissão em 01/10/1981, além de ter vertido contribuição previdenciária no interstício não continuo de 10/1981 a 12/1990.

Assim ante a ausência de comprovação da união estável bem como da qualidade de segurado, é de rigor a manutenção da sentença de improcedência.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação da autora*, mantendo a r. sentença recorrida.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0023818-39.2017.4.03.9999
(2017.03.99.023818-9)

Apelante: MARIA APARECIDA MOREIRA DE LARA DAVID
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE TATUÍ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: Ap 2257543
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL INSUFICIENTES. REQUISITOS NÃO SATISFEITOS. PERÍODO DE CARÊNCIA NÃO CUMPRIDO.
- Não há nos autos provas suficientes que justifiquem o reconhecimento do exercício de atividade rural para efeito de aposentadoria por idade.
- Cédula de identidade (nascimento em 07.07.1961).
- Certidão de casamento em 27.03.1976, sendo o contraente o Sr. Carlos David.
- Certidão de nascimento do filho, Felipe Augusto de Lara David, em 15.06.1993, qualificando o genitor como comerciante, fls. 31.
- Certidão de casamento dos filhos.
- Cadastro nacional da pessoa jurídica de 15.11.2006 com descrição das atividades econômicas rurais, em nome do marido.
- Escritura pública de sobrepartilha de 23.03.2011, por ocasião da morte de seu marido, qualificado como comerciante, de 13,30363491% sobre um imóvel rural, denominado Gleba 1, em nome da requerente e filhos, qualificados como costureira, micro empresário, balconista, motorista, autônomo e estudante.
- Declaração de Transmissão por Escritura pública em nome do marido emitida em 23.03.2012.
- Carteira de filiação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de 1983, 1985 e 1989 em nome do cônjuge.
- Notas de 1999/2000 e 2008.
- A Autarquia juntou consulta efetuada ao sistema Dataprev, constando que a requerente possui cadastro como contribuinte/individual/autônomo de 01.02.1991 a 28.02.1991, empresário empregador de 01.04.1991 a 31.10.1999, de 1999 a 2009, como facultativo e que recebe pensão por morte/comerciário/contribuinte individual, no valor de R$ 1.747,33, desde 17.01.2008.
- Os depoimentos das testemunhas são vagos, imprecisos e genéricos quanto à atividade rural exercida pela autora.
- Embora a autora tenha completado 55 anos em 2016, a prova produzida não é hábil a demonstrar o exercício da atividade no campo, pelo período de carência legalmente exigido, segundo o artigo 142 da Lei 8.213/91, de 180 meses.
- A prova material é frágil e recente, não comprovando a atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

- Os depoimentos das testemunhas são vagos e imprecisos, não esclarecendo detalhes sobre a atividade campesina, apenas afirmando genericamente o labor rural.
- Não é possível estender à autora a condição de lavrador do marido, como pretende, eis que, os nos registros cíveis está qualificado como comerciante e do extrato do sistema Dataprev extrai-se que a requerente recebe pensão por morte/comerciário/contribuinte individual, no valor de R$ 1.747,33, desde 17.01.2008.
- O STJ, em análise de casos similares, de aposentadoria por idade de trabalhador rural, entende que resta desqualificado o trabalho rural por quem exerce atividade urbana posterior. Há precedentes destacando que os documentos de registro civil apresentados pela parte autora, qualificando como lavrador o seu cônjuge, não servem como início de prova material em virtude da aposentadoria urbana dele. (Precedente: AgRg no Resp 947.379/sp, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 26.11.2007).
- Não houve cumprimento dos requisitos dos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, segundo os quais, ainda que descontínuo esse trabalho deve corresponder ao período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência.
- Apelação da autora improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de outubro de 2017.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Cuida-se de pedido de concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, diante da ausência de prova material.

Inconformada apela a autora, sustentando, em síntese, ter preenchido os requisitos necessários para a obtenção do benefício.

Regularmente processados, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

O pedido para reconhecimento da atividade exercida na lavoura, referente ao período indicado na inicial, para fins de aposentadoria por idade, funda-se nos documentos carreados

aos autos, dos quais destaco:

- Cédula de identidade (nascimento em 07.07.1961).

- Certidão de casamento em 27.03.1976, sendo o contraente o Sr. Carlos David.

- Certidão de nascimento do filho, Felipe Augusto de Lara David, em 15.06.1993, qualificando o genitor como comerciante, fls. 31.

- Certidão de casamento dos filhos.

- Cadastro nacional da pessoa jurídica de 15.11.2006 com descrição das atividades econômicas rurais, em nome do marido.

- Escritura pública de sobrepartilha de 23.03.2011, por ocasião da morte de seu marido, qualificado como comerciante, de 13,30363491% sobre um imóvel rural, denominado Gleba 1, em nome da requerente e filhos, qualificados como costureira, micro empresário, balconista, motorista, autônomo e estudante.

- Declaração de Transmissão por Escritura pública em nome do marido emitida em 23.03.2012.

- Carteira de filiação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de 1983, 1985 e 1989 em nome do cônjuge.

- notas de 1999/2000 e 2008.

A Autarquia juntou consulta efetuada ao sistema Dataprev, constando que a requerente possui cadastro como contribuinte/individual/autônomo de 01.02.1991 a 28.02.1991, empresário empregador de 01.04.1991 a 31.10.1999, de 1999 a 2009, como facultativo e que recebe pensão por morte/comerciário/contribuinte individual, no valor de R$ 1.747,33, desde 17.01.2008.

Os depoimentos das testemunhas são vagos, imprecisos e genéricos quanto à atividade rural exercida pela autora.

Segundo o preceito do art. 143 da Lei nº 8.213/91, o trabalhador rural, na forma da alínea "a" do inciso I, IV, ou VII do art. 11, pode requerer a aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados da vigência dessa legislação, desde que prove ter exercido atividade rurícola, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício, conforme tabela inserta no art. 142. Além disso, deve atender os requisitos etários do art. 48, § 1º.

Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11, fica garantida a concessão da aposentadoria por idade, nos termos do artigo 39, inciso I da Lei nº 8.213/91, dispensado do cumprimento da carência, de acordo com o art. 26, inciso III.

Além do que, a eficácia do artigo 143, com termo final em julho de 2006, foi prorrogada pela Medida Provisória nº 312, de 19.07.2006, convertida na Lei nº 11.368, de 09 de novembro de 2006, estendendo para mais dois anos o prazo do referido artigo, para o empregado rural.

Acrescente-se que a Lei nº 11.718, de 20.06.2008, tornou a estender o prazo até 31.12.2010.

Bem, neste caso, embora a autora tenha completado 55 anos em 2016, a prova produzida não é hábil a demonstrar o exercício da atividade no campo, pelo período de carência legalmente exigido, segundo o artigo 142 da Lei 8.213/91, de 180 meses.

Compulsando os autos, verifica-se que a prova material é frágil e recente, não comprovando a atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

Além do que, os depoimentos das testemunhas são vagos e imprecisos, não esclarecendo

detalhes sobre a atividade campesina, apenas afirmando genericamente o labor rural.

Por fim, não é possível estender à autora a condição de lavrador do marido, como pretende, eis que, os registros cíveis está qualificado como comerciante e o extrato do sistema Dataprev extrai-se que a autora recebe pensão por morte/comerciário/contribuinte individual, no valor de R$ 1.747,33, desde 17.01.2008.

Verifico que o STJ, em análise de casos similares, de aposentadoria por idade de trabalhador rural, entende que resta desqualificado o trabalho rural por quem exerce atividade urbana posterior. Há precedentes destacando que os documentos de registro civil apresentados pela parte autora, qualificando como lavrador o seu cônjuge, não servem como início de prova material em virtude da aposentadoria urbana dele. (Precedente: AgRg no Resp 947.379/sp, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 26.11.2007).

Dessa forma, não resta comprovada a alegada condição de trabalhador rural.

Neste sentido, orienta-se a jurisprudência, consoante decisão do E. S.T.J., cujo aresto transcrevo:

> 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 justificação 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 demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação 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, 6ª Turma, RESP 434015, relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20.02.2003).

Do conjunto probatório dos autos, portanto, extrai-se que, não houve cumprimento dos requisitos dos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, segundo os quais, ainda que descontínuo esse

trabalho deve corresponder ao período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência.

Pelas razões expostas, nego provimento ao apelo da autora.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0025704-73.2017.4.03.9999
(2017.03.99.025704-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ELIANE APARECIDA TRIDAPALI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DE PENÁPOLIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: Ap 2260798
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. O FALECIDO SE ENCONTRAVA NO PERÍODO DE GRAÇA. UNIÃO ESTÁVEL POR MAIS DE DOIS ANOS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR TESTEMUNHAS. CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PELO SEGURADO POR DEZOITO MESES. LEI Nº 13.135/2015. IDADE DE 38 ANOS DA COMPANHEIRA. CARÁTER TEMPORÁRIO DA PENSÃO.
- A ação foi ajuizada em 04 de abril de 2016 e o aludido óbito, ocorrido em 16 de janeiro de 2016, está comprovado pela respectiva certidão de fl. 07.
- Restou superado o requisito da qualidade de segurado do *de cujus*. Conforme evidencia o extrato do CNIS de fl. 23, seu último vínculo empregatício foi estabelecido entre 20 de novembro de 2014 e 17 de fevereiro de 2015, ou seja, ao tempo do falecimento Edson Ferreira dos Anjos se encontrava no período de graça estabelecido pelo artigo 15, II da Lei de Benefícios.
- A união estável com duração superior a dois anos foi comprovada, através de início de prova material, corroborado por testemunhas. Ademais, os extratos do CNIS evidenciam o total de tempo de contribuições vertidas pelo falecido correspondente a 18 (dezoito) meses, conforme preconizado pelo artigo 77, § 2º, V, b, da Lei nº 8.213/91, com a redação incluída pela Lei nº 13.135/2015.
- Desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação à companheira.
- Aplicável à espécie a alínea c (item 4) do inciso V do § 2º do artigo 77 da Lei nº 8.213/91, com a redação conferida pela Lei nº 13.135/2015, por contar a autora com 38 anos, ao tempo do falecimento do segurado.
- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.
- Apelação do INSS a qual se dá parcial 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, dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de outubro de 2017.
Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada por ELIANE APARECIDA TRIDAPALI em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o benefício de pensão por morte, em decorrência do falecimento de seu companheiro, ocorrido em 16 de janeiro de 2016.

A r. sentença proferida às fls. 60/69 julgou procedente o pedido e condenou a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, acrescido dos consectários legais. Por fim, concedeu a tutela antecipada e determinou sua imediata implantação.

Em razões recursais de fls. 38/41, pugna o INSS, inicialmente, pelo reexame necessário da sentença. No mérito, requer sua reforma e a improcedência do pedido, ao argumento de não ter logrado a autora comprovar a dependência econômica em relação ao falecido segurado, notadamente em virtude da ausência de início de prova documental da alegada união estável. Suscita, por fim, o prequestionamento legal para efeito de interposição de recursos.

Contrarrazões às fls. 42/44.

Processado o recurso, subiram os autos a esta instância.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Inicialmente, necessário se faz salientar que, de acordo com o artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, não será aplicável o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

Na hipótese dos autos, conquanto a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, artigo 496 do NCPC, sendo correta sua não submissão ao reexame necessário.

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

1. DA PENSÃO POR MORTE

O primeiro diploma legal brasileiro a prever um benefício contra as consequências da morte foi a Constituição Federal de 1946, em seu art. 157, XVI. Após, sobreveio a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que estabelecia como requisito para a concessão da pensão o recolhimento de pelo menos 12 (doze) contribuições mensais e fixava o valor a ser recebido em uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito, e tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) por segurados, até o máximo de 5 (cinco).

A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/69, também disciplinaram o benefício de pensão por morte, sem alterar, no entanto, a sua essência.

A atual Carta Magna estabeleceu em seu art. 201, V, que:

> A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:
> V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e seu Decreto Regulamentar nº 3048, de 06 de maio de 1999, disciplinaram em seus arts. 74 a 79 e 105 a 115, respectivamente, o benefício de pensão por morte, que é aquele concedido aos dependentes do segurado, em atividade ou aposentado, em decorrência de seu falecimento ou da declaração judicial de sua morte presumida.

Depreende-se do conceito acima mencionado que para a concessão da pensão por morte é necessário o preenchimento de dois requisitos: ostentar o falecido a qualidade de segurado da Previdência Social, na data do óbito e possuir dependentes incluídos no rol do art. 16 da supracitada lei.

A qualidade de segurado, segundo Wladimir Novaes Martinez, é a:

> denominação legal indicativa da condição jurídica de filiado, inscrito ou genericamente atendido pela previdência social. Quer dizer o estado do assegurado, cujos riscos estão previdenciariamente cobertos.
> (Curso de Direito Previdenciário. Tomo II - Previdência Social. São Paulo: LTr, 1998, p. 594).

Mantém a qualidade de segurado aquele que, mesmo sem recolher as contribuições, conserve todos os direitos perante a Previdência Social, durante um período variável, a que a doutrina denominou "período de graça", conforme o tipo de segurado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios, a saber:

> Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:
> I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
> II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
> III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
> IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
> V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
> VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

É de se observar, ainda, que o § 1º do supracitado artigo prorroga por 24 (vinte e quatro) meses tal período de graça aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses.

Em ambas as situações, restando comprovado o desemprego do segurado perante o órgão do Ministério do Trabalho ou da Previdência Social, os períodos serão acrescidos de mais 12 (doze) meses. A comprovação do desemprego pode se dar por qualquer forma, até mesmo oral, ou pela percepção de seguro-desemprego.

Convém esclarecer que, conforme disposição inserta no § 4º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, c.c. o art. 14 do Decreto Regulamentar nº 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto nº 4.032/01, a perda da qualidade de segurado ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91 para recolhimento da contribuição, acarretando, consequentemente, a caducidade de todos os direitos previdenciários.

Conforme já referido, a condição de dependentes é verificada com amparo no rol estabelecido pelo art. 16 da Lei de Benefícios, segundo o qual possuem dependência econômica presumida o cônjuge, o(a) companheiro(a) e o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não emancipado ou inválido. Também ostentam a condição de dependente do segurado, desde que comprovada a dependência econômica, os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

De acordo com o § 2º do supramencionado artigo, o enteado e o menor tutelado são equiparados aos filhos mediante declaração do segurado e desde que comprovem a dependência econômica.

Vale lembrar que o menor sob guarda deixou de ser considerado dependente com a edição da Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996, a qual foi convertida na Lei nº 9.528/97.

Por outro lado, diferentemente do que ocorria na vigência da Lei nº 3.807/60, o benefício em questão independe de carência, nos moldes do art. 26, I, da Lei Previdenciária.

2. DO CASO DOS AUTOS

No caso em apreço, a ação foi ajuizada em 04 de abril de 2016 e o aludido óbito, ocorrido em 16 de janeiro de 2016, está comprovado pela respectiva certidão de fl. 07.

Também restou superado o requisito da qualidade de segurado do *de cujus*. Conforme evidencia o extrato do CNIS de fl. 23, seu último vínculo empregatício foi estabelecido entre 20 de novembro de 2014 e 17 de fevereiro de 2015, ou seja, ao tempo do falecimento Edson Ferreira dos Anjos se encontrava no período de graça estabelecido pelo artigo 15, II da Lei de Benefícios.

A controvérsia cinge-se, sobretudo, à comprovação da união estável vivenciada entre a autora e o falecido segurado.

A esse respeito, a postulante acostou aos autos início de prova material, consubstanciado na cópia do cadastro de fl. 09, emitido pela Secretaria de Administração Penitenciária, com data de 23.03.2012, na qual consta sua qualificação como companheira do *de cujus*, com a anotação de ter realizado visitas durante o período em que ele estivera cumprindo pena privativa de liberdade, entre março de 2012 e março de 2013 (fl. 10).

Ademais, na Certidão de Óbito de fl. 07 constou o nome da parte autora como declarante do falecimento, ocasião em que fez constar que com ele convivia maritalmente há 09 (nove) anos.

Nos depoimentos colhidos em mídia audiovisual (fl. 47), em audiência realizada em 17 de novembro de 2016, foram ouvidas três testemunhas, sendo que todas foram unânimes em afirmar que, ao tempo do falecimento, a parte autora convivia maritalmente com Edson Ferreira dos Santos, merecendo destaque o depoimento de Ana Cláudia da Silva, que disse conhecê-la há três anos e ter vivenciado, desde então, o vínculo marital entre ela e o *de cujus*. Disse que na residência ela morava com Edson e com dois filhos dela havidos de um relacionamento anterior. A testemunha Ana Cristina Teixeira acrescentou que a autora foi colega de trabalho de sua genitora e, em razão disso, iniciou amizade com ela e pode presenciar que seu convívio

marital com Edson durante cerca de quatro anos.

À vista do exposto, restou comprovada a união estável com duração superior a dois anos. Ademais, o extrato do CNIS de fl. 23 evidencia o total de contribuições vertidas pelo falecido corresponde a 18 (dezoito) meses, conforme preconizado pelo artigo 77, § 2º, V, b, da Lei nº 8.213/91, com a redação incluída pela Lei nº 13.135/2015.

Desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação à companheira.

É oportuno destacar que, por ocasião do falecimento do companheiro (16.01.2016), a parte autora, nascida em 24.11.1977 (fl. 08), contava com a idade de 38 anos, sendo aplicável à espécie a alínea c (item 4) do inciso V do § 2º do artigo 77 da Lei nº 8.213/91, com a redação conferida pela Lei nº 13.135/2015.

Em face de todo o explanado, a postulante faz jus ao benefício de pensão por morte.

Por ocasião da liquidação da sentença, deverá ser compensado o valos das parcelas auferidas em decorrência da antecipação da tutela.

3. CONSECTÁRIOS

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

PREQUESTIONAMENTO

Cumpre salientar, diante de todo o explanado, que a r. sentença monocrática não ofendeu qualquer dispositivo legal, não havendo razão ao prequestionamento suscitado pelo Instituto Autárquico.

4. DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS*. Os honorários advocatícios deverão observar o estabelecido no presente voto. *Mantenho a tutela concedida*.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0026363-82.2017.4.03.9999
(2017.03.99.026363-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: RODRIGO MENDES
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ITAPETININGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: Ap 2261679
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/11/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO DOENÇA. QUALIDADE DE SEGURADO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. TERMO INICIAL. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. REALIZAÇÃO DE PERÍCIAS PERIÓDICAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS.
I- Os requisitos previstos na Lei de Benefícios para a concessão da aposentadoria por invalidez compreendem: a) o cumprimento do período de carência, quando exigida, prevista no art. 25 da Lei nº 8.213/91; b) a qualidade de segurado, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios e c) a incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa. O auxílio doença difere apenas no que tange à incapacidade, a qual deve ser temporária.
II- A carência e qualidade de segurado foram cumpridas. A incapacidade laborativa ficou demonstrada na perícia médica. Deve ser mantido o auxílio doença concedido em sentença, à míngua de recurso do autor requerendo a reforma da R. sentença, devendo perdurar até a cessação da incapacidade, constatada por perícia médica, ou até a reabilitação profissional. Consigna-se, contudo, que o benefício não possui caráter vitalício, tendo em vista o disposto nos artigos 59 e 101, da Lei nº 8.213/91.
III- O termo inicial da concessão do benefício deve ser fixado na data da cessação administrativa.
IV- Conforme o disposto no art. 62 da Lei nº 8.213/91, cabe ao INSS submeter o requerente ao processo de reabilitação profissional, não devendo ser cessado o auxílio doença até que o segurado seja dado como reabilitado para o desempenho de outra atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.
V- Nos termos do art. 101 da Lei de Benefícios, não se nega que ao INSS é permitida a realização de exame médico-pericial voltado a verificar se houve modificação no estado de saúde do segurado. Contudo, é defeso à autarquia suspender automaticamente o benefício implementado por força de decisão judicial, sob pena de descumprimento da ordem proferida, ressaltando, ainda, que a autorização legal prevista no artigo acima mencionado não retira a competência do Magistrado para revogar ou não a tutela anteriormente concedida.
VI- A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora. Com relação aos índices de atualização monetária e taxa de juros, deve ser observado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal que

estiver em vigor no momento da execução do julgado.
VII- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de outubro de 2017.

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 conversão do benefício de auxílio doença "*judicialmente concedido ao autor*" em aposentadoria por invalidez, com o adicional de 25%, nos termos do art. 45, da Lei nº 8.213/91 (fls. 5).

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo*, entendendo não haver ofensa ao princípio da correlação ou congruência, julgou *procedente* o pedido, condenando o INSS a restabelecer ao autor o benefício de auxílio doença, a partir da cessação administrativa até que seja reabilitado para o desempenho de atividade laborativa de natureza mais leve, que tenha capacidade para realizar. Determinou o pagamento dos valores atrasados, acrescidos de correção monetária desde a citação, conforme critérios adotados por este Tribunal, e juros moratórios de 0,5% ao mês. Isentou o réu da condenação em custas processuais. Os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% "*sobre o benefício devido da citação até a prolação da sentença*" (fls. 125). Concedeu a tutela de urgência.

Inconformada, apelou a autarquia, alegando em síntese:

- haver ocorrido a perda da qualidade de segurado, tendo em vista que, após a concessão administrativa do auxílio doença no período de 8/11/09 a 23/9/10 (NB 31/538.172.818-9, foi deferida a tutela antecipada na ação judicial 2.315/10, que tramitou perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Itapetininga/SP, porém, a decisão liminar não foi confirmada em sentença. Ao invés, o processo foi julgado extinto sem julgamento do mérito (art. 267, inc. III, do CPC/73) em 21/3/12, por motivo de o autor não haver sido encontrado quando da intimação para a perícia judicial, sem comunicação do novo endereço, e, instado a dar andamento ao feito, quedou-se inerte (fls. 9/10). Não obstante a extinção, o INSS não foi cientificado para cancelamento do benefício, de modo que o mesmo continuou sendo pago de forma irregular até 31/10/16;

- que após 23/9/10, o autor não mais verteu contribuições ao RGPS, mantendo a condição de segurado até 15/11/11 e

- haver sido constatada na perícia médica judicial a mera incapacidade parcial, devendo ser reformada a R. sentença para julgar improcedente a ação e revogada a tutela de urgência deferida.

- Caso não sejam acolhidas as alegações acima mencionadas, requer a fixação do termo

final de pagamento do, facultando-se ao autor efetuar o requerimento de sua prorrogação na via administrativa, bem como a observância dos critérios de correção monetária e juros moratórios nos termos da Lei nº 11.960/09.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Nos exatos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

> A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.
> § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.
> § 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Com relação ao auxílio doença, dispõe o art. 59, *caput*, da referida Lei:

> O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Dessa forma, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez compreendem: a) o cumprimento do período de carência, quando exigida, prevista no art. 25 da Lei nº 8.213/91; b) a qualidade de segurado, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios e c) incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa. O auxílio doença difere apenas no que tange à incapacidade, a qual deve ser temporária.

No que tange ao recolhimento de contribuições previdenciárias, devo ressaltar que, em se tratando de segurado empregado, tal obrigação compete ao empregador, sendo do Instituto o dever de fiscalização do exato cumprimento da norma. Essas omissões não podem ser alegadas em detrimento do trabalhador que não deve - posto tocar às raias do disparate - ser penalizado pela inércia alheia.

Importante deixar consignado, outrossim, que a jurisprudência de nossos tribunais é pacífica no sentido de que não perde a qualidade de segurado aquele que está impossibilitado de trabalhar, por motivo de doença incapacitante.

Feitas essas breves considerações, passo à análise do caso concreto.

In casu, encontra-se acostado aos autos o extrato de consulta realizada no CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, a fls. 43, com registros de atividades do autor nos períodos de 1º/6/96 a fevereiro/97, 22/7/05 a 19/10/05, 1º/11/05 a 19/11/05 e 7/8/06 a abril/09,

recebendo auxílio doença por acidente do trabalho no período de 22/4/08 a 31/1/09, e auxílio doença previdenciário no período de 8/11/09 a 23/9/10.

Outrossim, quanto ao requisito da *incapacidade*, no parecer técnico de fls. 77/79, cuja perícia médica judicial foi realizada em 8/11/16, o esculápio encarregado do referido exame afirmou que, segundo cópias de atestados médicos apresentados, o autor, de 35 anos e vendedor, é portador de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) desde 2003, e apresentou Neurosífilis tratada em janeiro/14. "Seu exame físico não evidenciou doença infecciosa atual (ver exame físico) ou manifestação clínica de baixa imunidade, no entanto apresenta deficiência visual (perda de visão do olho esquerdo) e deficiência física (claudicação da marcha por sequela neurológica em perna direita). (...) *O reclamante além das limitações citadas apresenta sequelas que embora não cause invalidez leva a incapacidade parcial e definitiva com restrições para atividades que exija visão binocular como operar máquinas e equipamento com potencial risco de acidentes, ser motorista profissional e para tarefas com necessidade de realizar longas caminhadas ou se manter em pé por longo período.*"

No tocante à tutela antecipada concedida em 19/1/11 até dezembro/16, nos autos do processo nº 2.315/10, que tramitou perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Itapetininga/SP, como bem asseverou o MM. Juiz *a quo*: "Os documentos médicos trazidos com a inicial, aliados à conclusão pericial, demonstram que o autor esteve incapaz por todo esse período, notadamente porque portador de HIV desde o ano de 2003, restando evidenciado que a situação foi se agravando progressivamente. (...) Isto posto, facilmente se conclui, após a análise dos fatos sob os vários prismas, a dificuldade de reinserção da parte autora no concorrido mercado de trabalho que enfrentamos, o que é corroborado pelas restrições físicas permanente (visão monocular e claudicação). Assim, as condições sociais da parte autora, aliadas às peculiaridades das doenças que a acometem, SMJ, autorizam a concessão de auxílio-doença, devido a partir da cessação do benefício na esfera administrativa, em dezembro de 2016" (fls. 111). Assim, a *carência* e a *qualidade de segurado* encontram-se comprovadas, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 27/1/16, ou seja, no prazo previsto no art. 15, da Lei nº 8.213/91.

Esclareço que, anteriormente, adotava o posicionamento no sentido de não ser possível a concessão de benefício por incapacidade ao portador do vírus HIV na fase assintomática da doença. No entanto, impressionado com a correção e excelência da decisão monocrática proferida pelo E. Ministro Benedito Gonçalves, por ocasião da apreciação do *Agravo em Recurso Especial nº 642.950-SC*, passei a conceder tal benefício na hipótese mencionada. Asseverou o E. Ministro Relator, em sua decisão:

> Em princípio, o portador do vírus HIV, nos períodos assintomáticos, não está impedido de exercer atividades laborais. Como é sabido, recentes avanços no tratamento do vírus aumentaram bastante a qualidade e a expectativa de vida desses pacientes, que muitas vezes têm condições de levar vida normal por um longo período de tempo. *Entretanto, sem embargo do trabalho social que vem sendo desenvolvido pelos órgãos oficiais e por diversas organizações da sociedade civil, não se pode ignorar que ainda existe acentuada resistência de grande parte da sociedade, inclusive do meio empresário, em aceitar, sem distinções em seu meio, o portador do vírus do HIV, esteja ou não com a doença AIDS/SIDA ativa. O estigma a que está sujeito é ainda bastante profundo e interfere sobremaneira nas suas chances de colocar-se profissionalmente no mercado de trabalho. Não por outra razão que informações relativas ao eventual portador são revestidas de aspecto confidencial, na tentativa, quase nunca eficaz, de resguardá-lo das consequências nefastas da publicidade dessa condição de infectado. Trata-se de realidade que não pode ser ignorada. A rejeição social implica no fechar de portas do mercado de trabalho, após confirmada a presença do vírus HIV. (...) De*

> *se considerar, também, que mesmo aquele cuja doença se encontra assintomática, precisa manter precauções permanentes, porquanto está sujeito a grande número de doenças oportunistas, que se manifestam ante a baixa imunidade do organismo portador do vírus. Esse fato é reconhecido em estudo efetuado pelo próprio Ministério da Saúde, onde se percebe a preocupação com tais doenças, ainda que na fase assintomática do vírus*, conforme retrata o item 6.1.2. da Norma Técnica de Avaliação da incapacidade laborativa para fins de Benefícios Previdenciários em HIV/AIDS, anexa à Resolução INSS/DC nº 89, DOU 29.04.2002, *in verbis*: "Fase Assintomática. Após a fase aguda autolimitada, segue-se um período assintomático de duração variável, onde o estado clínico básico é mínimo ou inexistente, apesar de alguns pacientes apresentarem uma linfadenopatia generalizada persistente e indolor. Mesmo na ausência de sinais e sintomas, esses indivíduos podem apresentar alterações significativas dos parâmetros imunovirológicos, necessitando de monitoramento clínico-laboratorial periódico, no intuito de se determinar a necessidade e o momento mais adequado para iniciar o uso de terapia antirretroviral. A abordagem clínica nestes indivíduos prende-se a uma história clínica prévia, investigando condições clínicas de base, tais como hipertensão arterial sistêmica, diabetes, DPOC, doenças hepáticas, renais, pulmonares, intestinais, doenças sexualmente transmissíveis, tuberculose e outras doenças endêmicas, doenças psiquiátricas, se a pessoa faz uso prévio ou atual de medicamentos, enfim, situações que podem complicar ou serem agravantes em alguma fase de desenvolvimento da doença pelo HIV. A história familiar, hábitos de vida, avaliação do perfil emocional e psicossocial e seu nível de entendimento e orientação sobre a doença, também são importantes. No que diz respeito a avaliação laboratorial nesta fase, uma ampla variedade de alterações podem estar presentes..." Assim, não se pode exigir do doente portador de HIV a mesma condição para o labor de uma pessoa que não tem o vírus ou que padece de outras espécies de doenças caracterizadas pela condição crônica ou progressiva.

Dessa forma, embora a perícia médica tenha concluído que a parte autora não está inválida para o trabalho, entendo que a aferição da incapacidade, enquanto somatória das condições de saúde e pessoais de cada indivíduo, requer a valoração de aspectos não só científicos, mas também sócioeconômicos, culturais e profissionais. Referida asserção se justifica pelo fato de que, mesmo assintomático, o portador do vírus HIV traz consigo o *estigma* que acarreta a sua segregação profissional, restringindo sobremaneira a sua inserção no mercado de trabalho. Tais circunstâncias levam-me à conclusão de que não lhe seria fácil, senão ilusório, iniciar outro tipo de atividade.

Ademais, o portador de tal patologia está sujeito a tratamento médico regular e contínuo - com efeitos colaterais frequentemente debilitantes - com vistas a prevenir complicações e assegurar a estabilização do quadro clínico.

Dessa forma, deveria ser concedida a aposentadoria por invalidez pleiteada na exordial. Contudo, mantenho o auxílio doença deferido em sentença, à míngua de recurso do autor requerendo a reforma da R. sentença, devendo perdurar até a cessação da incapacidade, constatada por perícia médica, ou até a reabilitação profissional. Deixo consignado, contudo, que o benefício não possui caráter vitalício, tendo em vista o disposto nos artigos 59 e 101, da Lei nº 8.213/91.

Tendo em vista que a parte autora já se encontrava incapacitada desde a cessação do auxílio doença, o benefício deve ser concedido a partir daquela data.

O pressuposto fático da concessão do benefício é a incapacidade da parte autora, que é anterior ao seu ingresso em Juízo, sendo que a elaboração do laudo médico-pericial somente contribui para o livre convencimento do juiz acerca dos fatos alegados, não sendo determinante para a fixação da data de aquisição dos direitos pleiteados na demanda.

Assim, caso o benefício fosse concedido somente a partir da data do laudo pericial, desconsiderar-se-ia o fato de que as doenças de que padece a parte autora são anteriores ao ajuizamento da ação e estar-se-ia promovendo o enriquecimento ilícito do INSS que, somente por contestar a ação, postergaria o pagamento do benefício devido em razão de fatos com repercussão jurídica anterior.

Nesse sentido, merecem destaque os acórdãos abaixo, *in verbis*:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. MATÉRIA PACIFICADA.
> *1. A Egrégia 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, por ambas as Turmas que a compõe, firmou já entendimento no sentido de que o termo inicial da aposentadoria por invalidez é o dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, nos casos em que o segurado o percebia, o que autoriza a edição de decisão monocrática, como determina o artigo 557, caput, do Código de Processo Civil.*
> 2. Agravo regimental improvido.
> (STJ, AgRg no REsp nº 437.762/RS, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 6/2/03, v.u., DJ 10/3/03, grifos meus)

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL. AUXÍLIO-DOENÇA.
> *O termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez, se o segurado estava em gozo de auxílio-doença, é o dia imediato da cessação deste benefício, nos termos do art. 43 da Lei 8.213/91.*
> Recurso desprovido.
> (STJ, REsp nº 445.649/RS, 5ª Turma, Relator Min. Felix Fischer, j.5/11/02, v.u., DJ 2/12/02, grifos meus)

Quadra acrescentar, ainda, que deverão ser deduzidos na fase de execução do julgado os eventuais valores percebidos pela parte autora na esfera administrativa.

No que diz respeito à reabilitação profissional, dispõe o art. 62, da Lei nº 8.213/91:

> O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Dessa forma, cabe ao INSS submeter o requerente ao processo de reabilitação profissional, não devendo ser cessado o auxílio-doença até que o segurado seja dado como reabilitado para o desempenho de outra atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez, consoante expressa disposição legal acima transcrita.

Ademais, não há que se falar em fixação do termo final do benefício. Dispõe o art. 101 da Lei nº 8.213/91:

> Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Nestes termos, não se nega que ao INSS é permitida a realização de exame médico-pericial voltado a verificar se houve modificação no estado de saúde do segurado. Contudo, é defeso à autarquia suspender automaticamente o benefício implementado por força de decisão judicial, sob pena de descumprimento da ordem proferida, ressaltando, ainda, que a autorização legal prevista no artigo acima mencionado não retira a competência do Magistrado para revogar ou não a tutela anteriormente concedida.

Nesse sentido, já decidiu esta E. Corte, *in verbis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA.
> I - Concedido auxílio-doença à agravada, por decisão judicial, conforme sentença proferida em 06/08/2008.
> II - A Autarquia realizou nova perícia médica, em 24/06/2008, e informou a cessação do benefício na mesma data.
> III - Auxílio-doença consiste em benefício de duração continuada concebido para existir de forma temporária, sem delimitação de duração máxima.
> *IV - Encontra-se entre as atribuições do INSS a realização de perícias médicas periódicas para averiguar eventual manutenção da incapacidade do segurado, sua recuperação para o trabalho habitual ou ainda a possibilidade de reabilitação para outra atividade.*
> *V - O benefício sob apreciação judicial, sem decisão definitiva, a nova perícia médica realizada pelo Instituto deverá ser submetida ao órgão processante, para apreciação e eventual modificação da decisão proferida.*
> *VI - Não pode haver sobreposição de uma decisão administrativa àquela proferida na esfera judicial, passível de recurso.*
> *VII - O INSS cessou o pagamento do auxílio-doença sem antes submeter a perícia médica à decisão do juízo, o que não se pode admitir.* Neste passo, a decisão agravada guarda amparo no zelo do Juiz de Primeira Instância, em garantir a efetiva prestação da tutela jurisdicional, no exercício do seu poder diretor.
> VIII - Esgotado o ofício jurisdicional do Magistrado que determinou a implantação ou o restabelecimento do benefício, o pedido de cassação deve ser formulado perante o órgão *ad quem*.
> IX - Agravo improvido.
> (TRF 3ª Região, AI 2009.03.00.003934-3, 8ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, j. em 8/6/09, v.u., DJF3 CJ2 21/7/09, p. 582, grifos meus)

A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora.

Com relação aos *índices de atualização monetária e taxa de juros* - não obstante o meu posicionamento de que a referida matéria deveria ser discutida na fase da execução do julgado, tendo em vista a existência da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 a ser apreciada pelo C. Supremo Tribunal Federal -, passei a adotar o entendimento da 8ª Turma desta Corte, a fim de que seja observado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal que estiver em vigor no momento da execução do julgado.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do INSS para fixar a correção monetária e os juros moratórios na forma acima explicitada.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

Direito Processual Civil



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

APELAÇÃO CÍVEL
0425391-12.1981.4.03.6183
(90.03.030773-3)

Apelantes: ZENILDA SANTOS DA SILVA E OUTROS(AS)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: Ap 32569
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/09/2017

EMENTA

PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - PRECATÓRIO - SALDO REMANESCENTE - JUROS DE MORA - ENTENDIMENTO DO E. STF - REPERCUSSÃO GERAL - JUÍZO DE RETRATAÇÃO.
I - Em face do que restou decidido pelo E. STF no julgamento do RE 579.431/RS, em sede de repercussão geral, incidem juros de mora no período entre a data da conta de liquidação e a data da expedição do ofício requisitório.
II - A requisição de pequeno valor paga na proposta orçamentária de 2010 foi corretamente atualizada pelo índice de remuneração básica da caderneta de poupança, conforme previsto na Emenda Constitucional 62/09, com base na decisão proferida pelo E. STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade parcial da aludida norma constitucional, efetivada nas ADIs 4.357 e 4.425.
III - Embargos de declaração da parte exequente acolhidos parcialmente, com efeitos infringentes, em Juízo de retratação.

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, em Juízo de retratação, acolher parcialmente os embargos de declaração da parte exequente, com efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de setembro de 2017.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de reexame previsto no art. 543-B, § 3º, do CPC/73, e art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, em face de acórdão desta Décima Turma, que afastou a possibilidade da incidência de juros de mora no período posterior à data da conta de liquidação.

Interpostos os recursos especial e extraordinário pela parte exequente, a admissibilidade foi examinada pela C. Vice-Presidência desta Corte, a qual negou seguimento ao primeiro

recurso, e determinou o sobrestamento do feito até o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 579.431/RS, com repercussão geral reconhecida a respeito da matéria em análise.

Com o julgamento do aludido paradigma pela Suprema Corte, em 19.04.2017, os autos retornaram a esta 10ª Turma para a apreciação do Juízo de retratação previsto no antigo art. 543-B, §3º, do CPC de 1973, com redação reproduzida no art. 1.040, inciso II do atual CPC.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Relembre-se que pretende a parte exequente a inclusão de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a inscrição do requisitório no orçamento, bem como contesta os índices de correção monetária utilizados na atualização do crédito.

No que concerne à possibilidade de inclusão de juros de mora após a data da conta de liquidação verifico que o *decisum* hostilizado efetivamente divergiu do entendimento firmado pelo E. STF no julgamento do RE 579.431/RS, nos seguintes termos:

> Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 96 da repercussão geral, negou provimento ao recurso. Não votou, no mérito, o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Em seguida, o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "Incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório", vencido, em parte, na redação da tese, o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.4.2017.

Assim, em face do que restou decidido pelo E. STF, é de rigor o retorno dos autos à Vara de origem, para a apuração de saldo remanescente, decorrente da aplicação de juros de mora no período entre a data da conta de liquidação e a data da expedição do ofício requisitório.

Mantidos os demais termos da decisão agravada, no que concerne aos índices de correção monetária, haja vista que a requisição de pequeno valor paga no ano de 2010 foi corretamente atualizada pelo índice de remuneração básica da caderneta de poupança, conforme previsto na Emenda Constitucional 62/09, com base na decisão proferida pelo E. STF na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade parcial da aludida norma constitucional, efetivada nas ADIs 4.357 e 4.425.

Diante do exposto, *em juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/73, e art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, acolho parcialmente os embargos de declaração da parte exequente, com efeitos infringentes*, a fim de determinar a elaboração de cálculo para apuração de saldo remanescente, decorrente da aplicação de juros de mora no período entre a data da conta de liquidação e a data da expedição do ofício requisitório.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Subsecretaria dos Feitos da Vice-Presidência.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0014338-36.2004.4.03.6105
(2004.61.05.014338-0)

Agravante: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
Apelada: TELETOQUE SERVIÇO DE RADIOCHAMADA LTDA. E RICARDO SADDY CHADE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - VICE-PRESIDENTE
Classe do Processo: Ap 2167348
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2017

EMENTA

AGRAVO INTERNO - DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO EXCEPCIONAL - CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR - IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.

1. Publicado o acórdão paradigma, os recursos excepcionais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de haver correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior.

2. O C. STJ, nos REsp nº 1.120.295/SP e REsp nº 1.102.431/RJ, submetidos ao rito do art. 543-C do CPC/73, firmou entendimento sobre os marcos interruptivos da prescrição da pretensão executória, bem como sobre a responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais envolvendo a citação do devedor. No mesmo sentido: AgInt no AREsp 912577/BA, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 15/02/2017, AgRg no Ag 1125052/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/12/2016.

3. Mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia. Ressalte-se não ser cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia - (Pet 011999, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data da Publicação 27/06/2017).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente Mairan Maia (Relator).

São Paulo, 27 de setembro de 2017.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Vice-Presidente):

Cuida-se de agravo interno interposto pela *Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL*, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, com fundamento no *REsp nº 1.120.295/SP e REsp nº 1.102.431/RJ*, submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

Pugna, em síntese, o provimento deste agravo para viabilizar a admissão do recurso excepcional.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Vice-Presidente):

Inicialmente, impende esclarecer que o objeto do presente agravo fica restrito às questões que motivaram a negativa de seguimento ao recurso excepcional, em razão do disposto no 543-C, § 7º, do CPC/1973 - artigo 1.030, I, "b", artigo 1.040, I, do CPC de 2015.

Nesse sentido, o tema objeto do presente recurso foi decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos, *verbis:*

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (*IN CASU*, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO.
> INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.
> 1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel.p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).
> 2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, *verbis*: "Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I - pela citação pessoal feita ao devedor; I - pelo despacho do juiz

que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial; III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, *verbis*: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

6. Consequentemente, o dies *a quo* do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

7. *In casu*: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.

8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).

9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).

10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) "a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997"; e (ii) "o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional", sendo certo que "o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco." (fls. e-STJ 75/76).

11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior, inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional: "Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44)." 12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, *in casu*, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).
14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.
15. A doutrina abalizada é no sentido de que: "Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a 'possibilidade de reviver', pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo). Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição. Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil: 'Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.' Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação. Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição." (Eurico Marcos Diniz de Santi, *in* "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)
16. Destarte, a propositura da ação constitui o *dies ad quem* do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.
17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC).
18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevindo em junho de 2002.
19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.
(REsp 1120295/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR CULPA DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 106 DO STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ.
1. O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário.

2. A perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. Inteligência da Súmula 106/STJ. (Precedentes: AgRg no Ag 1125797/MS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 16/09/2009; REsp 1109205/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 29/04/2009; REsp 1105174/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 09/09/2009; REsp 882.496/RN, Rel.
Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 26/08/2008; AgRg no REsp 982.024/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 08/05/2008)
3. *In casu*, a Corte de origem fundamentou sua decisão no sentido de que a demora no processamento do feito se deu por culpa dos mecanismos da Justiça, *verbis*: "Com efeito, examinando a execução fiscal em apenso, constata-se que foi a mesma distribuída em 19/12/2001 (fl.02), tendo sido o despacho liminar determinando a citação do executado proferido em 17/01/2002 (fl. 02 da execução). O mandado de citação do devedor, no entanto, somente foi expedido em 12/05/2004, como se vê fl. 06, não tendo o Sr. Oficial de Justiça logrado realizar a diligência, por não ter localizado o endereço constante do mandado e ser o devedor desconhecido no local, o que foi por ele certificado, como consta de fl. 08, verso, da execução em apenso. Frustrada a citação pessoal do executado, foi a mesma realizada por edital, em 04/04/2006 (fls. 12/12 da execução). (...) No caso destes autos, todavia, o fato de ter a citação do devedor ocorrido apenas em 2006 não pode ser imputada ao exequente, pois, como já assinalado, os autos permaneceram em cartório, por mais de dois anos, sem que fosse expedido o competente mandado de citação, já deferido, o que afasta o reconhecimento da prescrição. (...) Ressalte-se, por fim, que a citação por edital observou rigorosamente os requisitos do artigo 232 do Código Processual Civil e do art. 8º, inciso IV, da Lei 6.830/80, uma vez que foi diligenciada a citação pessoal, sem êxito, por ser o mesmo desconhecido no endereço indicado pelo credor, conforme certificado pelo Sr. Oficial de Justiça, à fl. 08, verso dos autos da execução."
4. A verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ.
5. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
(REsp 1102431/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No mesmo sentido, destaco *AgInt no AREsp 912577/BA*, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 15/02/2017, *AgRg no Ag 1125052/SP*, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/12/2016.

Com efeito, muito embora os argumentos expendidos pelo agravante, temos que na sistemática do artigo 543-C, § 7º, do CPC/1973 - artigo 1.030, I, "b", artigo 1.040, I, do CPC de 2015, publicado o acórdão paradigma, os recursos excepcionais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de haver correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior.

Dessa forma, deve ser mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia.

Ressalte-se, por fim, não ser cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia, "isso porque foi

opção do legislador dar a máxima efetividade à sistemática dos recursos repetitivos, atribuindo, aos Tribunais estaduais e regionais, em caráter exclusivo e definitivo, a competência para proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente abstrato formado no recurso paradigma" - Pet 011999, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data da Publicação 27/06/2017.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo interno.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

EMBARGOS INFRINGENTES
0001678-31.2008.4.03.6182
(2008.61.82.001678-0)

Embargante: UNIÃO FEDERAL
Embargado: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP
Sucedida: REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: EI 1932395
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - EFICÁCIA OBSTATIVA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - NULIDADE INOCORRENTE - EMBARGOS INFRINGENTES - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - RFFSA - IPTU - IMUNIDADE A PARTIR DE 22 DE JANEIRO DE 2007.

1. Em momento posterior ao julgamento da apelação, o Supremo Tribunal Federal declarou a responsabilidade da União, pelos débitos da extinta RFFSA, no regime de que tratava o artigo 543-B, do Código de Processo Civil.

2. A eficácia obstativa - não meramente suspensiva - decorre da decisão do Supremo Tribunal Federal e deve ser observada nos processos em curso.

3. O STF (RE 599176) e a 2ª Seção do TRF3 (EI 1673095) negam a imunidade à União, na qualidade de sucessora da RFFSA, por débitos tributários desta última.

4. O tributo devido pela RFFSA, antes de sua extinção, é exigível da União.

5. Embargos infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de outubro de 2017.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos à execução fiscal de débitos de IPTU e taxa municipal (exercício de 1997).

A r. sentença (fls. 82/95) julgou o pedido inicial procedente, em parte, para afastar a cobrança do IPTU.

No julgamento realizado em 27 de março de 2014, a Quarta Turma desta Corte, à unanimidade, negou provimento às apelações e à remessa oficial.

Em 25 de setembro de 2014, a Quarta Turma, por maioria, acolheu os embargos de declaração do Município, com efeitos infringentes, para declarar a exigibilidade do imposto.

A ementa (fls. 167):

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO E. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SUBMETIDO AO ARTIGO 543-C DO CPC. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. AFASTAMENTO. DÉBITOS DA RFFSA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. EFEITOS INFRINGENTES.
> I - Cabem embargos de declaração nas hipóteses listadas no art. 535 do CPC, isto é, havendo obscuridade, contradição, omissão e, conforme entendimento jurisprudencial, erro material.
> II - Entendimento firmado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento de Recurso Extraordinário submetido ao regime do artigo 543-C do CPC, segundo o qual é responsabilidade da União Federal, eis que é sua sucessora, quitar débito de IPTU da extinta Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA).
> VIII - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento à apelação do Município de São Paulo, prosseguindo-se na execução.

Embargos infringentes da União (fls. 169/178), nos quais suscita preliminar de nulidade: não seria possível a revisão da matéria, em embargos de declaração, nos termos do artigo 535, do Código de Processo Civil.

No mérito, pretende a prevalência do voto vencido. Argumenta com a nulidade da CDA, em razão da imunidade tributária recíproca e da natureza pública dos serviços prestados pela RFFSA.

Contrarrazões (fls. 192/194).

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

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

A preliminar não tem pertinência.

Em momento posterior ao julgamento da apelação, o Supremo Tribunal Federal declarou a responsabilidade da União, pelos débitos da extinta RFFSA, no regime de que tratava o artigo 543-B, do Código de Processo Civil.

A eficácia *obstativa* - não meramente suspensiva - decorre da decisão do Supremo Tribunal Federal e deve ser observada nos processos em curso.

A execução tem por objeto a cobrança de IPTU e taxa referente ao exercício de 1997.

Em 22 de janeiro de 2007, a União sucedeu a extinta RFFSA, aqui a suposta devedora originária.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reconheceu a responsabilidade tributária da União, na qualidade de sucessora da RFFSA, por débitos anteriores à data da sucessão:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE À RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO.
> A imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (aplicação "retroativa" da imunidade tributária). Recurso Extraordinário ao qual se dá provimento.
> (RE 599176, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Neste precedente, o voto do Ministro Luiz Fux ressaltou que a definição do tema ainda dependia da consideração de outro fundamento:

> Ministro Luiz Fux - Vossa Excelência deu provimento, porque analisou o recurso sob o ângulo da responsabilidade pela sucessão. Vossa Excelência não analisou, digamos assim, a natureza jurídica da Rede Ferroviária Federal, que levaria a Corte ao raciocínio no sentido de que, se ela já era imune - ninguém pode transferir mais do que tem nem menos do que tem -, então, ela transferiria também a imunidade dela. Mas, não é isso que está em jogo. O que está em jogo é saber se o adquirente responde tributariamente pelas obrigações do predecessor. E é isso que está em jogo.
> (...)
> E há um outro aspecto, quer dizer, as regras imunizantes, elas são efetivamente de interpretação restrita. Não está em jogo aqui a questão subjacente do pacto federativo, e o Ministro Teori Zavascki citou, com muita propriedade, que nós não analisamos esses antecedentes que a Suprema Corte chancelou quanto à possibilidade de conceder imunidade a empresas públicas e sociedades de economia mista. Não são esses precedentes que estão em jogo.
> (...)
> De sorte que essa repercussão geral precisa ficar bem adstrita a esse tema da sucessão, e, nesse sentido, acompanho Vossa Excelência.

Na linha do destaque acima, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, chegou a reconhecer a imunidade à União - RE 971808.

Ocorreu que o próprio Ministro Celso de Mello mudou de posição e decidiu que a questão não deveria ser apreciada pelo STF - RE 971802.

Isto, após o próprio STF recusar, à matéria, a apreciação em regime de repercussão geral - Tema 909.

Seja como for, a 2ª Seção do TRF3 firmou o entendimento de que a União deve responder pelos débitos tributários da RFFSA. Confira-se:

> EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL DA EXTINTA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA. SUCESSÃO PELA UNIÃO. DÉBITO TRIBUTÁRIO ANTERIOR À SUCESSÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA AFASTADA. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS.
> 1. Conforme a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal - STF, a imunidade tributária da União não afasta a responsabilidade por débitos anteriores à sucessão "na hipótese em que o sujeito passivo era contribuinte regular do tributo devido". A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, "a", da CF/1988, existe, tão-somente, quanto aos fatos imponíveis ocorridos após a sucessão da RFFSA. *In casu*, verifica-se que os imóveis da extinta RFFSA foram incorporados ao patrimônio da União Federal, nos termos da Medida Provisória nº

353, de 22/01/2007, convertida em Lei nº 11.483, de 31/05/2007.
2. Desta forma, aos impostos constituídos a partir de 22/01/2007, deve-se reconhecer a imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, "a", da CF. Assim, é exigível a cobrança do IPTU constituído antes de 22/01/2007, tendo em vista que a RFFSA era sociedade de economia mista, portanto, pessoa jurídica de direito privado e sujeita às regras do direito privado, nos termos do artigo 173, § 1º, II, da CF (AC nº 0014062-26.2008.4.03.6182/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, j. 04/03/2015), excluindo-se, porém, a sua cobrança de lançamentos constituídos depois de 22/01/2007, ante a imunidade recíproca da União Federal.
3. A imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a") de que goza a União não afasta a sua responsabilidade tributária por sucessão (CTN, artigo 130), na hipótese em que o sujeito passivo, à época dos fatos geradores, era contribuinte regular do tributo devido.
4. Assim, de acordo com os parâmetros fornecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se poderia estender a norma que prevê a imunidade tributária recíproca à RFFSA (artigo 150, VI, a, e §2º, da CF/1988).
5. Embargos Infringentes não providos.
(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1673095 - 0002427-17.2010.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 06/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/12/2016).

De outro lado, quanto às exigências posteriores a 22 de janeiro de 2007, a solução é diversa.

O artigo 150, inciso VI, alínea "a" e § 2º, da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
VI - instituir impostos sobre:
a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
(...)
§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", (imunidade sobre patrimônio rendas ou serviços, uns dos outros) é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Nestes termos, deve ser reconhecida a imunidade recíproca, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea "a" e § 2º, da Constituição, para impostos referentes a exercícios posteriores à sucessão da RFFSA pela União.

Por estes fundamentos, *nego provimento* aos embargos infringentes.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

Embargos infringentes opostos pela União Federal contra acórdão que, por maioria, acolheu embargos de declaração da municipalidade com efeitos infringentes, a fim de prover seu apelo e determinar o prosseguimento da execução do IPTU da extinta RFFSA, ocasião

em que votei para rejeitá-los. O eminente Relator votou no sentido de desprover o recurso. Divirjo, todavia.

I - Da imunidade tributária

Ab initio, impende registrar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 599.176/PR. A corte analisou o tema da imunidade recíproca (artigo 150, CF/1988) quando ocorrida a sucessão tributária e, consequentemente, a assunção de débitos exacionais pelo sucessor. *O julgado, portanto, ficou adstrito à aplicação retroativa dos efeitos da imunidade*. Confira-se o posicionamento dos Ministros Luiz Fux e Carmem Lúcia na votação do representativo, *verbis*:

> *Ministro Luiz Fux* - Vossa Excelência deu provimento, porque analisou o recurso sob o ângulo da responsabilidade pela sucessão. Vossa Excelência não analisou, digamos assim, a natureza jurídica da Rede Ferroviária Federal, que levaria a Corte ao raciocínio no sentido de que, se ela já era imune - ninguém pode transferir mais do que tem nem menos do que tem -, então, ela transferiria também a imunidade dela. Mas, não é isso que está em jogo. *O que está em jogo é saber se o adquirente responde tributariamente pelas obrigações do predecessor. E é isso que está em jogo.*
> (...)
> E há um outro aspecto, quer dizer, as regras imunizantes, elas são efetivamente de interpretação restrita. Não está em jogo aqui a questão subjacente do pacto federativo, e o Ministro Teori Zavascki citou, com muita propriedade, *que nós não analisamos esses antecedentes que a Suprema Corte chancelou quanto à possibilidade de conceder imunidade a empresas públicas e sociedades de economia mista. Não são esses precedentes que estão em jogo.*
> (...)
> De sorte que essa repercussão geral precisa ficar bem adstrita a esse tema da sucessão, e, nesse sentido, acompanho Vossa Excelência.
> *Ministra Carmem Lúcia* - Presidente, também acompanho Vossa Excelência com a mesma delimitação, ou seja, *não estamos a discutir a questão nem do serviço público, que era prestado, nem das condições*. Então, voto restrita ao que definiu bem Vossa Excelência, que é a questão da sucessão. Até a sucessão ela era obrigada a pagar, e, portanto, quem sucede, sucede com esses ônus.
> (destaques aditados)

O representativo de controvérsia apreciado versava sobre situação similar à dos presentes autos, qual seja, dívidas tributárias assumidas pela União em razão de ser sucessora da RFFSA, tema analisado, no entanto, somente à luz da possibilidade de aplicação da imunidade "retroativa", uma vez que o sucessor é o ente federal. Ao final, o Pretório Excelso decidiu, à unanimidade, que *a imunidade tributária recíproca não afasta a responsabilidade tributária por sucessão nos casos em que o sujeito passivo era contribuinte regular do tributo devido.* Transcreve-se a ementa:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE À RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO.
> - A imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (*aplicação "retroativa" da imunidade tributária*).
> - Recurso Extraordinário ao qual se dá provimento. (destaques aditados)
> (STF, RE 599176/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, v.u., julgado em 05/06/2014).

A questão que envolve a assunção das dívidas da RFFSA pela União voltou a ser apreciada pelo Plenário do C. STF na sessão de julgamentos de 12/08/2016, a partir de outra perspectiva. Os ministros analisaram a linha de argumentação expendida pela União, recorrente, atrelada à *natureza dos serviços prestados pela Rede Ferroviária*, com o fito de demonstrar que não era contribuinte regular do imposto objeto da cobrança, *dada a aplicação da imunidade tributária à própria RFFSA*. Em suas razões recursais, sustentou que tal situação, por si só, atrairia a incidência, por extensão, dos normativos que cuidam da não tributação recíproca entre os entes federativos (§ 2º do artigo 150 da CF/1988), a tornar imperativo o reconhecimento da imunidade à Rede Ferroviária. A sucessão pelo ente federal, em consequência, operar-se-ia com os mesmos atributos, à vista do tratamento dispensado pela Magna Carta. Colacionam-se os correlatos dispositivos:

> *Art. 21.* Compete à União:
> (...)
> XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> (...)
> d) os *serviços de transporte ferroviário* e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
> (...)
>
> *Art. 150.* Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, *é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios*:
> (...)
> VI - instituir impostos sobre:
> a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
> (...)
> § 2º. A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.
> (...)
>
> *Art. 173.* Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> § 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> § 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios

> fiscais não extensivos às do setor privado.
> (...)
>
> *Art. 175*. Incumbe ao *Poder Público*, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a *prestação de serviços públicos*.
> (destaques aditados)

O Supremo Tribunal Federal, todavia, ao apreciar a existência de repercussão geral quanto à matéria, tema 909, Recurso Extraordinário nº 959.489/SP - *preenchimento dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca pela Rede Ferroviária Federal S/A* -, exarou entendimento no sentido de que *a questão não tem natureza constitucional*, posto que adstrita ao atendimento pela RFFSA dos requisitos indispensáveis ao gozo da imunidade recíproca (artigo 150, VI, alínea "a", da CF/1988), *análise que se dá em âmbito infraconstitucional* e, além disso, demanda *reexame do conjunto fático-probatório*, incabível na via recursal extraordinária. O julgado restou assim ementado:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A (RFFSA). PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO GOZO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, "A", DA CF/88). *MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL*.
> 1. Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa ao preenchimento, pela Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da CF/88).
> 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
> 3. *Ausência de repercussão geral da questão suscitada*, nos termos do art. 1.035 do CPC/2015.
> (destaques aditados)
> (STF, RE 959489, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, julgado em 12/08/2016).

Transcreve-se, também, excerto do voto do relator, Ministro Teori Zavascki:

> (...) 2. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia com base no RE 599.176 (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014, Tema 224), no qual foi assentado que a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos ocorridos antes da sucessão (aplicação retroativa da imunidade tributária). *Neste recurso extraordinário, sustenta-se que a própria pessoa jurídica sucedida, a RFFSA, gozaria de imunidade tributária recíproca em razão de prestar serviços públicos de titularidade da União. Trata-se, portanto, de temática evidentemente diversa daquela decidida no RE 599.176*.
> 3. A discussão submetida pela União ao exame do Supremo Tribunal Federal não envolve a interpretação do art. 150, VI, a, da CF/88, mas apenas o exame do preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos necessários ao gozo da imunidade tributária recíproca pela RFFSA. Não há, portanto, matéria constitucional a ser analisada, porquanto a controvérsia abordada pelo recurso extraordinário soluciona-se tão somente à luz da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais pertinentes à RFFSA e do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência essa vedada nesta via recursal (Súmula 279/STF). O Supremo Tribunal Federal já pacificou a orientação de que é inviável a apreciação, em recurso extraordinário, de alegada violação a dispositivo da Constituição Federal que, se houvesse, seria meramente indireta ou reflexa, uma vez que é imprescindível a análise de normas infraconstitucionais.

> Nesse sentido, em casos idênticos:
> (...)
> 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).
> 5. Diante do exposto, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão suscitada.
> (destaques aditados)

Constata-se, assim, não haver decisão do Pretório Excelso sobre a *quaestio* atinente à imunidade tributária da RFFSA em virtude da *prestação de serviço público de titularidade da União*, o que significa inexistir óbice à resolução da lide sob tal prisma. Ausente qualquer efeito vinculante (artigo 543-B do CPC/1973, vigente à época), à vista do não pronunciamento do STF, *deve a matéria ser resolvida pelas instâncias ordinárias, à luz dos normativos infraconstitucionais de sua regência*. Em consequência, não mais subsiste o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o tema deve ser apreciado pela Suprema Corte, pois seu deslinde estaria atrelado exclusivamente aos normativos de âmbito constitucional, sob pena se usurpação de sua competência: "muito embora tenham sido citados dispositivos infraconstitucionais, a matéria foi decidida sob enfoque eminentemente constitucional, qual seja, a imunidade tributária, sendo defeso o exame por esta Corte, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso. Consoante a reiterada jurisprudência desta Corte, não compete ao Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional." (STJ, AGREsp 1564468, Rel. Des. Fed. Conv. Diva Malerbi, Segunda Turma, v.u., DJe 09/03/2016. No mesmo sentido: AGAREsp 825427, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, v.u., DJe 26/04/2016; REsp 1575338, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 11/03/2016).

Cabe registrar, contudo, que o exame do tema sob o enfoque da legislação ordinária não pode dar-se em descompasso com os normativos da Lei Maior, porque deve a eles se harmonizar, interpretado o ordenamento pátrio de modo a observar e atender à *mens legis*. Passa-se, assim, a tal análise, para o escopo de verificar o preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos infraconstitucionais necessários ao gozo da imunidade tributária pela RFFSA, atinentes à natureza do serviço prestado, com indicação da legislação e, também, dos precedentes históricos pertinentes à solução da controvérsia, considerada sua interpretação em coadunação aos ditames constitucionais, conciliados os regramentos aplicáveis à espécie por meio da interpretação sistemática do ordenamento pátrio.

A exação objeto da presente ação, imposto predial e territorial urbano - IPTU, refere-se a exercício anterior a 2007, quando o imóvel tributado era de propriedade da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, *sociedade de economia mista concebida para a exploração de serviços públicos de transporte ferroviário de competência da União* (artigo 21, inciso XII, alínea "d", CF/1988, anteriormente transcrito). Estava funcionalmente vinculada ao Mistério dos Transportes e sua criação foi autorizada pela Lei nº 3.115/1957:

> *Art. 1º*. Fica o Poder Executivo autorizado a constituir, nos termos da presente lei, uma sociedade por ações sob a denominação de *Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima* (R.F.F.S.A.), à qual serão incorporadas as *estradas de ferro de propriedade da União* e por ela administradas, assim como as que venham a ser transferidas ao domínio da União, ou

> cujos contratos de arrendamento sejam encampados ou rescindidos.
> (destaques aditados)

A RFFSA foi instituída especificamente para promover e administrar os interesses da União, de natureza exclusiva (artigo 21, XII, "d", CF/1988), concernentes à atividade de transporte ferroviário. Era constituída pela consolidação de 18 ferrovias regionais e atendeu diretamente, por décadas, a 19 unidades da federação, com atuação em 4 das 5 regiões do país e malha ferroviária de aproximadamente 22 mil quilômetros.

A citada Lei nº 3.115/1957, em seu artigo 7º, "a", determinou ser de sua competência "administrar, explorar, conservar, reequipar, ampliar, melhorar e manter em tráfego as estradas de ferro a ela incorporadas". *Delegou, portanto, a prestação de serviço público essencial atribuído pela Lei Maior exclusivamente à União (consoante o mencionado artigo 21, XII, "d"), cuja execução passou, por disposição da legislação infraconstitucional, à Rede Ferroviária, na forma autorizada pelo artigo 175 da Magna Carta (anteriormente transcrito).*

Sobre a *natureza jurídica da RFFSA*, insta anotar que há dois tipos de sociedade de economia mista, a que é primariamente prestadora de serviço público por outorga estatal e aquela que tem por finalidade principal a exploração de atividade econômica. A Rede Ferroviária era ente da administração pública indireta que prestava de serviço público de relevante interesse da coletividade e, portanto, *não tinha o escopo essencial de auferir lucro, o que não significa vedação à obtenção de rendimentos decorrentes do desempenho de suas atividades legalmente delegadas*.

A Lei nº 3.115/1957 autorizou o poder público a criar a RFFSA e é um dos diplomas regentes não só da forma de sua constituição, como também da própria prestação do serviço ferroviário, abarcada a destinação de eventuais lucros dela auferida. A título ilustrativo, transcreve-se o teor dos artigos 19 e 21, que dispõem sobre a alocação dos rendimentos, acaso obtidos, por meio de rateio entre empregados e acionistas:

> *Art. 19.* Os Estatutos da R.F.F.S.A. prescreverão normas específicas para a participação de seus empregados, qualificados no art. 14, nos lucros da sociedade, as quais deverão prevalecer até que, de modo geral, seja regulamentado o inciso IV do art. 157 da Constituição.
>
> *Art. 21.* Enquanto a União for detentora da totalidade do capital da R.F.F.S.A., os lucros líquidos da sociedade serão considerados reservas, e, quando atingirem Cr$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de cruzeiros) anuais, os lucros líquidos que ela apurar terão o destino fixado neste artigo, ainda quando a União não seja a detentora da totalidade do seu capital.
> Quando as dotações ou auxílios da União se tornarem inferiores a Cr$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões de cruzeiros) anuais, será permitida a distribuição de dividendos, ficando retidos, em conta especial, em poder da sociedade somente os atribuídos às ações de propriedade da União, para serem aplicados em aumento de capital, mantido, quanto a este, o direito de participação proporcional dos demais acionistas.

Conforme se observa, a União, ao instituir a RFFSA, objetivou alcançar o interesse público por meio da delegação da prestação do serviço de transporte ferroviário. *Visou, inequivocamente, atender ao bem comum em primeiro plano e não perseguir lucro, o qual era mera decorrência do desenvolvimento das atividades para as quais foi criada, o que o torna legítimo e não descaracteriza sua intrínseca essência.* Admite-se o proveito financeiro, portanto, quando não configura fim último da sociedade de economia mista. Em verdade, a lucra-

tividade pode constituir o próprio meio necessário à consecução do interesse público primário por meio da prestação de serviço público essencial (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedade Anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

A RFFSA procedeu à prestação do transporte ferroviário nos exatos termos ora apontados. Sua constituição se deu de forma a inequivocamente priorizar o aludido serviço público, de modo que a eventual percepção de lucros não traduz seu escopo fundamental. Por tais motivos, não se aplicam as disposições atinentes à exploração de atividade econômica, previstas no citado artigo 173 da CF/1988, em especial os privilégios fiscais concedidos à iniciativa privada - dos quais nunca foi beneficiária. Sua criação, enfatize-se, deu-se unicamente para o escopo de desenvolver atividade de competência exclusiva da União. Sobre o tema, assim se manifestou o Ministro Maurício Corrêa, por ocasião da relatoria do RE nº 220.906, que: "não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, art. 173, § 2º)" (STF, RE 220906, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 16/11/2000, DJ 14/11/2002). Dessa forma, apenas quando as entidades de economia mista *não*se destinam à prestação exclusiva de serviço público é que podem ser caracterizadas como instrumentos de intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito. Nesse caso, não podem receber o mesmo tratamento tributário conferido à fazenda pública, em razão de seu evidente propósito de obtenção de lucro (STF, ACO 2730/DF). Tal situação não ocorre no presente caso, uma vez que a Rede Ferroviária, frise-se, nunca foi equiparada aos particulares, considerada, assim, atrelada à consecução do bem comum por meio da prestação do transporte ferroviário.

As sociedades de economia mista prestadoras de serviço exclusivo dos entes federativos e para tal restrita finalidade criadas, como a RFFSA, estão regidas por regime predominantemente público e devem receber o mesmo tratamento dispensado ao poder público - não só para fixação do regime tributário como, *e.g.*, para admissão de pessoal por meio de concurso público, observância aos primados da administração pública e submissão ao controle externo pelo Tribunal de Contas quanto a seus procedimentos e aplicação de recursos financeiros (STF, MS 25092, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, v.u., DJ 17/03/2016). Desse modo, mesmo em razão da possibilidade de colisão entre o interesse público perseguido e o intuito de lucro dos acionistas privados, tal circunstância não retira seu caráter e regime públicos, inclusive porque prevalece a função institucional da devida prestação do transporte ferroviário sobre os interesses privados.

Ainda sobre o propósito institucional da RFFSA, cumpre evidenciar que está insculpido não só na lei de sua criação, como nos demais normativos regentes do tema. Portanto, *a presunção que milita em favor da sociedade de economia mista é a de que atua dentro de tais ditames, não o contrário - primado da presunção de legitimidade da atuação da administração pública direta e indireta*. Em consequência, não se pode inferir que a consecução do serviço público a ela delegado tenha sido executada em desacordo com os preceitos legais. Incumbe à parte contrária, *o município*, comprovar que a Rede Ferroviária não se conduziu em estrita observância à correlata regulamentação e que sua existência não estava exclusivamente voltada à prestação do transporte ferroviário, o que inocorre *in casu*.

Vale transcrever, também, o magistério de Roque Antonio Carrazza (*in* Curso de Direito Constitucional Tributário, 22ª Edição, Editora Malheiros, 2006, pp. 706/709), *verbis*:

> Aprofundando o assunto, as empresas estatais, quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia - e que, portanto, não exploram atividades econômicas -, não se sujeitam à tributação por meio de impostos, justamente porque são a "longa manus" das pessoas políticas que por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar.
> A circunstância de serem revestidas da natureza de "empresa pública" ou de "sociedade de economia mista" não lhes retira a condição de "pessoas administrativas", que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum.
> (...)
> Muito bem, as pessoas administrativas delegatárias de serviços públicos, que lhes dão grande cópia de prerrogativas, inclusive no que concerne à tributação, a elas se aplicando, por inteiro, a imunidade do art. 150, VI, "a", da CF.
> Sendo mais específicos, tais pessoas, enquanto, no exercício de suas funções típicas, auferem *rendimentos*, são imunes ao IR e aos tributos que incidem sobre *lucros, receitas, rendimentos* etc.; enquanto proprietárias dos imóveis que lhes dão "base material" para o desempenho de suas atividades típicas, são *imunes ao IPTU*; enquanto proprietárias dos serviços públicos ou na prática de atos de polícia, são imunes ao *IPVA*; e assim avante.
> Remarque-se que a circunstância de estas pessoas terem personalidade de direito privado não impede recebam especial proteção tributária, justamente pra possibilitar a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia.
> (...)
> Neste sentido, enquanto atuam como se pessoas políticas fossem, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ser embaraçadas ou anulada sua ação pública por meio de impostos. Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, "a", da CF.
> (destaques aditados)

Na mesma linha, a Ministra do STJ, Regina Helena Costa, assevera:

> Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal - empresa pública ou sociedade de economia mista - que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.
> (...)
> Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço público - consoante a noção exposta -, o regime de sua atividade é o de Direito Público, o que inclui, dentre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.
> O raciocínio resume-se no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imune à tributação por via de impostos. *Ora a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída - empresa pública ou sociedade de economia mista -, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico - inclusive tributário - que incide sobre a mesma prestação.*
> (*in* Imunidades Tributárias - Teoria e Análise da Jurisprudência do STF, São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 2006, pp. 143/144. Destaques aditados).

Pertinente analisar, também, para ponderar a respeito da natureza jurídica da RFFSA, o cenário de privatização promovido pelo governo Fernando Henrique Cardoso com a criação do Programa Nacional de Desestatização - PND por meio da Lei nº 8.031/1990 - diploma posteriormente revogado pela Lei nº 9.491/1997, o qual alterou normas de caráter procedimental relativas ao aludido programa. Em razão da autorização legal firmada, foi editado o Decreto nº 473, de 10 de março de 1992, que incluiu a RFFSA no programa e, assim, ensejou a promoção de estudos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico

e Social (BNDES), os quais "recomendaram a transferência para o setor privado dos serviços de transporte ferroviário de carga. Essa transferência foi efetivada no período 1996/1998, de acordo com o modelo que estabeleceu a segmentação do sistema ferroviário em seis malhas regionais, sua concessão pela União por 30 anos, mediante licitação, e o arrendamento, por igual prazo, dos ativos operacionais da RFFSA aos novos concessionários. Em 1998, houve a incorporação da Ferrovia Paulista S.A (FEPASA) à RFFSA, ao que se seguiu, em dezembro desse ano, a privatização daquela malha." (fonte: http://www.transportes.gov.br/orgaos-extintos.html). Transcrevem-se os correlatos dispositivos:

> Lei nº 8.031/1990
> Art. 1º. É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:
> I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
> II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
> III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
> IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
> V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
> VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.
> Art. 2º. Poderão ser privatizadas, nos termos desta lei, as empresas:
> I - controladas, direta ou indiretamente, pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; ou
> II - criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle, direto ou indireto, da União.
> § 1º. Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.
> § 2º. Aplicam-se os dispositivos desta lei, no que couber, à alienação das participações minoritárias diretas e indiretas da União, no capital social de quaisquer outras empresas.
> § 3º. Não se aplicam os dispositivos desta lei às empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de acordo com os arts. 21, 159, inciso I, alínea c e 177 da Constituição Federal, ao Banco do Brasil S.A., e, ainda, ao órgão oficial ressegurador referido no inciso II do art. 192 da Constituição Federal.
>
> Decreto nº 473/1992
> Art. 1º. Ficam incluídas no Programa Nacional de Desestatização - PND, para os fins da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, as empresas:
> I - Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA;
> (...)
> (destaques aditados)

Apenas a título de registro, a partir do cotejo dos normativos legais ora transcritos aos ditames constitucionais a respeito do tema, anteriormente mencionados, impende consignar que *a inclusão da Rede Ferroviária no programa de desestatização do governo federal é cir-*

cunstância que não tem o condão de modificar ou interferir, de qualquer forma, na natureza da prestação do serviço de transporte ferroviário, porquanto é inequivocamente caracterizado como público e essencial, de competência exclusiva da União, cuja execução, frise-se, pode dar-se de modo direto ou indireto, nos termos da legislação ordinária, com supedâneo na autorização constitucional contida no citado artigo 175 da CF/1988: "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*". Atente-se à regulamentação trazida também no âmbito da Lei nº 8.987/1995:

> *Art. 1º.* As *concessões de serviços públicos* e de obras públicas e as *permissões de serviços públicos reger-se-ão* pelos termos do *art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei*, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.
> Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.
> (destaques aditados)

A delegação da administração e execução do transporte ferroviário à iniciativa privada não fez desaparecer sua natureza originária, pois a outorga da gestão e exploração do aludido serviço não modificou sua qualidade de *público*, na forma preceituada pela Lei Magna e que foi estritamente observada pela regulamentação procedida em âmbito infraconstitucional - a qual, em verdade, não poderia dispor sobre a matéria de forma diversa, sob pena de restar configurada afronta à normatização procedida pelo constituinte, que deve ser fielmente perseguida pelo legislador ordinário.

Não obstante tenha sido transferida a exploração da infraestrutura ferroviária federal *sub judice*, remanesce a *titularidade constitucional* de tal serviço público, em especial, saliente-se, porque *seus atributos não são passíveis de alteração pela legislação ordinária*. Tal situação traz como decorrência, inclusive, a responsabilidade subsidiária da concedente, União, em relação à devida prestação do serviço, em razão de ser titular exclusiva da atividade vinculada ao transporte férreo, ainda que a execução se dê por meio indireto. Legitimada, portanto, a inclusão da União nas lides em que a RFFSA figurar como autora, ré ou interveniente, bem como naquelas em que se discute acerca da gestão e execução do transporte ferroviário prestado por meio da concessionária (ementas a seguir colacionadas: STJ, REsp 1426884 e AGREsp 1119560).

Para finalizar o retrospecto histórico e legislativo, consigne-se que a RFFSA entrou em processo de dissolução, liquidação e extinção, nos termos do Decreto nº 3.277/1999, adotado expressamente o procedimento da Lei nº 8.029/1990 e Lei nº 9.491/1997 por força do disposto no mencionado decreto, nos seguintes termos:

> Decreto nº 3.277/1999
> Art. 1º. Fica dissolvida a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, incluída no Programa Nacional de Desestatização pelo Decreto nº 473, de 10 de março de 1992.
> Art. 2º. A liquidação da RFFSA far-se-á de acordo com as disposições da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, conforme determina o art. 24 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.
>
> Lei nº 8.029/1990
> Art. 1º. É o Poder Executivo autorizado a extinguir ou a transformar as seguintes entidades da Administração Pública Federal:
> (...)

> Art. 23. A União sucederá a entidade, que venha a ser extinta ou dissolvida, nos seus direitos e obrigações decorrentes de norma legal, ato administrativo ou contrato, bem assim nas demais obrigações pecuniárias. (Renumerado do art 20 pela Lei nº 8.154, de 1990)
>
> Lei nº 9.491/1997
> Art. 24. No caso de o Conselho Nacional de Desestatização deliberar a dissolução de sociedade incluída no Programa Nacional de Desestatização, aplicar-se-ão, no que couber, as disposições da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.
> (destaques aditados)

A Rede Ferroviária foi extinta por meio da Lei nº 11.483/2007 (conversão da MPv nº 533/2007) e, então, sucedida pelo ente federal (artigos 1º e 2º), matéria que foi também regulada pelos Decretos nº 6.018/2007 e nº 7.929/2013. Confira-se:

> Lei nº 11.483/2007
> Art. 1º. Fica encerrado o processo de liquidação e extinta a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, sociedade de economia mista instituída com base na autorização contida na Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957.
> Parágrafo único. Ficam encerrados os mandatos do Liquidante e dos membros do Conselho Fiscal da extinta RFFSA.
> Art. 2º. A partir de 22 de janeiro de 2007:
> I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, opoente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do *caput* do art. 17 desta Lei; e
> II - os bens imóveis da extinta RFFSA ficam transferidos para a União, ressalvado o disposto nos incisos I e IV do *caput* do art. 8o desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.772, de 2008
> Parágrafo único. Os advogados ou escritórios de advocacia que representavam judicialmente a extinta RFFSA deverão, imediatamente, sob pena de responsabilização pessoal pelos eventuais prejuízos que a União sofrer, em relação às ações a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo:
> I - peticionar em juízo, comunicando a extinção da RFFSA e requerendo que todas as citações e intimações passem a ser dirigidas à Advocacia-Geral da União; e
> II - repassar às unidades da Advocacia-Geral da União as respectivas informações e documentos.
>
> Art. 8º. Ficam transferidos ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT:
> I - a propriedade dos bens móveis e imóveis operacionais da extinta RFFSA;
> II - os bens móveis não-operacionais utilizados pela Administração Geral e Escritórios Regionais da extinta RFFSA, ressalvados aqueles necessários às atividades da Inventariança; e
> III - os demais bens móveis não-operacionais, incluindo trilhos, material rodante, peças, partes e componentes, almoxarifados e sucatas, que não tenham sido destinados a outros fins, com base nos demais dispositivos desta Lei.
> IV - os bens imóveis não operacionais, com finalidade de constituir reserva técnica necessária à expansão e ao aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, ressalvados os destinados ao FC, devendo a vocação logística desses imóveis ser avaliada em conjunto pelo Ministério dos Transportes e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme dispuser ato do Presidente da República. (Incluído pela Lei nº 11.772, de 2008)
>
> Decreto nº 6.018/2007
> Art. 1º. Compete ao Ministério dos Transportes a coordenação e a supervisão dos procedimentos administrativos relativos à Inventariança da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA.

> Decreto nº 7.929/2013
> Art. 3º. O Ministério dos Transportes elaborará relação com os bens imóveis não operacionais oriundos da extinta RFFSA considerados total ou parcialmente essenciais e indispensáveis para a expansão e aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, conforme o disposto no art. 1º, encaminhando-a à Secretaria do Patrimônio da União para a manifestação prevista no art. 4º.
> § 1º. A relação deve conter delimitação e descrição precisa da situação físico-ocupacional de cada imóvel ou parcela de interesse para constituição da reserva técnica, e indicação do aproveitamento da integralidade da área para uma ou mais das destinações previstas no art. 1º.
> § 2º. A relação deverá ser concluída e submetida à Secretaria do Patrimônio da União no prazo de seis meses, contado da data de publicação deste Decreto.
> (destaques aditados)

Analisados os normativos ora colacionados, constata-se que a *natureza pública, exclusiva e essencial dos serviços administrados e executados pela RFFSA* deriva, portanto, da interpretação sistemática e harmoniosa da legislação infraconstitucional regente da quaestio, que não alterou, ao revés, ratificou o norte constitucional conferido à matéria. É, de igual forma, corroborada por julgados do próprio Supremo Tribunal Federal aplicáveis por similitude e farta doutrina.

Não se desconhece haver entendimento da 2ª Seção deste E. Tribunal Regional Federal, no sentido de não ser reconhecido à RFFSA o gozo da imunidade tributária, em razão da natureza dos serviços que prestava (*e.g.*, EI 0026518-66.2012.4.03.6182, EI 0011638-14.2009.4.03.6105). No entanto, considerados os fundamentos ora consignados, há de ser perfilhado o entendimento no sentido da aplicação das normas imunizantes ao ente delegatário, o qual é corroborado pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal a seguir colacionados, que reconhecem a imunidade às sociedades de economia mista que se caracterizem inequivocamente como instrumentalidades estatais na prestação de serviço público:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. *IPTU*. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS, INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO. *CODESP - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INCUMBIDA DE EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PORTO MARÍTIMO* (ART. 21, XII, "F", DA CF). IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, "A", DA CF). ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE (RE N. 253.472). AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. No julgamento do RE n. 253.472, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 01.02.11, o Plenário do STF reconheceu, por efeito da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, "a", da CF), a inexigibilidade, por parte do Município tributante, do *IPTU* referente às atividades executadas pela CODESP - entidade delegatária de serviços públicos a que se refere o art. 21, XII, "f", da CF - , na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. (Precedentes: RE n. 253.394, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 11.4.03; AI n. 458.856, Relator o Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJ de 20.4.07; RE n. 265.749-Ed-Ed, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 22.08.11; AI n. 738.332-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 26.11.10, entre outros).
> 2. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: "Imposto - Predial e Territorial Urbano - Município de Santos - CODESP - Pretensão à imunidade do lançamento fiscal - Inviabilidade - Imunidade se aplica aos bens e serviços de ente estatal, não às sociedades de economia mista que os exploram - Isenção não renovada depois da Constituição Federal de

1.988 - Tributo devido. (...)"
3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (destaques aditados)
(STF, RE 462704 AgR, Re. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. *IMUNIDADE RECÍPROCA*. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. *EXTENSÃO A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA*. *PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO*. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (destaques aditados)
(STF, RE 647881 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012).

No mesmo sentido tem se manifestado esta E. Corte Regional:

TRIBUTÁRIO. ADMNISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. *REDE FERROVIÁRIA* FEDERAL S/A, SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU). IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXA MUNICIPAL. DÉBITOS NÃO ABRANGIDOS POR CONTRATO DE DAÇÃO EM PAGAMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM GRAU RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. TAXA DE REMOÇÃO DE LIXO DOMICILIAR. REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-B, § 3º DO CPC).
1. Com relação à cobrança do IPTU, a RFFSA foi constituída sob a forma de sociedade de economia mista, para exploração de serviços públicos de transporte ferroviário, de competência da União (art. 21, XII, d, CF/88), podendo se valer dos benefícios da imunidade consagrada aos entes políticos no art. 150, VI, a, da Carta Magna, não se sujeitando à tributação por meio de impostos. Precedentes deste Tribunal: 3ª Turma, AC nº 2007.61.10.012098-9, Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Jeuken, DJF3 07.04.2009, p. 485; 4ª Turma, AC nº 2008.61.17.001051-0, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, j. 15.10.2009, DJF3 CJ1 26.01.2010, p. 272.
(...)
8. Apelação e recurso adesivo improvidos. (destaques aditados)
(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AC 0009906-35.2008.4.03.6104, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, julgado em 20/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 Data:28/06/2013).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTA PORÃ. *IPTU*. IMUNIDADE RECÍPROCA.
I. A RFFSA por ser prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, está abrangida pela imunidade tributária recíproca no tocante aos impostos, a teor do artigo 150, VI, alínea "a" da Constituição Federal.
II. Honorários advocatícios reduzidos.
III. Reexame necessário parcialmente provido. (destaques aditados)
(TRF 3ª Região, Quarta Turma, REO 0001972-32.2008.4.03.6005, Rel. Desembargadora Federal Alda Basto, julgado em 02/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2013).

Ressalte-se que em julgamento recente o STF decidiu:

Vê-se, portanto, que a resolução do presente litígio há de resultar do reconhecimento, na espécie, de que a pretensão impositiva do Município, em tema de IPTU (imposto cuja exigibilidade está sendo questionada no caso), sofre as limitações decorrentes da garantia da imunidade tributária recíproca, que traduz uma das projeções concretizadoras do postulado constitucional da Federação.
(...)
Assim definida a questão, cumpre-me observar, desde logo, por relevante, que controvérsias assemelhadas à suscitada no presente recurso extraordinário - que concerniam a *empresas*

> *governamentais incumbidas, por outorga, de explorar atividades constitucionalmente reservadas a determinada entidade política* - já foram dirimidas por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos nos quais se reconheceu, em favor dessas mesmas empresas governamentais delegatárias de serviços públicos, alguns dos quais instituídos em regime constitucional de monopólio, a garantia da imunidade tributária recíproca (RTJ 187/355, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ACO 789/PI, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - ACO 814/PR, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI - RE 318.185-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM - RE 357.291-AgR/PR , Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 357.447-AgR/SP , Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 407.099/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 501.639-AgR/BA, Rel. Min. EROS GRAU - RE 542.454-AgR/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO - RE 598.322-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g).
> (RE 943885, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17/02/2016. No mesmo sentido: RE 971808, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 27/05/2016).

No tocante ao monopólio da atividade, extrai-se do excerto ora transcrito não ter sido considerado essencial para o reconhecimento da imunidade, uma vez que já fora admitida "em favor dessas mesmas empresas governamentais delegatárias de serviços públicos, *alguns dos quais* instituídos em regime constitucional de monopólio, a garantia da imunidade tributária recíproca". Ainda que assim não se entendesse, estaria caracterizado pela exclusividade da prestação do transporte férreo atribuída pelo constituinte ao ente federal, na forma dos fundamentos apresentados, *delegada unicamente à RFFSA*. Portanto, mesmo que tenha havido posterior desestatização, com concessão do dever de execução do serviço, sua natureza exclusiva não resta alterada, em especial quanto à Rede Ferroviária.

Tampouco se diga que os casos decididos pelo STF seriam diversos do presente. Tal realidade se verifica similar, inclusive, à da ECT e INFRAERO, às quais é reconhecido o direito ao gozo da imunidade tributária. Dessa forma, não há fator impeditivo à extensão do entendimento à RFFSA, porque se revela indubitavelmente prestadora de serviço exclusivo da União e atende aos requisitos constitucionais e legais para ser-lhe assegurada a imunidade tributária. Confira-se o posicionamento firmado pelo sodalício:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF).
> 1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. 2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados. 3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica. 4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional. 5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (destaques aditados)
> (STF, RE 773992, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 15/10/2014);

> IMUNIDADE RECÍPROCA - INFRAERO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Tribunal reafirmou o en-

> tendimento jurisprudencial e concluiu pela possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. (destaques aditados)
> (STF, AI-AgR 797034, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., Primeira Turma, j. 21/05/2013).

A RFFSA se enquadra nas situações ora colacionadas e, desse modo, atende aos requisitos tanto de âmbito infraconstitucional como aqueles listados pela Carta Magna para a ela ser reconhecido o direito à imunidade tributária.

A notoriedade do caráter público, exclusivo e essencial do transporte ferroviário pode ser aferida, também, a partir da análise das disposições da Lei nº 10.233/2001, que *submetem a prestação e gestão do serviço à fiscalização da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT*, não só em virtude de sua inconteste relevância para a coletividade, como porque a União mantém a titularidade do serviço e, em decorrência, responde subsidiariamente pelas concessionárias e permissionárias. Além disso, os ativos operacionais existentes e, também, os que vierem a ser instalados em decorrência da construção de novas linhas férreas deverão ser explorados por meio de contratos de concessão que contemplem *cláusula de reversão à União*, justamente porque se mantém titular do serviço. Atente-se ao teor dos artigos a seguir transcritos:

> *Art. 24*. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:
> I - promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;
> II - promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;
> III - propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre; (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)
> IV - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;
> V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;
> VI - reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;
> VII - proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;
> VIII - fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;
> IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
> X - adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados;
> XI - promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção;

XII - habilitar o Operador do Transporte Multimodal, em articulação com as demais agências reguladoras de transportes;
XIII - promover levantamentos e organizar cadastro relativos ao sistema de dutovias do Brasil e às empresas proprietárias de equipamentos e instalações de transporte dutoviário;
XIV - estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;
XV - elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira.
XVI - representar o Brasil junto aos organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados na sua área de competência, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
XVII - exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, nas rodovias federais por ela administradas. (Incluído pela Lei nº 10.561, de 13.11.2002)
XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)
Parágrafo único. No exercício de suas atribuições a ANTT poderá:
I - firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas;
II - participar de foros internacionais, sob a coordenação do Ministério dos Transportes.
III - firmar convênios de cooperação técnica com entidades e organismos internacionais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao *Transporte Ferroviário*: (Redação dada pela Medida Provisória nº 576, de 2012)
I - publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais;
II - administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24;
III - publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, *com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados*;
IV - fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados;
V - regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes;
VI - articular-se com órgãos e instituições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente sob sua jurisdição com as redes locais de metrôs e trens urbanos destinados ao deslocamento de passageiros;
VII - contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, orientando e estimulando a participação dos concessionários do setor.
VIII - regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na infraestrutura ferroviária explorada por concessionários. (Incluído pela Lei nº 12.743, de 2012)
Parágrafo único. No cumprimento do disposto no inciso V, a ANTT estimulará a formação de associações de usuários, no âmbito de cada concessão ferroviária, para a defesa de interesses relativos aos serviços prestados.

> *Art. 26.* Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário:
> (...)
> (destaques aditados)

Corrobora-se o ora expendido, ainda, por meio das ementas a seguir colacionadas da Superior Corte, concernentes ao julgamento de situações parelhas que se amoldam ao caso *sub judice.*Extrai-se dos julgados o reconhecimento da legitimidade ativa e passiva *ad causam* da União para figurar nos feitos que versem sobre a gestão e a execução dos serviços de transporte ferroviário, ainda que prestados por meio indireto (concessão, permissão, autorização), em decorrência de não poder ser afastado o interesse da União, até mesmo porque reflete a significativa dimensão do interesse público envolvido:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. DEMANDA PROPOSTA PELA RFFSA EM FACE DE ARRENDATÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. UNIÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
> (*omissis*)
> 6. O fato de a Lei 10.233/01 atribuir à *ANTT* a administração dos contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a sua vigência por si só não desnatura o *interesse da União* de ocupar o pólo ativo da presente demanda, tendo em vista a sua *condição de titular de todos os serviços objeto de contrato de concessão em cumprimento ao que determina a CF/88*.
> 7. Recurso especial não provido. (destaques aditados)
> (STJ, REsp 1426884, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, v.u., DJe 16/03/2015);
>
> ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANO MATERIAL - *RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO*. A Jurisprudência desta Corte considera a autarquia responsável pela conservação das rodovias e pelos danos causados a terceiros em decorrência da má conservação, contudo *remanesce ao Estado a responsabilidade subsidiária*. Agravo regimental provido em parte para afastar a responsabilidade solidária da União, persistindo a responsabilidade subsidiária. (destaques aditados)
> (STJ, AGREsp 875604, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 25/06/2009).
>
> ADMINISTRATIVO - RODOVIA FEDERAL - PEDÁGIO - CONTRATO DE CONCESSÃO -UNIÃO - MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES - ANTT - LEGITIMIDADE PASSIVA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126 DO STJ.
> 1. O acórdão recorrido abriga fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional. A ora agravante, porém, não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de modo a incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126 deste Tribunal.
> 2. Ademais, a jurisprudência desta Corte adotou o entendimento segundo o qual a União é parte legítima para integrar a lide que trate de cobrança de pedágio em rodovia federal delegada a Estado-membro. *In casu*, conforme consignado no acórdão recorrido, *a participação da União Federal se dá por meio do Ministério dos Transportes, do qual a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT subrogou-se nos direitos e obrigações*.
> Agravo regimental improvido. (destaque aditado)
> (STJ, AGREsp 1119560, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 25/09/2009).

De conseguinte, conforme os fundamentos esposados, constata-se que a Rede Ferroviária Federal S/A era sociedade de economia mista prestadora de transporte ferroviário, *serviço*

público de natureza essencial, obrigatória e exclusiva, de titularidade da União e exercido por delegação. Portanto, imperioso *reconhecer a imunidade tributária da RFFSA, de modo que se torna incabível a cobrança do IPTU referente aos anos anteriores a 2007*.

Ante o exposto, *dou provimento aos embargos infringentes*, a fim de que prevaleça o voto vencido.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0010883-06.2013.4.03.9999
(2013.03.99.010883-5)

Apelante: JOSÉ MÁRCIO PEREIRA LOPES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE DIADEMA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: Ap 1850691
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIOS. EC Nº 62/09. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS PELA SUPREMA CORTE. JUROS DE MORA. TERMO FINAL NA DATA DO PAGAMENTO. COISA JULGADA. FIEL CUMPRIMENTO DO TÍTULO EXECUTIVO.
1. No julgamento da modulação dos efeitos da ADI 4.425 o Plenário da Corte Suprema manteve a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015.
2. A TR foi corretamente aplicada ao caso concreto, até 25.03.2015 quando a TR estava sob o manto da eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", prevista no Art. 100, § 12, do Texto Constitucional.
3. A decisão monocrática objeto da execução fixou o termo final da incidência de juros de mora na data do cálculo.
4. A rediscussão da matéria em sede de execução encontra óbice em coisa julgada, ainda que divergente de entendimento firmado posteriormente pela Suprema Corte. Precedentes do STF (ARE 91866).
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que extinguiu a execução com fundamento no Art. 924, II do CPC.

Apela a exequente alegando, em síntese, que há saldo remanescente relativo à incidência de juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo e o efetivo, bem como que na correção monetária da RPV deve ser aplicado IGP-DI ao invés da TR que foi declarada inconstitucional.

Subiram os autos, sem as contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Sobre a aplicação da TR, o e. STF, no julgamento da ADI 4.357/DF, declarou a inconstitucionalidade da expressão "*índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança*" prevista no Art. 100, § 12, do Texto Constitucional, com redação dada pela EC 62/09.

Entretanto, no julgamento da modulação dos efeitos desta decisão, o Plenário da Corte Suprema manteve a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, *até 25.03.2015* e, após, determinou que os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), *in verbis*:

> QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.
> 2. *In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.*
> *3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015*, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários;

> e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.
> 4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.
> 5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT).
> 6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório.
> 7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.
> (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015).

Desta forma, a TR foi corretamente aplicada ao caso concreto até 25.03.2015, quando a referida taxa estava sob o manto da eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade da expressão "*índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança*", prevista no Art. 100, § 12, do Texto Constitucional.

Por outro lado, também não assiste razão ao apelante quanto aos juros de mora tendo em vista disposição expressa no título executivo (fl. 150):

> *Os juros de mora* são aplicados na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e *não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e a data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional.* Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17/12/2004, p. 637).

Não se desconhece o teor do julgado do RE 579.431, em que se pacificou a questão no sentido de que "Incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório" (Tema 96).

Entretanto, a rediscussão da questão em sede de execução encontra óbice em coisa julgada, ainda que divergente do entendimento firmado posteriormente pela Corte Suprema.

Nesta linha são os precedentes do e. STF, a exemplo:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) - COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO

COMANDO SENTENCIAL - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA "RES JUDICATA" - "TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT" - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

- A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia "ex tunc", como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, "in abstracto", da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes.

(ARE 918066 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 09-12-2015 PUBLIC 10-12-2015)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000827-04.2015.4.03.6131
(2015.61.31.000827-3)

Apelante: SILVANA APARECIDA VELOZO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: Ap 2199217
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CIVEL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. FIXAÇÃO DO VALOR DA EXECUÇÃO NOS TERMOS PROPOSTOS NA INICIAL DA AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO.
I. Os honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública for parte serão fixados em consonância com os percentuais estabelecidos no art. 85, § 3º, da Lei nº 13.105/2015, e sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
II. Aplica-se o princípio da causalidade. Inteligência dos arts 85, §§ 1º, 3º, I, 4º, I, 7º e 10, 90, 98, §§ 2º e 5º, e 487, III, do CPC/2015, c.c. arts. 29 e 30 da Lei 13.327/16.
III. O depósito de parte da condenação não tem o condão de alterar a situação econômica da parte. É impenhorável o valor constante de depósito judicial relativo ao pagamento de verbas de natureza alimentar. Mantida a assistência judiciária gratuita deferida à parte exequente no processo de conhecimento, diante da não alteração da situação econômica.
IV. Mantida a condenação da parte exequente nos ônus da sucumbência. No entanto, fica suspensa a exigibilidade, na forma do art.98, ª3], do CPC/2015.
V. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de outubro de 2017.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Apelação em embargos à execução de título judicial, julgados parcialmente procedentes.

A embargada alega que, por ser beneficiária da gratuidade da justiça, na ação de embargos à execução não pode ser condenada nos ônus da sucumbência.

Processado o recurso, os autos subiram a esta Corte.

A sentença recorrida foi publicada em junho de 2016.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

No processo de conhecimento, o INSS foi condenado a pagar à autora aposentadoria por tempo de serviço de forma integral, a partir de 12/2/1999 (DER.).

A sentença foi proferida em 7/12/2007 (fls.212/214), a remessa oficial e a apelação julgadas em 14/2/2013 (fls.245/250v), e o transito em julgado ocorreu em 10/4/2013 (fls.254).

Às fls. 281, foi determinado que a autora optasse pelo benefício concedido judicialmente ou pelo benefício concedido administrativamente.

Foi informado pelos dependentes não ser o caso de opção entre benefícios, porque a autora teria falecido no curso do processo, tratando-se tão somente de execução de valores até a data do óbito.

DA EXECUÇÃO

A liquidação do julgado foi iniciada com apresentação de cálculos pela parte autora às fls.283/293, onde se apurou:

- parcelas de 12/2/1999 a 19/12/2008, atualizadas até março de 2015: R$ 394.869,03 (trezentos e noventa e quatro mil, oitocentos e sessenta e nove reais e três centavos);

- honorários advocatícios: R$ 40.811,72 (quarenta mil, oitocentos e onze reais e setenta e dois centavos);

- honorários periciais: R$ 420,17 (quatrocentos e vinte reais e dezessete centavos);

- valor total da execução: R$ 436.100,92 (quatrocentos e trinta e seis mil, cem reais e noventa e dois centavos).

Citado, nos termos do art.730 do CPC, o INSS opôs embargos à execução, alegando a existência de vícios nas contas que acarretam excesso de execução.

Alegou que em suas contas a parte exequente não teria utilizado os corretos índices de correção monetária e percentuais de juros de mora. Teria, também utilizado valor equivocado da RMI, e não teria descontado os valores pagos administrativamente.

Apresentou cálculos às fls.49/54 dos embargos, onde apurou:

- parcelas de 12/2/1999 a 19/12/2008, atualizadas até março de 2015: R$ 117.314,09 (cento e dezessete mil, trezentos e catorze reais e nove centavos);

- honorários advocatícios: R$ 12.859,89 (doze mil, oitocentos e cinquenta e nove reais

e oitenta e nove centavos);

- valor total da execução: R$ 130.173,98 (cento e trinta mil, cento e setenta e três reais e noventa e oito centavos).

Instada a se manifestar, a contadoria judicial apresentou informação e cálculos às fls.62/67, onde apurou R$ 181.968,49 (cento e oitenta e um mil, novecentos e sessenta e oito reais e quarenta e nove centavos), atualizados até março de 2015, sendo R$ 159.901,47 (cento e cinquenta e nove mil, novecentos e um reais e quarenta e sete centavos) o valor principal e R$ 22.067,02 (vinte e dois mil, sessenta e sete reais e dois centavos) a título de honorários advocatícios.

Em 13/6/2016, os embargos foram julgados parcialmente procedentes, acolhidos os cálculos da contadoria judicial.

A embargada foi condenada ao pagamento de honorários de sucumbência nos percentuais mínimos dos incisos I a V do art.85 do CPC/2015, a serem calculados na forma do §5º.

Irresignada, apelou a embargada.

DA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

Na sistemática do CPC/1973, a decretação do ônus sucumbencial e a submissão da execução à cessação do estado de insuficiência financeira do demandante constituía verdadeira decisão condicional, o que era vedado pelo *"codex"* (RE-AgR 313148; Min Sepúlveda Pertence - DJ 16/05/2003; Pp-00104).

Nesse sentido:

> AÇÃO RESCISÓRIA - DOCUMENTO NOVO - TRABALHADOR RURAL - DOCUMENTOS QUE, A PRETEXTO DE OSTENTAR NOVIDADE, NA VERDADE, BUSCAM O REEXAME DOS FATOS E DAS PROVAS PRODUZIDAS NA DEMANDA ORIGINÁRIA - PEDIDO DE RESCISÃO IMPROCEDENTE.
> 1) Ação rescisória não é recurso. Seu objetivo não é rescindir qualquer julgado, mas somente aquele que incida numa das específicas hipóteses do art. 485 do CPC, autorizando-se, a partir da rescisão e nos seus limites, a análise do mérito da pretensão posta na lide originária.
> 2) Segundo a pacífica jurisprudência do STJ, a má apreciação da prova não autoriza o exercício da ação rescisória.
> 3) Não têm aptidão para alterar o resultado proclamado na demanda originária documentos que, a pretexto de trazer novidade à causa, na verdade, entram em confronto com os produzidos na demanda originária, sem conseguir afastar o principal fundamento da decisão rescindenda, que, amparada em anotações constantes do CNIS, conclui que o trabalhador, embora tenha iniciado a sua vida laboral no campo, passou a exercer labor urbano.
> 4) Inexistente prova do exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao do implemento dos requisitos necessários à concessão do benefício (art. 143 da Lei 8213/91), deve ser rejeitado o pedido de rescisão do julgado proferido na demanda originária.
> 5) Sendo o réu beneficiário da assistência judiciária gratuita, não se o condena ao pagamento dos encargos decorrentes da sucumbência, pois, segundo orientação adotada pelo STF, "a exclusão do ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte vencida", pois "ao órgão jurisdicional não cabe proferir decisões condicionais" (Ag. Reg. nos REs. 313.348-9-RS, 313.768-9-SC e 311.452-2-SC).
> 6) Ação rescisória que se julga improcedente.
> (TRF 3R, AR 0018144-12.2014.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, 3ª Seção, j. 11.02.2016, DJ 08.03.2016).

O INSS rotineiramente sustentava que, mesmo sendo deferida a gratuidade da justiça,

a condenação deveria constar da decisão, devendo o beneficiário da Justiça Gratuita pagar a sucumbência caso se encontrasse em condições mais favoráveis, no prazo de cinco anos. A tese foi vencida em diversas instâncias.

Com a Lei nº 13.105/2015, há novas disposições sobre os honorários advocatícios, desde a condenação da Fazenda Pública em honorários mais condizentes com o exercício profissional, até a denominada sucumbência recursal, conforme arts. 85 a 90:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
> § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
> (...)
> § 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

A verba honorária passou a ser expressamente prevista na reconvenção, no cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

O NCPC trouxe a previsão de que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos trabalhistas, e é vedada a compensação em caso de sucumbência parcial (art. 85, § 14).

Os honorários advocatícios, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, serão fixados em consonância com os percentuais estabelecidos no art. 85, § 3º, e sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço:

> I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;
> II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;
> III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;
> IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;
> V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

Doutrinariamente, o principio da causalidade prega que o direito há que ser reconhecido como se fosse "no momento da ação ou da lesão" e tudo que foi necessário ao seu reconhecimento e concorreu para diminuí-lo deve ser recomposto ao seu titular, portanto, a condenação do vencido nas despesas processuais, como corolário da declaração de determinado direito, possui a natureza de ressarcimento ao vencedor.

A jurisprudência dos Tribunais, em especial do STJ, tem sido pacífica no sentido da condenação nos ônus sucumbenciais a quem der causa à ação:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do "cumpra-se" (REsp. nº 940.274/MS). 1.2. Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença. 1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC.
2. Recurso especial provido.
(RESP 200900662419, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Corte Especial, DJE 21/10/2011).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM RAZÃO DE EQUÍVOCO, COMETIDO PELO CONTRIBUINTE, NO PREENCHIMENTO DE SUAS DECLARAÇÕES FISCAIS OBRIGATÓRIAS. CONDENAÇÃO NAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. FAZENDA PÚBLICA. AFASTAMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. REEXAME DO JUÍZO DE VALOR, EXTERNADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, ACERCA DA ATRIBUIÇÃO SUBJETIVA DE RESPONSABILIDADE PELO DESNECESSÁRIO NASCIMENTO DA DEMANDA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
I. Na forma da jurisprudência, "tendo o Tribunal de origem, que é soberano no exame de matéria fática, decidido pela condenação da parte ré em honorários advocatícios com base no princípio da causalidade, qualquer conclusão em sentido contrário, objetivando reformar o acórdão recorrido, pressupõe necessariamente o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que se revela inviável em sede de recurso especial, mesmo quando fundado o recurso em divergência jurisprudencial. Incidência das Súmulas 7 do STJ e 389 do STF" (STJ, AgRg no REsp 1.414.216/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/02/2014).
II. Agravo Regimental improvido.
(AGRESP 201500142310, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJE 17/03/2016).

O CPC/2015 não regulamentou de forma ampla e expressa a aplicação do princípio da causalidade, mas o adotou nos casos de perda do objeto da ação.

Nesse sentido, o § 10 do art. 85:

Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.

O depósito de parte da condenação não tem o condão de alterar a situação econômica da parte, eis que se trata de crédito eventual. É impenhorável o valor constante de depósito judicial relativo ao pagamento de verbas de natureza alimentar.

Mantenho a assistência judiciária gratuita deferida à parte exequente no processo de conhecimento, diante da não alteração da situação econômica.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXIGIBILIDADE SUSPENSA. ART. 12 DA LEI 1.060/50. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO EXECUTADO NÃO DEMONSTRADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte Superior, "o beneficiário da justiça gratuita não é isento do pagamento dos ônus sucumbenciais, apenas sua exigibilidade fica suspensa até que cesse a situação de hipossuficiência ou se decorridos cinco anos, conforme prevê o art. 12 da Lei 1.060/50" (AgRg no AREsp 590.499/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe de 21/11/2014).
2. Na hipótese dos autos, a Corte de origem entendeu que não ficou demonstrada a alteração da situação econômica do agravado que permitisse a execução dos honorários advocatícios. Infirmar as conclusões do julgado, nesse ponto, demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.
3. Agravo regimental a que se nega provimento
(STJ - 4ª Turma - AGRESP 201303548147, Rel. Min. Raul Araújo, DJE 11/05/2015).

Mantenho, também, a condenação da parte exequente nos ônus da sucumbência. No entanto, fica suspensa a exigibilidade, na forma do art.98, §3º, do CPC/2015.

DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0018089-90.2016.4.03.0000
(2016.03.00.018089-5)

Agravante: CLEUZA GONÇALVES
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: AI 588882
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DE ACOLHIMENTO DE IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DA PARTE A DESAUTORIZAR A CONCESSÃO DA BENESSE. AFASTAMENTO DA MULTA FIXADA.
- Embora a gratuidade judiciária seja concedida, em princípio, à vista de mera declaração da parte, trata-se de presunção relativa, a comportar prova em sentido contrário pelo adverso, sendo admissível ao juiz avaliar a real situação econômica do requerente, mesmo de ofício.
- Hipótese em que a impugnação à assistência judiciária gratuita revela o recebimento, pela demandante, de aposentadoria e de pensão por morte, além de encontrar-se empregada, cujos valores, somados, suplantam a cifra de R$ 5.755,00, compondo quadro de aptidão ao enfrentamento dos custos do processo, não autorizando a concessão do benefício pretendido.
- Aplicação de multa que somente se autoriza caso haja má-fé do requerente da concessão da gratuidade de justiça.
- Revogação da gratuidade não conduz automaticamente à incidência da punição, não se presumindo a má-fé, devendo ficar cabalmente demonstrada a intenção de induzir o Poder Judiciário a erro, situação que, na espécie, não se vislumbra.
- A mera declaração de insuficiência de recursos é alegação genérica que, por si só, não pode ser considerada conduta reprovável. A verificação sobre os seus rendimentos e proventos estava ao alcance dos sujeitos processuais, mediante consulta ao CNIS.
- Pelo parcial provimento do agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Desembargadora Federal Ana Pezarini, que foi acompanhada pelo Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias e pela Desembargadora Federal Marisa Santos (que votou nos termos do art. 942, *caput* e § 1º do CPC), vencido o Relator Desembargador Federal Gilberto Jordan, que lhe dava provimento.

São Paulo, 16 de outubro de 2017.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CLEUZA GONÇALVES, em face de decisão que acolheu a impugnação à justiça gratuita suscitada pelo INSS, revogando a concessão da assistência judiciária gratuita e condenando a parte autora em multa fixada no décuplo do valor das custas processuais devidas, ante a má-fé.

Em suas razões de inconformismo, sustenta o(a) agravante que não tem condições de custear a presente demanda, sem prejuízo próprio e de sua família. Subsidiariamente, requer a revogação da determinação de pagamento de multa, haja vista a total ausência de má-fé.

Às fls. 68/69 foi concedido o efeito suspensivo ao recurso.

Contrarrazões apresentadas pelo INSS, aduzindo que somadas as rendas auferidas pela autora, esta possui rendimentos mensais na ordem de R$ 8.647,63 (setembro de 2016).

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, dispôs que:

> Art. 5º. *Omissis*.
> LXXIX. O Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Da análise do dispositivo constitucional acima transcrito, temos que a Carta Maior estendeu, de forma ampla, a fruição da gratuidade judiciária por todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

Por outro lado, a Lei nº 1.060/50, que trata especificamente da assistência judiciária gratuita, estabelece o seguinte:

> Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.
> Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todos aqueles cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Com isto, objetivou o legislador ordinário justamente facilitar o acesso à Justiça àqueles que, necessitando acionar o Poder Judiciário para a defesa de seus interesses, não o fazem em razão do prejuízo de sua manutenção e de sua família.

Em seguida, a referida lei estabeleceu normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados. Confira-se o artigo 4º:

> Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

> § 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

Por seu turno, o texto do artigo 5º, do mesmo diploma legal, é explícito ao afirmar que se o juiz não tiver fundadas razões para indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita, deverá julgá-lo de plano.

Também a Lei nº 7.115, de 29/08/1983, expressamente acolheu a possibilidade da declaração de pobreza ser feita por procurador bastante, "sob as penas da lei", em ampla demonstração da facilitação do acesso à Justiça.

Conforme se depreende dos autos, restou consignada a assertiva do próprio declarante acerca da insuficiência de recursos. Observo que tal afirmação, por si só, é capaz de ensejar consequências jurídicas, se comprovada a falsidade da declaração, prescindindo-se de qualquer alusão à assunção de responsabilidade civil e criminal em face da declaração apresentada.

Ademais, não é necessário ser miserável para a concessão do benefício de assistência judiciária gratuita, bastando apenas afirmar não ter condições de arcar com o pagamento das custas, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o que evidentemente pode suceder ainda que o autor perceba salário superior ao dobro do mínimo, na forma do § 1º do artigo 4º da Lei nº 1060/50, o qual, aliás, não foi revogado pelo inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal.

Este também é o entendimento predominante na jurisprudência.

> CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV.
> I. A garantia do art. 5º, LXXIV - assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos - não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV).
> II. R.E. não conhecido.
> (STF, RE 205746/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ.28.02.1997, pág 04080)

> PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO E PARTILHA DE BENS. PEDIDO ALTERNATIVO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. INDEFERIMENTO DE PLANO DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ASSISTENCIA JUDICIARIA E GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DA PARTE. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE O ADVOGADO NÃO ESTAR SENDO REMUNERADO. PRESUNÇÃO. RECURSO PROVIDO.
> I - PELO SISTEMA LEGAL VIGENTE, FAZ JUS A PARTE AOS BENEFICIOS DA ASSISTENCIA JUDICIARIA, MEDIANTE SIMPLES AFIRMAÇÃO, NA PROPRIA PETIÇÃO, DE QUE NÃO ESTA EM CONDIÇÕES DE PAGAR AS CUSTAS DO PROCESSO E OS HONORARIOS DE ADVOGADO, SEM PREJUIZO PROPRIO OU DE SUA FAMILIA.
> II - O DEFERIMENTO DA GRATUIDADE, GARANTIA ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE AOS ECONOMICAMENTE HIPOSSUFICIENTES (CONSTITUIÇÃO, ART. 5., LXXIV), NÃO EXIGE QUE A PARTE DEMONSTRE QUE O ADVOGADO NÃO ESTA SENDO POR ELA REMUNERADO.
> III - ENQUANTO A JUSTIÇA GRATUITA ISENTA DE DESPESAS PROCESSUAIS E CONDENAÇÃO EM HONORARIOS ADVOCATICIOS, A ASSISTENCIA JUDICIARIA, MAIS AMPLA,

ENSEJA TAMBEM O PATROCINIO POR PROFISSIONAL HABILITADO.
IV - CARACTERIZA CERCEAMENTO DE DEFESA O INDEFERIMENTO, DE PLANO, DA INICIAL DE AÇÃO QUE PRETENDEU O RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO E PARTILHA DE BENS, COM PEDIDO ALTERNATIVO DE INDENIZAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS, SEM POSSIBILITAR A PARTE A PRODUÇÃO DE QUALQUER PROVA, NOTADAMENTE EM SE TRATANDO DE ALEGADO RELACIONAMENTO DE MAIS DE TRINTA ANOS.
(RESP 199600194610, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:08/06/1998 PG:00113 LEXSTJ VOL.:00110 PG:00127 RSTJ VOL.:00115 PG:00326 ..DTPB:.)

É de se ressaltar que a situação financeira do autor diz respeito diretamente ao fluxo de caixa, ou seja, no tocante à capacidade de saldar despesas imediatas com alimentação, vestuário, assistência médica, afora gastos com água e luz, conceito distinto de situação econômica.

Desta forma, a declaração apresentada pelo(a) apelante, no sentido de não possuir condições financeiras para arcar com as custas processuais e demais emolumentos, atende às disposições das Leis nºs 7.115/83, 1.060/50 e 7.510/86.

Por fim, não se olvide que o salário-mínimo real para garantir a subsistência de uma família, frise-se subsistência, foi calculado pelo DIEESE em R$ 4.013,08 para setembro de 2016 (http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html).

Assim, os proventos percebidos pelo(a) autor(a), cerca de R$ 8.600,00 brutos - cerca de dois salários-mínimos efetivos (sem os descontos legais - INSS e imposto de renda), não mitigam a declaração de pobreza.

Ademais, também restou demonstrado nos autos a existência de empréstimos consignados, como também despesas outras despesas substanciais (fls. 53/65).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO CONDUTOR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora para o Acórdão):

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de ação previdenciária objetivando a revisão de aposentadoria, acolheu impugnação à assistência judiciária gratuita, revogando o benefício anteriormente concedido e fixando multa no décuplo do valor das custas processuais devidas, ante a má-fé.

Sustenta a agravante, em síntese, que não possui condições financeiras de arcar com as custas e despesas do processo. Subsidiariamente, requer a revogação da determinação de pagamento da multa, haja vista a total ausência de má-fé.

Submetido o feito a julgamento na sessão de 27/03 p.p., a egrégia 9ª Turma, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, na forma do voto proferido por esta magistrada, acompanhada pelo MM. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias e pela eminente Desembargadora Federal Marisa Santos (que se pronunciou na esteira do artigo 942, *caput* e § 1º, do NCPC), vencido o eminente Relator, Desembargador Federal Gilberto Jordan.

Remetidos os autos a esta magistrada para declaração de voto e lavratura de acórdão,

despontou a necessidade de suscitação de questão de ordem, dada a necessidade de retificação do voto proferido, com vistas à abordagem de pleito subsidiário vertido pela recorrente, consistente no afastamento da multa cominada pelo juiz processante, caso mantida a revogação da gratuidade judiciária. Tal proposição experimentou acolhida, sucedendo a prolação de voto, nos seguintes termos.

Discute-se, nestes autos, o direito do recorrente à outorga dos benefícios da gratuidade judiciária.

Prevista primitivamente pelo artigo 4º da Lei nº 1.060/50 - *tida por recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LXXIV), segundo orientação jurisprudencial do STF (cf. ARE 643601 AgR, Relator Ministro AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 05-12-2011)* - tal benesse passou a ser disciplinada pelo NCPC (arts. 98 a 102), restando revogados, expressamente, nos termos do art. 1.072, inciso III, do mesmo Codex, preceitos da anterior legislação.

O art. 99 do novo Código estabelece, em seu § 2º, que "*o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos". Acrescenta, o § 3º, presumir-se "verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*".

Consoante se vê, para fins de obtenção dos benefícios da graciosidade judiciária, suficiente, em linha de princípio, a simples afirmação de pobreza, ainda quando procedida na própria petição inicial, dispensada declaração realizada em documento apartado.

Tem-se, contudo, aqui, hipótese de presunção relativa, comportando produção de prova adversa ao sustentado pela parte, a denotar aptidão ao enfrentamento dos custos do processo, sem comprometimento de seu sustento e o de sua família, mediante agilização da competente impugnação. Para além disso, independentemente da existência de altercação, resulta admissível ao próprio magistrado, quando da apreciação do pedido, aferir a verdadeira situação econômica do pleiteante.

Nesse diapasão, copiosa a jurisprudência do Colendo STJ, consolidada à luz da Lei nº 1.060/50 e cuja linha de raciocínio se mantém perfeitamente aplicável à atualidade, sendo de citar, à guisa de ilustração, o seguinte paradigma:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. PESSOA FÍSICA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DELIBERAÇÃO. ATO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. Não se constata a alegada violação ao art. 535, I e II, do CPC, na medida em que a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexiste omissão no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pela recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.
> 2. Em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, é plenamente cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às partes. Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, *caput* e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo, sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do processo.

3. O dispositivo legal em apreço traz a presunção juris tantum de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Contudo, tal presunção é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente.
4. *In casu*, o Tribunal local, mediante exame do acervo fático-probatório da demanda, entendeu que os documentos juntados pela parte contrária demonstram a inexistência da condição de hipossuficiência, notadamente prova de que a parte ora agravante mantém atividade empresarial que a possibilita arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento.
5. Na hipótese, a irresignação da ora agravante não trata de apenas conferir diversa qualificação jurídica aos fatos delimitados na origem e nova valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova, mas, ao revés, de realização de novo juízo valorativo que substitua o realizado pelo Tribunal *a quo* para o fim de formar nova convicção sobre os fatos a partir do reexame de provas, circunstância, todavia, vedada nesta instância extraordinária. Incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.
6. Inviável, em sede de recurso especial, o exame da Deliberação nº 89/08 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por não se enquadrar tal ato no conceito de lei federal.
7. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 591.168 - SP, MINISTRO RAUL ARAÚJO, Publicado EMENTA / ACORDÃO em 03/08/2015)

Dessa orientação, não discrepa a jurisprudência da Nona Turma:

AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES. JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA CARACTERIZADA.
I. No agravo legal, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.
II. Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.
III. A concessão da Justiça Gratuita não exige comprovação, bastando, para tanto, simples declaração de hipossuficiência firmada pelo interessado, como determina o art. 4º da Lei 1.060/50.
IV. Justiça gratuita concedida até a existência de prova em contrário sobre a situação de pobreza do autor.
V. Agravo legal parcialmente provido.
(Proc. nº 20036106006526-8/SP, Relator Juiz Federal convocado Leonardo Safi, disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 09/08/2012).

Ressalte-se, ainda, que a só constituição de advogado, pela parte autora, não elide sua condição de miserabilidade, mesmo que, porventura, tenha firmado acordo com seus patronos quanto ao pagamento de honorários. A matéria, já assentada pela jurisprudência (Proc. nº 00011227620114036100, Terceira Turma, Relator Desembargador Márcio Moraes, disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 18/05/2012), vem textualmente abordada pelo § 4º do art. 99 do NCPC.

In casu, a parte autora pleiteou a revisão do ato de concessão de sua aposentadoria por tempo de contribuição (NB 141.942.957-1) e requereu o deferimento da assistência judiciária

gratuita, alegando que sua renda não permite que arque com custas e despesas do processo, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família.

O magistrado, inicialmente, deferiu os benefícios da gratuidade.

Em sede de contestação, a autarquia previdenciária impugnou a concessão da gratuidade, uma vez que a parte autora possui rendimentos suficientes para arcar com os ônus do processo.

O Juízo acatou a impugnação ofertada pelo INSS, considerados os rendimentos mensais comprovados no total de R$ 8.267,27, revogando o benefício anteriormente concedido e fixando multa no décuplo das custas em desfavor da agravante.

De acordo com os registros do CNIS, constata-se que a agravante, além de estar em gozo de aposentadoria, recebendo, em setembro de 2016, o valor líquido de R$ 1.844,00 (um mil e oitocentos e quarenta e quatro reais) e de pensão por morte, sendo o valor líquido do benefício, no mesmo período referido, de R$ 1.997,00 (um mil e novecentos e noventa e sete reais), encontra-se empregada na empresa SERPRO (Serviço Federal de Processamento de Dados), com remuneração líquida, em setembro de 2016, no valor de R$ 1.914,58 (um mil, novecentos e quatorze reais e cinquenta e oito centavos).

Assim, ausentes outros elementos nos autos, conclui-se que a situação econômica da parte autora não autoriza a concessão dos benefícios da assistência judiciária, porquanto a renda mensal percebida seria suficiente para prover os custos do processo.

No que toca à aplicação de multa, observa-se que, nos termos do art. 100, parágrafo único, do NCPC, a parte contrária pode impugnar a concessão da gratuidade de justiça e, em sendo revogado o benefício, o requerente pode ser condenado no pagamento de multa até o décuplo do valor das despesas processuais, *desde que haja má-fé*.

Na hipótese, a imposição da multa se deu ao fundamento de ter agido com má-fé a parte autora ao omitir os seus vencimentos.

Todavia, a revogação da gratuidade não conduz automaticamente à incidência da punição. A má-fé não se presume, devendo ficar cabalmente demonstrada a intenção de induzir o Poder Judiciário a erro, situação que, na espécie, não se vislumbra.

A parte autora pleiteou a assistência judiciária gratuita na inicial, limitando-se a declarar insuficiência de recursos, alegação genérica que, por si só, não pode ser considerada conduta reprovável. A verificação sobre os seus rendimentos e proventos estava ao alcance dos sujeitos processuais, mediante consulta ao CNIS. Some-se o fato de que há precedentes admitindo critérios bastante variados para concessão da gratuidade judiciária, de modo que não se pode afirmar haja orientação unânime a respeito do tema. Alguns julgados adotam o teto da Previdência (em 2016, R$ 5.189,82), como limite para a concessão, valor bem próximo à soma dos rendimentos do autor.

Dessa forma, vislumbrando-se o desacerto em parte da decisão hostilizada, dou parcial provimento ao agravo de instrumento.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora para o Acórdão

QUESTÃO DE ORDEM

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora para o Acórdão):

Cuida-se de agravo de instrumento retirado de decisão que acolheu impugnação à justiça gratuita, dinamizada pelo INSS, revogando o benefício anteriormente concedido à parte autora, além de lhe impor multa, nos termos do art. 100 do NCPC, à compreensão de ocorrência de

omissão com relação aos seus reais proventos.

Submetido o recurso a julgamento na sessão levada a efeito em 27/03/2017, a egrégia Nona Turma lhe negou provimento, nos termos de meu voto, no que fui acompanhada pelo MM. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias e pela eminente Desembargadora Marisa Santos (votante nos termos do art. 942, *caput* e § 1º, do CPC), vencido o Relator, eminente Desembargador Federal Gilberto Jordan, que lhe dava provimento.

Ato contínuo, vieram-me os autos para formalização de declaração de voto e lavratura de acórdão, oportunidade em que detectei a necessidade de formulação da presente questão de ordem, com fundamento no artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte, aplicado analogicamente, pois o compulsar do feito revela a pertinência de complementação de meu voto, com abordagem de pleito subsidiário vertido pela recorrente. Veja-se.

Em sua manifestação, o eminente Relator, Desembargador Federal Gilberto Jordan, acolheu a postulação recursal, sob fundamento de que a vindicante faz jus à outorga da gratuidade judiciária.

Por ocasião do julgamento, discordei do aludido entendimento e manifestei-me pelo improvimento do recurso, sob motivação de que a situação econômica da autoria não autorizava o deferimento da benesse, pois a renda mensal percebida mostrava-se suficiente à satisfação dos custos do processo.

Contudo, do folhear dos autos, haure-se problemática não abordada no voto por mim proferido, enfeixada em pedido subsidiário formulado pela agravante, a propugnar pelo afastamento da multa cominada pelo juiz processante, mantida fosse a revogação da gratuidade judiciária.

A esta quadra, cumpre esclarecer que o teor da posição adotada pelo eminente Relator tornava demasiado incursionar nessa temática, pois encampou o pleito principal, qual o de ver atendido o benefício da gratuidade. Com a discordância manifestada em relação à discussão precipuamente vertida nos autos, desponta a relevância do trato do pedido sucessivo, providência a que ora se procede.

No particular ora ventilado, tenho que razão assiste à parte agravante, eis que a revogação da gratuidade não conduz, automaticamente, à incidência da punição. A má-fé não se presume, devendo ficar cabalmente demonstrada a intenção de induzir o Poder Judiciário a erro, situação não vislumbrada *in casu*.

Deveras, a parte autora pleiteou a assistência judiciária gratuita na inicial, limitando-se a declarar insuficiência de recursos, conduta que, só por só, não é de ser acoimada reprovável. A verificação sobre os seus rendimentos e proventos estava ao alcance dos sujeitos processuais, mediante consulta ao CNIS. A tanto agregue-se a existência de precedentes hospedando critérios bastante variados para concessão da gratuidade judiciária, de modo que não se pode afirmar haja orientação unânime a respeito do tema. Ilustrativamente, alguns julgados elegem o teto da Previdência (em 2016, R$ 5.189,82) como limite para a concessão. E, nesse particular, há de lembrar que os mais de oito mil reais auferidos pela autoria referem-se à expressão bruta da remuneração, havendo descontos à base de R$ 2.564,28 em seu contracheque (v.g., fl. 54), parte decorrente da incidência de imposto de renda e de contribuição previdenciária.

Destarte, se de um lado a importância verdadeiramente não seja, em meu juízo, de molde a suportar a concessão da justiça gratuita, por outro a só dedução de pleito nesse diapasão não se afigura aberrante a ponto de amparar a aplicação de multa.

Entendo, assim, incabível a imposição da aludida sanção, de modo que, pelo meu voto, provejo, parcialmente, o agravo de instrumento.

Diante disso, proponho a presente questão de ordem, com vistas à retificação de meu voto, no sentido da parcial provimento ao agravo de instrumento.

É o meu voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora para o Acórdão

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0020053-21.2016.4.03.0000 (2016.03.00.020053-5)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BARUERI - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE OSASCO - SP
Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: K G SORENSEN IND. E COM. LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: CC 21034
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2017

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMPLANTAÇÃO DE VARA FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE O MUNICÍPIO EM QUE DOMICILIADA A PARTE EXECUTADA POSTERIORMENTE A REDISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA A PEDIDO DO EXEQUENTE. PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*.

I - Hipótese dos autos em que a implantação da Vara Federal de Barueri/SP ocorreu em momento posterior a data de redistribuição da ação ao Juízo Federal de Osasco/SP, por alteração do domicílio do executado, a pedido do exequente, nos termos do art. 475-P, parágrafo único do CPC/73. Competência do Juízo Federal de Osasco que se fixou no momento da redistribuição da ação. Inteligência do art. 87 do CPC/73. Precedentes da 1ª Seção.

II - Ainda que a espécie cuidasse de nova mudança de domicílio do executado, a alteração do juízo da execução prevista no art. 475-P, parágrafo único, do CPC/73 não poderia ser exercida tantas e quantas vezes ocorressem eventuais mudanças de domicílio do executado, sob pena de criação de uma execução itinerante, inviabilizando-se a estabilização da competência.

III - Feita a opção de remessa dos autos ao juízo com jurisdição sobre o novo domicílio do executado, fixa-se a competência pela aplicação da regra da "perpetuatio jurisdictionis", prevista no art. 87 do CPC/73, sendo descabida posterior redistribuição ainda que verificada nova alteração do domicílio do executado. Precedente da 1ª Seção.

IV - Conflito julgado procedente, declarando-se a competência do juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar procedente o conflito de competência para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Osasco/SP, ora suscitado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de outubro de 2017.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de conflito negativo de competência tendo como suscitante o Juízo Federal da 1ª Vara de Barueri/SP e como suscitado o Juízo Federal da 2ª Vara de Osasco/SP, originado em autos de ação declaratória de inexigibilidade de contribuição previdenciária julgada improcedente e em fase de cumprimento de sentença referente a condenação ao pagamento de verba honorária.

Em decisão de fl. 5, foi designado o MM Juízo Suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O representante do Ministério Público Federal devolveu os autos sem pronunciamento sobre a causa "por não vislumbrar, *in casu*, a presença de interesse público ou socialmente relevante, direito individual indisponível, difuso ou coletivo que suscitasse a obrigatória intervenção do *Parquet*" (fls. 11/13).

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

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

Busca-se na hipótese estabelecer a competência para o processo e julgamento de feito em fase de cumprimento de sentença.

Oportuno, de início, um breve relato sobre os fatos ocorridos que deram azo ao presente conflito.

De acordo com os documentos constantes da mídia juntada à fl. 2 e das informações processuais disponibilizadas no sítio eletrônico da Justiça Federal de Primeiro Grau - Seção Judiciária de São Paulo verifica-se que a União requereu ao juízo federal em que processada a fase de conhecimento (9ª Vara Federal de São Paulo/SP) "a remessa dos autos para que a execução prossiga no atual domicílio do executado, nos termos do art. 475-P" do CPC/73, à época em vigor, diante da constatação de que a empresa estava sediada no município de Itapevi/SP e em 15/04/2014 sendo proferida decisão remetendo o processo à "Subseção Judiciária de Osasco/SP, tendo em vista que o Município de Itapevi-SP pertence à sua jurisdição". Redistribuídos os autos em 23/07/2014 ao Juízo Federal da 2ª Vara de Osasco/SP, sobreveio despacho, disponibilizado no diário eletrônico em 25/08/2014, no qual aquele juízo consignou expressamente que "aceito a competência jurisdicional e ratifico todos os atos processuais praticados" para posteriormente, em despacho proferido em 02/06/2015 determinar fosse a União cientificada da instalação da 44ª Subseção Judiciária de Barueri/SP desde 16/12/2014, conforme Provimento 430, de 28/11/2014, sinalizando para a previsão do art. 475-P do CPC/73, em sua manifestação aduzindo a União que "não se opõe à remessa destes autos à 44ª Subseção Judiciária de Barueri, uma vez que o domicílio do executado é Itapevi/SP", providência que foi determinada pelo Juízo Federal de Osasco/SP em decisão proferida aos 06/07/2015, sendo, então, suscitado o presente conflito de competência.

Isto estabelecido, passo ao exame da questão submetida.

É sabido que o CPC/73, assim como o atual diploma processual civil, estabeleceu como

regra geral que o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição (art. 475-P, II, CPC/73) todavia, na linha dos objetivos delineados nas reformas processuais implementadas na vigência do código revogado visando alcançar a eficácia e efetividade da execução, autorizou-se que o próprio exequente pudesse derrogar essa regra geral optando pelo processamento do cumprimento da sentença no "juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, caso em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem" (art. 475-P, parágrafo único, CPC/73).

No caso dos autos, a União, na qualidade de exequente, exerceu a opção prevista no referido dispositivo legal, requerendo a remessa ao juízo do atual domicílio do executado, qual seja, Subseção Judiciária de Osasco, ocorrendo de o Juízo Federal da 2ª Vara de Osasco, quase um ano após o recebimento do processo em redistribuição, ocorrida em 23/07/2014, remeter os autos à Subseção Judiciária de Barueri, instalada em 16/12/2014 e que passou a ter jurisdição sobre o município de Itapevi, domicílio do executado, todavia a implantação da referida vara ocorrendo em momento posterior a data de redistribuição da ação ao Juízo Federal de Osasco/SP, situação dedutível à previsão do art. 87 do CPC/73, à época em vigor, dispondo que "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia".

Com efeito, a implantação da Vara Federal de Barueri/SP não expungiu a competência material do Juízo Federal de Osasco para o processo e julgamento de questão como a ventilada na ação, mas apenas retirou, a partir da data de criação da Subseção Judiciária de Barueri, o município de Itapevi do âmbito de jurisdição da Subseção Judiciária de Osasco, hipótese que atrai a aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* tratado no referido dispositivo legal.

Registro que esta Colenda 1ª Seção já teve a oportunidade de examinar caso em tudo semelhante ao ora apresentado, conforme se observa do julgado a seguir transcrito:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIAÇÃO E EXPANSÃO DE SUBSEÇÕES JUDICIÁRIAS. REMESSA DE PROCESSOS AOS NOVOS ÓRGÃOS. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO. INCIDENTE PROCEDENTE.
> *I. A criação de novas subseções judiciárias ou a expansão dos limites das que já foram implantadas não atraem os processos que tramitam em outro Juízo.*
> *II. Devido à garantia da perpetuação da jurisdição, as ações permanecem com o órgão ao qual foram distribuídas, exceto se houver supressão de repartição judiciária ou novos critérios materiais e hierárquicos de definição do poder jurisdicional (artigo 87 do Código de Processo Civil).*
> III. A interiorização da Justiça Federal é guiada por razões territoriais, sem que tenha correspondência com qualquer das exceções.
> IV. O Provimento nº 386/2013 do Conselho da Justiça Federal da 3º Região, ao regulamentar a implantação da 1º Vara Federal de Andradina (37ªSSJ/SP), utilizou como referência a data de 24/06/2013. Rosely Cândido e outros propuseram a ação condenatória em 14/02/2013; o processo deve permanecer com o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Araçatuba.
> V. Conflito de competência procedente.
> (TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 15713 - 0032245-88.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 05/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/02/2015)

No mesmo sentido, tratando do mesmo tema e envolvendo os mesmos juízos ora con-

flitantes, são as decisões monocráticas a seguir referidas: *CC 2014.03.00.011846-9*, publ. e-DJF3 22/01/2016 e *CC 2014.03.00.015112-6,* publ. e-DJF3 12/01/2016, de relatoria do Des. Fed. Cotrim Guimarães; *CC 2014.03.00.011848-2*, publ. e-DJF3 03/11/2015, de relatoria do Des. Fed. Luiz Stefanini, *CC 2014.03.00.018810-1 e CC 2014.03.00.021784-8*, ambos publ. e-DJF3 10/07/2015, de relatoria do Des. Fed. Antonio Cedenho; *CC 2013.03.00.031995-1*, publ. e-DJF3 27/03/2015, de relatoria da Des. Fed. Diva Malerbi; *CC 2013.03.00.031988-4*, publ. e-DJF3 06/03/2015, de relatoria da Des. Fed. Monica Nobre.

Registro que, ainda que não fosse essa a situação e a remessa dos autos ocorresse em razão de nova alteração do domicílio do executado, ainda assim não seria cabível a pretendida redistribuição.

Isto porque não se pode admitir que a concessão excepcionando a regra geral (art. 475-P, parágrafo único) possa ser exercida tantas e quantas vezes ocorrerem eventuais mudanças de domicílio do executado e a bel prazer do exequente, sob pena de criação de uma execução itinerante. A melhor interpretação do dispositivo processual é de que o exequente, verificando que o executado tem domicílio em foro diverso daquele em que se processou a fase de conhecimento, opte pelo processamento do cumprimento da sentença no domicílio do executado, mas remetido e recebido o feito no novo juízo aí estabilizando-se a competência e nele passando a se processar a fase de cumprimento de sentença ainda que novamente venha a ocorrer eventual mudança de endereço do executado, em consonância com a regra estabelecida no art. 87 do CPC/73. Assim, feita a opção, fixa-se a competência pela aplicação da regra da "perpetuatio jurisdictionis".

Neste sentido foi a orientação adotada por esta Colenda Seção em caso análogo, conforme julgado a seguir transcrito:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS FEDERAIS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ARTIGO 475-P, § ÚNICO, DO CPC/1973. OPÇÃO DE FORO EXERCIDA PELO EXEQUENTE. INSTALAÇÃO DE VARA APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO. PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO.
> 1. O artigo 475-P, do Código de Processo Civil de 1973, oferece opções ao exequente para o cumprimento da sentença. No entanto, uma vez realizada a escolha, no início da fase executiva, prevalece o princípio da perpetuação da jurisdição, sob pena de sucessivas alterações de juízo em razão de mudança de domicílio do executado ou de localização de bens passíveis de constrição.
> 2. Ação ajuizada em data anterior à instalação da Vara Federal de Barueri/SP e, assim, perpetua a jurisdição do Juízo Federal Suscitado.
> 3. Jurisprudência desta E. Corte Regional.
> 4. Conflito de Competência procedente.
> (TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21073 - 0021871-08.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, julgado em 04/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017)

Por estes fundamentos, julgo procedente o presente conflito de competência para o fim de declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Osasco/SP, ora suscitado, para o processo e julgamento da ação.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY:

Peço vênia ao e. Relator para dele divergir para o efeito de *julgar improcedente* o conflito, fixando-se a competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Barueri para o processamento do feito de origem.

Entendo que o artigo 475-P, parágrafo único do Código de Processo Civil/1973 (correspondente ao atual artigo 516, parágrafo único do CPC/2015) estabelece verdadeira potestade do exequente, atribuindo-lhe o direito de eleger, com exclusividade, o local de execução que melhor lhe convier para a persecução e satisfação de seu crédito.

Nessa direção, tem o exequente a discricionariedade para deslocar a execução para o Juízo no qual entender possa a satisfação de seu crédito se dar de forma mais efetiva, já que essa é a mens legis que orientou a instituição da norma plasmada no artigo 475-P, parágrafo único do Código de Processo Civil/1973.

E foi o que ocorreu na espécie, uma vez que, após a redistribuição do feito de origem - já na fase executiva - para a 2ª Vara Federal de Osasco, a União, instada por aquele Juízo, manifestou-se expressamente no sentido de que "não se opõe à remessa destes autos à 44ª Subseção Judiciária de Barueri, uma vez que o domicílio do executado é Itapevi/SP".

Sem reflexo no caso concreto o fato de que a Subseção de Barueri tenha sido criada em momento posterior à redistribuição do processo originário para Osasco. Como fundamentado, tem o exequente o direito de deslocar a competência (tantas vezes quantas reputar necessário) na busca da satisfação de seu crédito.

Assim, diante do pedido manifesto do exequente - do qual não colho mácula ou impropriedade -, tenho que nada obsta a nova redistribuição dos autos orientada pelos interesses do credor tal qual autorizado pelo CPC.

Face ao exposto, pelo meu voto *julgo improcedente* o conflito para o efeito de fixar a competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Barueri para o processamento do feito de origem.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

Direito Processual Penal



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

"HABEAS CORPUS"
0014358-23.2015.4.03.0000
(2015.03.00.014358-4)

Impetrantes: ALBERTO ZACHARIAS TORON, EDSON JUNJI TOHIHARA E LUISA MORAES ABREU FERREIRA
Paciente: JONIO KAHAN FOIGEL
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: HC 63152
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE EXTENSÃO. DEFERIMENTO. IDENTIDADE DE CARACTERES OBJETIVOS. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARTIGO 580. CONCEDIDA DE OFÍCIO EXTENSÃO QUANTO A TERCEIROS.

1. Reconhecida a identidade de caracteres objetivos entre a situação do paciente originário e a do requerente de pedido de extensão em *habeas corpus*, deve a concessão da ordem ser a ele estendida nos mesmos termos. Dicção do art. 580 do Código de Processo Penal. Deferido o pedido.

2. Reconhecido, de ofício, que outros corréus nos autos principais se encontram em situação similar, de maneira que também a eles se faz de rigor a extensão do *habeas corpus* concedido parcialmente nos autos, para trancar parcialmente a ação principal, apenas no que tange à imputação de prática, por eles, do delito tipificado no art. 1º, V e parágrafo único, da Lei 9.613/98, mantido o conteúdo restante da exordial acusatória, inclusive os fatos nela tipificados como caracterizando lavagem de capitais.

3. Questão de ordem acolhida para determinar a extensão do *habeas corpus* a quem o requereu, e estender a mesma concessão parcial a terceiros de ofício.

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, decidiu acolher questão de ordem suscitada pelo DES. FED. RELATOR, para deferir o pedido de extensão em *habeas corpus* pleiteado por THIERRY CHARLES LOPEZ DE ARIAS, para excluir também quanto ao requerente a tipificação dada a parcela dos fatos a ele imputados, e, por conseguinte, trancar parcialmente a ação principal com relação a ele, apenas no que tange à imputação de prática, pelo paciente, do delito tipificado no Art. 1º, V e Parágrafo Único, da lei 9.613/98, mantido o conteúdo restante da exordial acusatória, inclusive os fatos nela tipificados como caracterizando lavagem de capitais.

São Paulo, 24 de outubro de 2017.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de Jonio Kahan Foigel, contra ato do Juízo da 6ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP. Regularmente processado o feito, foi ele levado a julgamento perante esta C. Décima Primeira Turma, tendo-se concedido parcialmente a ordem pleiteada, nos seguintes termos (fls. 313/314):

> EMENTA
> PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. LAVAGEM DE DINHEIRO. CORRUPÇÃO. DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS GERAIS. INÉPCIA PARCIAL. TIPIFICAÇÃO ESPECÍFICA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
> 1. No ato apontado como coator, analisaram-se de maneira clara e precisa as teses lançadas pela defesa do paciente quanto à ocorrência de eventuais hipóteses de absolvição sumária, tendo-se concluído negativamente, ou seja, pela inocorrência concreta de tais hipóteses. Rejeitada a tese de que a autoridade apontada como coatora não examinou tese defensiva.
> 2. A exigência de individualização material, espacial e temporal das condutas deve ser entendida sempre tendo-se em vista a complexidade de cada delito e suas circunstâncias específicas. Não se pode conceber que a individualização da conduta em crimes complexos (como crimes societários, crimes contra o sistema financeiro, grandes crimes contra a Administração Pública e crimes de lavagem de dinheiro) tenha a mesma exatidão que a de crimes comezinhos como o furto simples e o roubo em condições comuns. Precedentes do C. STJ. A denúncia dos autos de origem preencheu tais requisitos.
> 3. Rejeitada a tese de ilegitimidade passiva do paciente.
> 4. O tipo penal da lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98, art. 1º) exige, para sua configuração empírica, que os recursos objeto das condutas tenham como origem ("proveniência") uma prática criminosa. Conquanto sejam várias as espécies de valores que se amolduram ao conceito de "valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime", há um fio condutor claro: a razão de eles existirem na esfera patrimonial de um agente é uma prática delitiva anterior. Trata-se da figura do "crime antecedente", sobre cuja necessidade concreta não se controverte. Portanto, deve-se ter, necessariamente, um crime anterior que propicie (ao agente ou a terceiro) os recursos a serem objeto de posterior lavagem.
> 4.1 Os crimes de corrupção ativa e passiva são previstos em tipos mistos alternativos. Tratando-se de tipos mistos alternativos, a prática sequencial - em nexo unitário do ponto de vista fático - de mais de um dos verbos que os compõem faz com que a conduta anterior seja tomada como crime integrado pelo resultado específico da segunda conduta. Portanto, quem aceita promessa de vantagem e depois recebe aquela mesma vantagem antes prometida pratica um ato de corrupção passiva, integrado por um aspecto material. O recebimento efetivo da vantagem constitui ato de exaurimento, punível apenas como elemento da prática de corrupção, mas não em si mesmo como crime autônomo. Dessa forma, não constitui tal recebimento uma prática de "lavagem de capitais", visto que não há ainda um crime antecedente, mas conduta que integra a prática de corrupção.
> 5. Não é possível qualificar qualquer prática concreta de corrupção como apta a ser "crime antecedente" em potencial de um processo de lavagem de capitais. Isso porque o crime de lavagem de dinheiro pressupõe, lógica e juridicamente, que haja recursos de proveniência criminosa como seu objeto; os recursos a serem lavados devem ser, necessariamente, provenientes de crime anterior. No caso da corrupção, os recursos só passam a ser passíveis de uma tal classificação quando ocorre seu recebimento pelo corrupto. Nas modalidades formais de corrupção passiva, ou na mera promessa de vantagem indevida (feita por um corruptor a um funcionário público), não há "produto do crime". O que há é uma conduta, verbal, escrita ou

simbólica. Há uma comunicação. A vantagem materializada ainda não existe, e pode muito bem jamais vir a existir.
5.1 A materialização dos recursos como "produto" (lato sensu) de crime de corrupção só passa a haver quando de seu recebimento pelo agente corrupto. O caminho até esse ato não traz em si ilicitude dos recursos que serão utilizados. Seja qual for o iter, pode o corruptor interrompê-lo a qualquer momento, sem que o numerário seja em si ilícito. Ele será ilícito apenas quando efetivamente completar seu destino; só então será ele "propina", ou, na dicção técnica e legal, "vantagem indevida" materializada.
6. Sem a existência de recursos cuja "proveniência" (e não destinação de acordo com planos de seus possuidores, os corruptores) seja criminosa, não pode haver lavagem. Lavagem só há de recursos cuja origem seja crime, de acordo com a expressa dicção do art. 1º da Lei 9.613/98. Por conseguinte, não há substrato descritivo na denúncia, nem mesmo em tese e se comprovada ao longo da ação principal toda a narrativa ministerial, para a imputação de prática, pelo paciente, do crime de lavagem de dinheiro.
7. Excluída a tipificação, sem prejuízo do conteúdo fático narrado na inicial, que poderá ostentar relevância tanto para compreensão e avaliação global das condutas narradas na denúncia, quanto para valoração concreta das práticas imputadas (em eventual e hipotética condenação).
8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida.
ACÓRDÃO
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, para trancar parcialmente a ação principal, apenas no que tange à imputação de prática, pelo paciente, do delito tipificado no art. 1º, V e parágrafo único, da Lei 9.613/98, mantido o conteúdo restante da exordial acusatória, inclusive os fatos nela tipificados como caracterizando lavagem de capitais. Vencida parcialmente a Des. Fed. Cecília Mello, que a concedia parcialmente em maior extensão, para, também, decotando a denúncia, recebê-la, em relação ao paciente, apenas no que tange aos fatos praticados até março/2000, rejeitando-a, também exclusivamente quanto ao paciente, em relação aos fatos posteriores a março/2000, nos termos do artigo 395, I e III, do CPP - Código de Processo Penal, tudo nos termos do relatório e votos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Após, os impetrantes interpuseram recurso ordinário, ainda não processado.

O Ministério Público opôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados (fls. 363/373v).

O Ministério Público interpôs recursos especial e extraordinário, ainda não processados.

Foi apresentado pedido de extensão em habeas corpus, em favor de Thierry Charles Lopez de Arias (corréu nos autos principais), pedido este subscrito por seus defensores constituídos. O pedido consta das fls. 353/357. Argumenta-se ali que o requerente estaria na mesma circunstância objetiva do paciente Jonio Foigel, de maneira que a conclusão a que se chegou neste *habeas corpus* seria necessariamente extensível a seu caso, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Em manifestação específica a respeito do pedido de extensão, o Ministério Público Federal opinou por sua rejeição, tendo em vista o teor dos embargos declaratórios anteriormente opostos pelo *Parquet* (fls. 360/360v).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Passo ao voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

O pedido de extensão deve ser deferido, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Com efeito, decidiu este órgão jurisdicional, quando do julgamento do *habeas corpus* em epígrafe, não ser possível a tipificação, em tese, do crime de lavagem de dinheiro no contexto fático apurado na ação principal. Transcrevo a parcela do voto condutor de minha lavra em que se tratou do tema (fls. 298v/304):

> d) Das imputações de corrupção passiva e lavagem de dinheiro
> A denúncia seria inepta, por fim, quanto à dupla imputação de prática de lavagem de dinheiro e corrupção ativa; ambas teriam sido feitas com base em fatos que caracterizariam, tão-só, corrupção ativa. Isso porque a ocultação da origem e o manejo clandestino - ainda que complexo - de produto do crime de corrupção não configuraria crime de lavagem, ou seja, "não é ação distinta do ato de receber" (vantagem indevida).
> O ato apontado como coator rejeitou a tese sob os seguintes fundamentos (fls. 40/41):
> Ainda em sede preliminar, porém novamente sem antecipar juízo de valor sobre as condutas imputadas aos acusados, imprescindível observar a possibilidade da configuração do crime de lavagem de valores nos termos em que descrito pelo órgão acusador, ou seja, entre o oferecimento/aceitação/solicitação da vantagem indevida e a efetiva entrega/transferência final dos valores prometidos.
> De fato, os crimes de corrupção ativa e passiva (artigos 333 e 317 do Código Penal Brasileiro, respectivamente), como bem lembrado pelas defesas técnicas, são delitos formais, de consumação instantânea.
> Necessário ressaltar, contudo, que inobstante o crime seja formal, dele pode resultar, e usualmente resulta, uma exteriorização material, que se não é condição para a consumação do delito, conforme descreve o tipo penal, de outro lado também não pode ser ignorado como objeto-resultado ilícito do mesmo.
> Nesse sentido, transferências bancárias de valores prometidos a funcionários públicos, mesmo que não entregues, mas claramente direcionados ao fim escuso, ultrapassam o mero estado de ato preparatório. Acrescente-se que, segundo a narrativa da acusação, esses valores realmente atingiram o fim objetado, o pagamento de vantagem indevida aos funcionários públicos do Estado de São Paulo, o que só corroboraria a imputação de lavagem de valores com a finalidade de acobertar o caminho trilhado pela propina.
> Dessa forma, em um primeiro momento, de acordo com o interregno criminoso descrito na inaugural acusatória, conclui-se que os suprarreferidos valores são passíveis de serem tipificados como lavagem, nos termos do artigo 1º da Lei 9.613/1998, pois originados da possível prática dos crimes contra a Administração Pública. Ademais, as condutas se subsumem, ao menos aparentemente, à descrição típica de "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal", posto que visam dar roupagem lícita aos valores movimentados para fins de corrupção, na sua modalidade ativa ou passiva.
> [...]
> No caso, não haveria mero exaurimento dos crimes de corrupção ativa e passiva, pois o meio fraudulento empregado para enviar/receber vantagem indevida configuraria, por si só, o crime autônomo de lavagem de dinheiro, que, frise-se, teria atingido bem jurídico distinto dos tutelados pelos artigos 317 e 333 do Código Penal Brasileiro.
> Os fatos que, de acordo com a denúncia que inaugura os autos principais, consubstanciariam a prática de lavagem de capitais pelo paciente, são - além dos trechos já citados, constantes das

fls. 63/64 desta impetração e transcritos no tópico b, supra - os seguintes (fls. 65/67, 71, 106):
28. Para o pagamento das vantagens ilícitas e para a ocultação e movimentação dos valores produtos dos crimes de corrupção, os denunciados se utilizaram de contratos fictícios de consultoria e de diversas empresas offshore, as quais possuíam contas no exterior, além de empresas sediadas em território nacional.
29. Apurou-se, com efeito, que o esquema de pagamento de propinas e lavagem de capitais envolveu quatro empresas offshore, além de empresas sediadas no Brasil. Estas empresas eram as responsáveis por distribuir o dinheiro da corrupção para os funcionários públicos corruptos.
30. As empresas offshore utilizadas foram ANDROS, SPLENDORE, TALTOS, JANUS HOLDING, CAMPANIA DE ASESORES DE ENERGIA AS, assim como a MCA URUGUAY. As empresas situadas no Brasil foram ACQUA LUZ, CERI, MCA CONSULTORIA e SANTAYA.
31. Verificou-se, assim, que agentes da ALSTOM na Franca intentaram um esquema de corrupção de agentes públicos em outros países, valendo-se da utilização de empresas offshore e contratos de prestação de serviços falsos. No exterior participava ativamente do esquema OSKAR, presidente do TEMPUS PRIVATBANK AG, com sede em Zurique, Suíça.
[...]
32.1 Entre 1995 a 2000, OSKAR criou diversas sociedades offshore, dentre elas a COMPANIA DE ASESORES DE ENERGIA, com sede no Panamá, e a JANUS OVERSEAS INC., sediada em Bahamas. OSKAR, valendo-se destas empresas, abriu contas em diversos Bancos, sobretudo na Suíça, que foram utilizadas para as transações necessárias. Embora OSKAR fosse os correspondentes nestes bancos, os verdeiros (sic) titulares econômicos destas contas eram as empresas do grupo ALSTOM.
32.2 Para que fosse possível justificar contabilmente as transferências da ALSTOM/CEGELEC para as empresas de OSKAR, foram realizados "contratos de consultoria" fictícios entre as sociedades offshore e o grupo ALSTOM. Com base em falsas invoices [faturas], durante o período de 1995 a 2003, as empresas do grupo ALSTOM transferiram milhões para OSKAR, sem que houvesse qualquer retorno por serviços.
32.3 Assim, com base nestes contratos de consultoria a ALSTOM/CEGELEC disporia de valores "por fora" da contabilidade do grupo e da empresa, em uma espécie de "caixa dois", que serviria e estaria disponível para pagamentos ilícitos.
[...]
32.4 Desta feita, quando havia necessidade de pagamento para "financiar" projetos do grupo ALSTOM - leia-se, o pagamento de vantagens ilícitas - os funcionários da ALSTOM/CEGELEC enviavam ordens de pagamento manuscritas para OSKAR, por fax. Em seguida, OSKAR transformava em suas próprias ordens de pagamento ao banco correspondente, agindo em nome do grupo ALSTOM, para efetuar pagamentos a terceiros.
32.5 Por consequência, as somas provenientes da contabilidade "paralela" das contas gerenciadas por OSKAR eram destinadas para pagamentos ilícitos em relação aos projetos da ALSTOM no Brasil, na Venezuela, em Singapura, Indonésia, Tailândia, etc.
[...]
33.2. No caso ora denunciado, visando ocultar o pagamento das vantagens indevidas, foram usados dois esquemas de trânsito das comissões.
33.2.1 Pelo primeiro, parcela dos valores - comissão de 7,5%, que era o máximo aceito pela França à época para pagamento de comissões no exterior - foi paga diretamente pela CEGELEC e ALSTOM para a empresa MCA URUGUAY, que se encarregou de repassar as quantias para os demais intermediários, posteriormente. Era o chamado "Grande" ("Gros") MCA. Porém, conforme será visto, mesmo neste caso não havia prestação verdadeira de serviços.
32.2.2 Os outros valores - o restante dos 7,5% - foram pagos por meio de duas sociedades de fachada, quais sejam, as empresas JANUS (pela ALSTOM) e ASESORES (pela CEGELEC) - ambas à disposição de OSKAR HOLENWEGER, conforme visto acima - para as empresas MCA URUGUAY (esse era o chamado de Pequeno "Petit" MCA, correspondendo a 1,13% do contrato), SPLENDOR, TALTOS e ANDROS.

[...]
33.8 Nos dois sistemas de fluxos de pagamentos, a empresa offshore supostamente de consultoria, com base na fictícia prestação de serviços, emitiu faturas (invoices) falsas - pois os serviços jamais foram prestados. Estas faturas eram enviadas para a ALSTOM/CEGELEC, para pagamento. Dessa forma, as invoices (pedidos de fatura) eram enviadas pelos representantes das empresas offshore de consultoria, solicitando aos representantes da ALSTOM/CEGELEC a transferência do valor para contas existentes no exterior.
34. Conforme será demonstrado, os invoices eram elaborados com a participação dos denunciados DANIEL, THIERRY e JONIO, em contato com os responsáveis pelas empresas offshore, de acordo com as necessidades de pagamento de propinas.
34.1 Em seguida, ou o pagamento era feito diretamente pela ALSTOM/CEGELEC para a empresa offshore MCA URUGUAY, ou eram enviadas ordens de pagamento, pelos responsáveis do grupo ALSTOM - geralmente manuscritas e por fax - para OSKAR, que realizava o pedido de transferência para a conta da empresa offshore - em nome próprio, mas atuando em favor da ALSTOM/CEGELEC - por intermédio das empresas JANUS/ASESORES.
34.2 Assim, os pagamentos eram realizados pela ALSTOM/CEGELEC, direta ou indiretamente, nas contas existentes no exterior, em nome das offshore. (...)
34.3 Os supostos "consultores" no Brasil eram escolhidos pelas equipes comerciais da filial brasileira.
[...]
49. No Brasil, sobretudo JONIO, THIERRY e DANIEL que coordenaram todas as tratativas para o pagamento das propinas. JONIO foi diretor superintendente da CELEC ENGENHARIA LTDA em todo o Brasil a partir de 1994. Quando a CEGELEC foi comprada pela ALSTOM, em 1998, passou a exercer as funções da área de transmissão e distribuição de energia elétrica e indústria. Nessa qualidade, acompanhou o Décimo Aditivo do Contrato Gisel, especialmente em razão de sua importância, decorrente do capital envolvido e do financiamento francês.
50. JONIO foi responsável pelas tratativas que levaram ao pagamento da propina, intermediando contatos com políticos que receberam valores indevidos e, também, com funcionários da ELETROPAULO. Ele tinha delegação de poderes da empresa COGELEX ALSTHOM, recebida em 08.04.1998, para assinar com a ELETROPAULO a ata de cessão do contrato assinado para o fornecimento e instalação dos equipamentos da estação MIGUEL REALE.
Pois bem. O deslinde da questão exige a delimitação, em tese, de momentos de consumação e de possibilidades de configuração dos crimes de corrupção ativa e lavagem de dinheiro.
Trata-se, como bem se sabe, de duas das figuras delitivas potencialmente mais complexas em sua estruturação concreta. Conquanto ambas possam se dar de maneira muito simples (um simples oferecimento de "propina" ou a mera tradição de bem móvel produto de crime para a propriedade formal de terceiro, na condição de "laranja"), é certo que podem ser criados complexos e intrincados mecanismos tanto para a execução de crimes de corrupção quanto de lavagem de capitais provenientes de anteriores práticas criminosas - inclusive, por óbvio, a de crime de corrupção, conforme previsto no artigo 1º, V, da Lei 9.613/98, na redação anterior à vigência da Lei 12.683/12.
O entendimento contido no ato apontado como coator, e também, implicitamente, na denúncia dos autos principais, é o de que o crime de corrupção ativa se consumou, em concreto, mediante simples promessa de vantagem indevida; o de corrupção passiva, quando da aceitação da promessa pelos agentes públicos em tese corrompidos. Portanto, os procedimentos para a efetiva entrega das vantagens (ou seja, para seu recebimento pelos agentes que aceitaram anteriormente a avença criminosa), se dotados das características objetivas de crimes de lavagem, seriam enquadrados como crime autônomo de lavagem de dinheiro. Os impetrantes sustentam o contrário, com base, em apertada síntese, no quanto já destaquei acima.
Traçados os contornos fáticos da controvérsia e estando ela bem delimitada, prossigo ao seu exame propriamente dito. Pontuo que a análise deve se dar quanto à moldura dada pela pró-

pria inicial; cognição mais abrangente fugiria ao escopo do *habeas corpus*, sede em que não se permite extensa dilação probatória.

Entendo assistir razão aos impetrantes no ponto, pelas razões que passo a expor.

Os crimes de corrupção passiva e ativa são, despiciendo dizer, crimes de tipo misto alternativo, ou seja, figuras delitivas cuja configuração concreta se dá pela prática de qualquer uma das condutas previstas no preceito primário: solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, em razão da função pública, no caso da corrupção passiva; oferecer ou prometer vantagem indevida em razão de função pública exercida ou a ser exercida pelo alvo da oferta/promessa, no caso da corrupção ativa. Crimes de tipo misto alternativo não apenas se caracterizam pelo fato de que qualquer das condutas neles prevista caracteriza, por si, a ocorrência concreta do próprio crime, mas também porque a prática de mais verbos do tipo, em sequência fática que denote unidade, configura também a mesma prática delitiva (ou seja, passa a haver fases do mesmo delito, e não um concurso de crimes).

Ainda no que tem pertinência ao crime de corrupção, mas agora especificamente ao de corrupção passiva, pode ele se caracterizar em concreto como crime formal ou crime material, a depender da modalidade praticada, e conforme deflui da própria natureza de cada uma das condutas por ele abarcadas. Desse modo, as condutas de solicitar ou aceitar promessa de vantagem indevida são modalidades formais de corrupção passiva (ou seja, que se perfazem sem a necessidade de ocorrência de resultado naturalístico); a conduta de receber é, por si, de natureza material, ainda que não se tenha, necessariamente, prejuízo patrimonial para a Administração Pública. No mesmo sentido é a lição de Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de Direito Penal, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 125).

Quanto à lavagem de dinheiro, cuida-se (em tese) de todas as práticas de ocultação, dissimulação e reinserção na economia formal, sob aparência lícita, de valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime. Neste último conceito se enquadram os produtos diretos, os indiretos (proventos), e mesmo as eventuais recompensas auferidas devido a uma prática delitiva (os chamados "preços do crime" ou "pagamentos do crime").

Conquanto sejam várias as espécies de valores que se amolduram ao conceito de "valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime", há um fio condutor claro: a razão de eles existirem na esfera patrimonial de um agente é uma prática delitiva anterior. Trata-se da figura do "crime antecedente", sobre cuja necessidade concreta não se controverte. Nem seria uma controvérsia desse jaez possível, ante a própria dicção do crime previsto no art. 1º da Lei 9.613/98, que exige que a "proveniência" dos recursos seja uma prática criminosa; como decorrência lógica, há de haver crime cronologicamente anterior, em decorrência do qual se aufiram recursos que poderão ser "lavados".

Conforme se afere a partir da leitura da parcela pertinente da preambular acusatória, bem como do ato apontado como coator, os fatos que caracterizariam a lavagem de capitais por parte do paciente são as imputadas práticas de um encaminhamento complexo dos valores destinados, ao fim e ao cabo, ao pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos, após prévia promessa e aceitação nesse sentido. Não há, por conseguinte, margem de interpretação da exordial que escape a isso.

Os crimes antecedentes à lavagem de capitais imputada ao paciente seriam, de acordo com o Parquet, "crimes contra a Administração Pública (corrupção ativa e corrupção passiva)" (fl. 48). Não há referência alguma a outros crimes de corrupção que não as próprias aceitações de promessa já descritas, cujas "efetivações" constituiriam as práticas de lavagem de capitais. Portanto, não há, na denúncia, a descrição de que os próprios recursos usados no suposto pagamento de vantagens indevidas eram, eles mesmos, provenientes de crimes anteriores. A relação entre tais recursos e eventuais crimes seria, apenas, a própria destinação deles (ou seja, o fato de que teriam sido destinados ao pagamento de vantagens indevidas anteriormente prometidas pelos corruptores e aceitas pelos corruptos, tudo segundo a preambular).

Ocorre que, para que um crime possa ser considerado crime antecedente de lavagem de dinhei-

ro, deve ele (é dizer, sua prática) fornecer/propiciar produto, proveito ou "preço/recompensa" - espécies de lucro que passarei a denominar de produto em sentido amplo. Será exatamente esse produto em sentido amplo que será "lavado" ou "branqueado".

Assim, não basta que haja um crime anterior e uma operação de ocultação/dissimulação/reinserção posterior para que se configure a lavagem. Deve haver um nexo entre os bens ocultados/dissimulados/reinseridos (modalidades sempre praticadas com esse intuito específico de mascaramento da origem do bem) e uma prática delitiva anterior; é devido a esse nexo que se poderá qualificar um crime como "antecedente". Demais disso, o crime anterior deverá - como resta evidente - não apenas existir (ter ocorrido), mas propiciar produto em sentido amplo, sem o que não há possibilidade física de "lavar" um bem (não se pode mascarar a origem do que não existe).

Sintetizando: para que se configure o quadro de "crime antecedente + lavagem de dinheiro" (esta pressupõe aquele, como já esclarecido), deve haver, ao menos: a) Antecedência cronológica entre o crime "antecedente" e a lavagem de seu produto lato sensu; b) Obtenção, por meio do crime antecedente ou em virtude dele, de produto em sentido amplo; c) Nexo fático entre esse mesmo produto e as operações que caracterizam um processo de lavagem de capitais.

Creio ser estreme de dúvida o fato de que o crime de corrupção ativa ou passiva pode ser crime antecedente do crime de lavagem de capitais. As questões que se põem são, em verdade: i) se isso será sempre possível (se negativa a resposta, em qual das categorias se enquadra a descrição contida na denúncia que inicia os autos principais); ii) qual o próprio momento em que se encerra a prática de corrupção e se pode defini-la como crime potencialmente "antecedente" de conduta(s) classificável(eis) como "lavagem de dinheiro", nos termos do art. 1º da Lei 9.613/98. Ambas as respostas são, a meu sentir, contrárias à tese que sustenta a viabilidade, em tese, de prática de lavagem na exordial.

Quanto ao momento em que se encerra a corrupção, por se tratar de tipo misto alternativo. Tratando-se de tipo misto alternativo, a prática sequencial - em nexo unitário do ponto de vista fático - de mais de um dos verbos que o compõem faz com que a conduta anterior seja tomada como crime integrado pelo resultado específico da segunda conduta. Portanto, quem aceita promessa de vantagem e depois recebe aquela mesma vantagem antes prometida pratica um ato de corrupção passiva, integrado por um aspecto material. O recebimento efetivo da vantagem constitui ato de exaurimento, punível apenas como elemento da prática de corrupção, mas não em si mesmo como crime autônomo. O crime é um, com um momento consumativo prévio e um ato de exaurimento (a materialização da vantagem) que passa, também, a dele fazer parte, do que nascerá possível majoração da pena, mas não uma partição da conduta complexa.

O fracionamento arbitrário dessas condutas foge à própria dinâmica dos tipos mistos alternativos no sistema brasileiro, bem como à lógica unitária e finalística da conduta complexa do agente em tese criminoso.

A inicial acusatória descreve situação dessa natureza. Havia promessas de vantagens indevidas e seguida aceitação dessas promessas. Em virtude delas, e como meio de "honrá-las", efetivava-se - em tese e por procedimento complexo - a entrega de grandes quantidades de recursos, que constituíam as mesmas vantagens indevidas anteriormente prometidas/aceitas. Trata-se da materialização do próprio crime formal anterior já praticado, a qual existe exclusivamente devido à dinâmica própria do crime de corrupção (ativa e passiva). Portanto, o que há na denúncia é a descrição, mesmo em abstrato, de crimes de corrupção ativa e passiva, os quais se consumaram inicialmente com supostas promessas de vantagens indevidas e aceitação delas pelos agentes públicos; posteriormente, exauriram-se pelo efetivo pagamento das vantagens previamente acordadas, por meio de procedimento elaborado de ocultação de sua origem.

Em suma: mesmo que integralmente comprovado o conteúdo da denúncia, não seria possível que as condutas ali narradas como caracterizando lavagem de capitais efetivamente o fossem, tendo em vista que se trata de práticas complexas de remessa de "propina" que ainda integram,

juridicamente, o ato de corrupção consumado, inicialmente, com promessas de vantagens indevidas (pelos supostos corruptores, entre eles o paciente) e sua aceitação (pelos supostos corruptos). Por conseguinte, a exordial é, nessa estrita medida, inepta (caracterizando caso de inépcia parcial da denúncia).

Na linha dos fundamentos ora expostos, transcrevo, por fim, ementa de precedente relevante do Supremo Tribunal Federal, que se refere ao "recebimento" de vantagem anteriormente prometida (pelo corruptor) e aceita (pelo corrupto):

Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva "receber", sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro. (AP 470-EI-sextos, PLENO, Rel. p/ Acórdão o Min. Luís Roberto Barroso, j. em 13 de março de 2014.)

Há, outrossim, a resposta à outra questão a que me referi supra. Entendo que não é possível afirmar que toda e qualquer prática concreta de corrupção seria apta a ser - mesmo em tese - qualificada como "crime antecedente" em potencial de um processo de lavagem de capitais. Isso porque o crime de lavagem de dinheiro pressupõe, lógica e juridicamente, que haja recursos de proveniência criminosa como seu objeto; os recursos a serem lavados devem ser, necessariamente, provenientes de crime anterior. No caso da corrupção, os recursos só passam a ser passíveis de uma tal classificação quando ocorre seu recebimento pelo corrupto. Nas modalidades formais de corrupção passiva, ou na mera promessa de vantagem indevida (feita por um corruptor a um funcionário público), não há "produto do crime". O que há é uma conduta, verbal, escrita ou simbólica. Há uma comunicação. A vantagem materializada ainda não existe, e pode muito bem jamais vir a existir (o que dependerá, por óbvio, dos envolvidos na trama).

A materialização dos recursos como "produto" (lato sensu) de crime só passa a haver, reitero, quando de seu recebimento pelo agente corrupto. O caminho até esse ato não traz em si ilicitude dos recursos. Seja qual for o iter, pode o corruptor interrompê-lo a qualquer momento, sem que o numerário seja em si ilícito. Ele será ilícito apenas quando efetivamente completar seu destino; só então será ele "propina", ou, na dicção técnica e legal, "vantagem indevida" materializada.

Exemplifico. Basta pensar em um envelope com dinheiro, que será enviado para subornar um servidor público. Suponha-se que o dono do numerário tenha acertado aquela quantia previamente, a ser entregue em virtude da função a esse agente. Os recursos provém da atividade lícita do corruptor (por exemplo, de sua sociedade empresária). Se, ao parar na porta da repartição em que é lotado o servidor, o corruptor resolve dar meia volta, o dinheiro, que sempre foi lícito, continuará a sê-lo. Da mesma forma, se, no curso de operações financeiras complexas, decide-se que não será efetivada a entrega da vantagem indevida a um agente público, aquele numerário não é e jamais foi "produto", "proveito" ou "recompensa" de crime. Ele é, até sua entrega, um bem lícito, que tem a qualificação (na mente do corruptor) de dinheiro "a ser gasto com vantagens indevidas".

O que qualifica o produto do crime é o fato de ser por meio da prática delitiva que se o aufere (se convertido, tornar-se-á proveito, mas sempre com essa origem, ao fim e ao cabo). No caso da corrupção, o bem passa a "provir" do crime quando o agente público se apossa do dinhei-

ro; aí sim tem-se produto (ou, se se quiser, "preço"/"recompensa") do crime de corrupção. É esse o ponto inicial a partir do qual poderá, em tese, haver lavagem. Antes disso, há apenas dinheiro (ou outro bem) cuja "rubrica" (na mente ou na contabilidade paralela do corruptor) é a de "dinheiro (bem) destinado a custear vantagens indevidas, já acertadas ou não".

É o que acontece no caso dos autos principais. Nem mesmo em tese há a descrição de que os executivos da CEGELEC ou do grupo ALSTOM, entre eles o paciente, tenham auferido os recursos de maneira ilícita. Ilícita era sua finalidade. Tratava-se de dinheiro do caixa do grupo empresarial, que era "desviado" para outros fundos também controlados pelo grupo, de modo a financiar futuras vantagens indevidas. Se elas não fossem efetivadas, haveria no máximo outros tipos de fraude envolvidas na circulação do dinheiro ou na informação falsa prestada a acionistas, mas essa não seria, de qualquer modo, a "proveniência", direta ou indireta, dos recursos. Os recursos provinham das atividades lícitas do conglomerado transnacional.

Portanto, até que os recursos atingissem os agentes em tese corrompidos, não eram eles produto, proveito ou preço de crime algum. Isso, repito ainda uma vez, só ocorre quando sua destinação (até ali apenas planejada) se efetivou. Por conseguinte, enquanto não concluído o processo de entrega, não havia dinheiro proveniente, direta ou indiretamente de crime. Ele provém de crime apenas do ponto de vista do corrupto, e apenas quando este passa a tê-lo como seu. Desse ponto em diante, ter-se-á um "produto" ou um "preço" do crime de corrupção (passiva), ou seja, quando os recursos entram na esfera de disponibilidade do agente corrompido (em resumo, quando este os recebe).

Diversa seria, em tese, a conclusão, se houvesse informação ou tese no sentido de o próprio dinheiro destinado às "propinas" já ser fruto de crimes anteriores, em especial crimes de cartel ou vantagens auferidas por meio de práticas corruptivas anteriores. No entanto, não há nenhuma informação nesse sentido na inicial acusatória. Se, na descrição da preambular, se falasse em "dinheiro proveniente de práticas criminosas, que foi entregue, por procedimentos que caracterizam lavagem, a agentes públicos corrompidos", poder-se-ia ter a configuração, em tese, de crime de lavagem de capitais no contexto fático dado na peça. Não é o caso, como fica claro pela leitura dos excertos que transcrevi acima.

Se anteriores práticas corruptivas tivessem sido descritas (mesmo que sucintamente), bem como seu resultado econômico (v.g., a obtenção dos recursos pela via de sobrepreço em contratos públicos anteriores), e que esse mesmo resultado é que foi objeto de complexas operações de possível mascaramento, ter-se-ia, ao menos em tese, descrição de prática de lavagem de dinheiro. Não é, porém, o que consta da exordial, que, quanto à origem dos recursos, é expressa no sentido de provirem eles do caixa oficial da ALSTOM. Evidentemente, não se poderia "presumir" que os recursos oficiais das contas de um conglomerado transnacional são de origem criminosa (nem é tal presunção levada a efeito na peça inicial, diga-se).

Sem a existência de recursos cuja "proveniência" (e não destinação de acordo com planos de seus possuidores) seja criminosa, não pode haver lavagem. Lavagem só há de recursos cuja origem seja crime, de acordo com a expressa dicção do art. 1º da Lei 9.613/98.

Por tais fundamentos, não há substrato descritivo na denúncia, nem mesmo em tese e se comprovada ao longo da ação principal toda a narrativa ministerial, para a imputação de prática, pelo paciente, do crime de lavagem de dinheiro.

Dessa feita, *a imputação em questão configura constrangimento corrigível pela via do* habeas corpus*, ante a inépcia parcial da denúncia (neste ponto específico), sem prejuízo do conteúdo fático da descrição. Afinal, pode este, se comprovado seu teor, ser relevante para a própria avaliação de eventuais sanções penais, tendo em conta sua possível relevância em hipotético exame das circunstâncias judicias da conduta - notadamente as relativas à culpabilidade e às circunstâncias do crime. Além disso, compõe ele o contexto fático de maneira importante sob o prisma do exaurimento das condutas típicas em tese havidas naquela conjuntura. Apenas sua tipificação é que deverá ser expurgada.*

Tratando-se tão-só da qualificação jurídica de fatos cuja narrativa é relevante, e da ausência

de prejuízo daí decorrente em termos de outros atos da ação penal, é certo que não há impacto outro que não a própria decretação de inépcia parcial, para excluir a imputação, feita ao paciente, de prática do crime previsto no art. 1º, V e parágrafo único, da Lei 9.613/98 (na redação anterior à Lei 12.683/12).

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*, para trancar parcialmente a ação principal, apenas no que tange à imputação de prática, pelo paciente, do delito tipificado no art. 1º, V e parágrafo único, da Lei 9.613/98, mantido o conteúdo restante da exordial acusatória, inclusive os fatos nela tipificados como caracterizando lavagem de capitais.

O caso do requerente Thierry Charles Lopez de Arias se enquadra nas mesmas circunstâncias, de acordo com a moldura fática traçada na exordial que inaugura os autos principais. Isso porque, da mesma maneira que o paciente Jonio Kahan Foigel, era ele executivo ligado ao conglomerado ALSTOM ao tempo dos fatos. Conforme se descreve na inicial da ação penal de nº 0007986-86.2008.403.6181, seu papel no esquema ali narrado seria o de "selecionar consultores" (que em verdade seriam intermediários e encaminhadores dos recursos cuja destinação final seria o pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos), bem como o de operacionalizar a destinação dos recursos que seriam utilizados para pagamento de "propinas", inclusive no sentido de "fixar o valor da remuneração dos 'consultores'" (fl. 109).

Como se vê, a situação do requerente é juridicamente idêntica, para os fins de seu pedido de extensão, à de Jonio Foigel, porquanto a imputação contém, no tocante à lavagem de dinheiro, os mesmos caracteres objetivos apontados. Nesse sentido foi - quanto ao tema - o entendimento da Procuradoria Regional da República, a qual, embora tenha se posicionado pelo indeferimento do pedido ante os pedidos de alteração formulados em sede de embargos declaratórios ao acórdão de fls. 291/304 e 308/314, consignou que as circunstâncias objetivas eram as mesmas, de maneira que, mantido o aresto, se "permitiria a extensão [do *habeas corpus*] aos corréus que incorreram no mesmo *modus operandi*" (fl. 360v). Quanto aos contornos fáticos e jurídicos da questão, remeto às fls. 298/304, que rememoro na transcrição acima.

Postas essas considerações, deve o pedido de extensão ser deferido, para excluir também quanto ao requerente a tipificação dada a parcela dos fatos a ele imputados, e, por conseguinte, trancar parcialmente a ação principal com relação a ele, apenas no que tange à imputação de prática, pelo paciente, do delito tipificado no art. 1º, V e parágrafo único, da Lei 9.613/98, mantido o conteúdo restante da exordial acusatória, inclusive os fatos nela tipificados como caracterizando lavagem de capitais.

Posto isso, suscito a presente questão de ordem perante este órgão, para deferir o pedido de extensão em *habeas corpus* pleiteado por Thierry Charles Lopez de Arias.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Tributário



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA 0012870-91.2000.4.03.6100 (2000.61.00.012870-4)

Agravante: AUTO ONIBUS SOAMIM LTDA
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 652/658
Agravados: SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE/DF E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 22ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: ApReeNec 1259019
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/11/2017

EMENTA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÃO. SEBRAE. AGRAVO IMPROVIDO.
1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e desta Eg. Corte com supedâneo no art. 557, do antigo CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. A questão ora sob exame se reporta à constitucionalidade da contribuição ao SEBRAE e, sujeição, ou não, da parte autora à presente exação. O artigo 240 da Constituição Federal ressalva a possibilidade da cobrança de outras, além das previstas no artigo 195 da CF, contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.
3. Assim, nos termos do artigo 240 da Constituição Federal, o artigo 8º da Lei nº 8.029/90 instituiu a contribuição ao SEBRAE, configurando-a como um adicional às alíquotas destinadas às entidades previstas no Artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.318/86, quais sejam, SESI, SENAI, SESC e SENAC. A contribuição devida ao SEBRAE se destina, na forma do artigo 8º, § 3º, da Lei nº 8.029/90, a financiar a execução da política de Apoio às Microempresas e às Pequenas Empresas. Independentemente do porte da empresa (pequena, média ou grande) é de se relevar o caráter universal das contribuições e a uniformização de sua arrecadação na distribuição dos benefícios. O legislador não fez distinção quanto aos contribuintes porque todos os empregados dessas empresas são beneficiados com as arrecadações.
4. Importante anotar que a contribuição ao SEBRAE, compulsória, tem natureza parafiscal, destinando-se a financiar entidades privadas do setor social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. Diante da destinação da referida exação, não merece respaldo a tese de exigência de lei complementar para sua instituição, pois o "caput" do artigo 149 da Constituição Federal prevê sua instituição no interesse das categorias profissionais econômicas como atuação nas respectivas áreas; no mais, insere-se no contexto de tributo, espécie contribuição, consoante artigo 97 do Código Tributário Nacional.
5. Por outro lado, a discussão acerca do porte da empresa contribuinte se torna desnecessária, cabendo a todas a responsabilidade pela exação, face ao principio

da universalidade e uniformidade no atendimento das metas traçadas em prol dos empregados e suas famílias, caracterizando-se o SEBRAE pelo seu serviço social autônomo, desenvolvendo projetos em parceria com instituições públicas e privadas nas áreas de tecnologia, turismo, educação, etc., abrangentes a todas as empresas. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento segundo o qual a contribuição ao SEBRAE é devida não apenas pelas micro e pequenas empresas, mas por todos os contribuintes das contribuições ao SESC, SESI, SENAC, SENAI, SEST e SENAT. A exigência desse adicional não foi afetada com a superveniência da Lei nº 8.706/93, a qual determinou a transferência das contribuições ao SESI/SENAI ao SEST/SENAT, relativamente às empresas de transporte rodoviário.
6. Agravo 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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal de fls. 663/673 interposto por AUTO ÔNIBUS SOAMIN LTDA., contra decisão proferida por este Relator às fls. 652/658V que, nos termos do art. 557, §1º-A, do antigo CPC, não conheceu do recurso interposto pelo INSS e deu provimento à remessa oficial e aos recursos de apelação interpostos pelo SEBRAE/SP e pelo SEBRAE/UF, para reconhecer a legalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE da parte autora, invertendo-se o ônus da sucumbência.

O MM. Juízo *a quo*, proferiu a r. sentença, julgando procedente a ação ordinária proposta por Auto Ônibus Soamim Ltda. para declarar a inexistência de relação jurídica que obrigue a autora ao recolhimento da contribuição social destinada ao SEBRAE, condenando a ré a repetir os valores pagos indevidamente, observada a prescrição decenal. Foi determinada a remessa necessária dos autos. Apelaram o INSS, SEBRAE/SP e SEBRAE/DF.

Em suas razões de inconformismo, alega a agravante que é empresa prestadora de serviços de transportes e está sujeita ao recolhimento da contribuição ao SEBRAE, porém, como não se enquadra nos conceitos legais de micro ou pequena empresa, entende que não ser exigível tal contribuição, uma vez que não há contraprestação pelo SEBRAE. Afirma que deixou de ser contribuinte do SESI e do SENAI com o advento da Lei nº 8.706/03 passando a ser contribuinte do SEST e do SENAT, novos serviços sociais voltados às empresas de transporte rodoviário.

Intimadas, a União Federal manifestou-se às fls. 675/676v e o SEBRAE às fls. 679/682.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 557 do antigo CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar provimento ou negar seguimento ao recurso, uma vez que o Recurso foi interposto antes da entrada em vigor do CPC 2015.

No que toca a aplicabilidade do art. 557, transcrevo a jurisprudência adotada pelo C. STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.
> 1. A aplicação do artigo 557, do CPC, supõe que o julgador, ao isoladamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, confira à parte prestação jurisdicional equivalente a que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado.
> 2. A "ratio essendi" do dispositivo, com a redação dada pelo artigo 1º, da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerrem matéria controversa.
> 3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 508.889/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, DJ 05.06.2006; AgRg no REsp 805.432/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJ 03.05.2006; REsp 771.221/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, DJ 24.04.2006 e; AgRg no REsp 743.047/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ 24.04.2006).
> 4. "In casu", o acórdão hostilizado denota a perfeita aplicação do art. 557, do CPC, posto que a prolação de sentença de mérito na ação originária revela a superveniente perda de objeto do recurso utilizado contra o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada *initio litis*. Precedentes: RESP 702.105/SC, DJ de 01.09.2005; AgRg no RESP 526.309/PR, DJ 04.04.2005 e RESP 673.291/CE, DJ 21.03.2005.
> 5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo "decisum" revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.
> 6. Agravo regimental desprovido.
> (AGRESP 200601194166 - 857173- 1ª TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX - DJE 03/04/2008)

E, ainda:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO.
> I - A reforma introduzida pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamento pelas turmas apenas dos recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado. No caso presente, em que se decidiu pela ausência de omissão no acórdão recorrido, não havia a necessidade de a matéria ser apresentada diretamente à Turma, mormente por se

> tratar de hipótese em que o seguimento do especial foi obstado já no juízo de admissibilidade realizado na corte estadual, e a orientação esposada encontra-se respaldada em jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça.
> II - Em casos que tais, a possibilidade de o relator decidir monocraticamente decorre do princípio da celeridade processual, sem que tal fato importe violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, haja vista que a defesa das partes, se indevida a aplicação do julgamento simplificado, faz-se via agravo regimental.
> III - Inviável o especial que deixa de atacar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão assentada no aresto hostilizado (Súmula 283/STF). Agravo improvido.
> (AGA 200601825383 - AgRg AI - 800650 - 3ª TURMA - Rel. Min. CASTRO FILHO - DJ 10/09/2007 - p. 00230).

Quanto à questão principal, reitere-se que, a questão ora sob exame se reporta à constitucionalidade da contribuição ao SEBRAE e, sujeição, ou não, da parte autora à presente exação.

O artigo 240 da Constituição Federal ressalva a possibilidade da cobrança de outras, além das previstas no artigo 195 da CF, contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Assim, nos termos do artigo 240 da Constituição Federal, o artigo 8º da Lei nº 8.029/90 instituiu a contribuição ao SEBRAE, configurando-a como um adicional às alíquotas destinadas às entidades previstas no Artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.318/86, quais sejam, SESI, SENAI, SESC e SENAC.

A contribuição devida ao SEBRAE se destina, na forma do artigo 8º, § 3º, da Lei nº 8.029/90, a financiar a execução da política de Apoio às Microempresas e às Pequenas Empresas.

Independentemente do porte da empresa (pequena, média ou grande) é de se relevar o caráter universal das contribuições e a uniformização de sua arrecadação na distribuição dos benefícios. O legislador não fez distinção quanto aos contribuintes porque todos os empregados dessas empresas são beneficiados com as arrecadações.

Importante anotar que a contribuição ao SEBRAE, compulsória, tem natureza parafiscal, destinando-se a financiar entidades privadas do setor social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Diante da destinação da referida exação, não merece respaldo a tese de exigência de lei complementar para sua instituição, pois o "caput" do artigo 149 da Constituição Federal prevê sua instituição no interesse das categorias profissionais econômicas como atuação nas respectivas áreas; no mais, insere-se no contexto de tributo, espécie contribuição, consoante artigo 97 do Código Tributário Nacional.

Conforme jurisprudência firmada no Colendo Supremo Tribunal Federal não é necessária lei complementar para a instituição da contribuição ao SEBRAE:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.
> I. - As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de "outras fontes",

> é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base imponível e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.
> (...)
> III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003.
> IV. - R.E. conhecido, mas improvido.
> (Pleno, RE 396.266-3/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 26.11.03, DJU de 27.02.04, p. 22).

Por outro lado, a discussão acerca do porte da empresa contribuinte se torna desnecessária, cabendo a todas a responsabilidade pela exação, face ao principio da universalidade e uniformidade no atendimento das metas traçadas em prol dos empregados e suas famílias, caracterizando-se o SEBRAE pelo seu serviço social autônomo, desenvolvendo projetos em parceria com instituições públicas e privadas nas áreas de tecnologia, turismo, educação, etc., abrangentes a todas as empresas.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento segundo o qual a contribuição ao SEBRAE é devida não apenas pelas micro e pequenas empresas, mas por todos os contribuintes das contribuições ao SESC, SESI, SENAC, SENAI, SEST e SENAT. A exigência desse adicional não foi afetada com a superveniência da Lei nº 8.706/93, a qual determinou a transferência das contribuições ao SESI/SENAI ao SEST/SENAT, relativamente às empresas de transporte rodoviário. Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados:

> TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. EMPRESA DE GRANDE PORTE. INCIDÊNCIA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA (ART. 138 DO CTN). CONFISSÃO. PARCELAMENTO. NECESSIDADE DE PAGAMENTO INTEGRAL. MULTA MANTIDA. TAXA SELIC. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEGALIDADE.
> *1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que ao instituir a cobrança da contribuição ao sebrae o legislador não limitou sua cobrança às micro e pequenas empresas, mas a todos os contribuintes que recolhem as contribuições ao Sesc, Sesi, Senac e Senai, independentemente do porte da empresa. Precedentes.*
> 2. Para se valer do benefício da denúncia espontânea, o contribuinte deve efetivá-la acompanhada do pagamento integral do montante devido. Por tal razão, não se admite a exclusão da multa se a confissão é acompanhada de mero parcelamento do débito. Essa interpretação do Código Tributário Nacional está consentânea com a jurisprudência da Primeira Seção desta Corte (REsp 1102577/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/05/2009, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008 do STJ).
> 3. A jurisprudência da Corte está assentada na plena aplicabilidade da taxa selic em relação aos créditos tributários, a partir de 1º.1.1996. Precedentes.
> 4. Recurso especial não provido.
> (REsp 904.605/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 04/05/2010, DJe 21/05/2010).

> TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA AO SEST E SENAT - EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO - INCIDÊNCIA - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE ARGUMENTO QUE PUDESSE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.
> 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a Lei nº 8.706/93, em seu art. 7º, I, ao transferir as contribuições do SESI/SENAI para o SEST/SENAT, não criou novos encargos nem alterou o sistema de recolhimento da contribuição para o SEBRAE .
> 2. Assim, é legal o recolhimento de contribuição para o SEBRAE pelas empresas de transporte

rodoviário vinculadas ao SEST/SENAT.
3. Estando a decisão recorrida em consonância com a jurisprudência desta Corte e não tendo a agravante trazido qualquer argumento que pudesse infirmar a decisão agravada, esta deve ser mantida íntegra, por seus próprios fundamentos.
Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1124758/PE, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 09/03/2010, DJe 18/03/2010).

TRIBUTÁRIO. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESI E PARA O SENAI. ALTERAÇÃO DA DESTINAÇÃO DO TRIBUTO PARA O SEST E PARA O SENAT. ADICIONAL PARA O SEBRAE. EXIGIBILIDADE.
1. Conforme jurisprudência pacífica do STJ, a Lei 8.706/93 não extinguiu o adicional ao SEBRAE devido pelas empresas prestadoras de serviços de transportes. Houve apenas alteração da destinação do tributo, pois, se antes contribuíam para o SESI e para o SENAI, com a lei passaram a contribuir para o SEST e para o SENAT.
2. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no REsp 740.430/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 09/02/2009)

Nesse sentido, também é o entendimento desta colenda Corte, a saber:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES. SESI, SENAI E SEBRAE. EXIGIBILIDADE.
1. A instituição de contribuições sociais gerais, entre as quais se encontra, o SEBRAE , não depende de lei complementar, sendo legítima sua instituição através da Lei 8.029/90.
2. Por outro lado, ao ser instituída como um "adicional" às contribuições ao SENAI, SENAC, SESI e SESC, a Lei nº 8.029/90, com a redação dada pela Lei nº 8.154/90, definiu, como sujeitos ativo e passivo , fato gerador e base de cálculo, os mesmos daquelas contribuições e como alíquota, as descritas no § 3º do art. 8º. Por isso que a contribuição ao SEBRAE é devida por todos aqueles que recolhem as contribuições ao SESC, SESI, SENAC e SENAI, inclusive empresas prestadora s de serviços , independentemente do seu porte (micro, pequena ou média empresa), e de serem ou não beneficiários diretos da contribuição ou dos programas desenvolvidos pelo SEBRAE.
3. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
4. Agravo legal improvido.
(AC 283323, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 02.06.11, DJF3 CJ1 de 09.06.11, p. 1018).

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE - LEI Nº 8.029/90 - EMPRESA DE TRANSPORTES - EXIGIBILIDADE.
1. A Constituição Federal assegura tratamento favorecido às empresas de pequeno porte. Inteligência dos arts. 170 e 179 da CF.
2. Tratando-se de contribuições sociais gerais, desnecessária a sua instituição por meio de lei complementar. A instituição de tributos por este veículo normativo só é exigida quando expressamente constar do Texto Constitucional, o que não ocorre com as contribuições discriminadas no art. 149 da Constituição Federal.
3. Após o advento da Lei nº 8.706/93, as empresas de transporte rodoviário passaram a contribuir para o custeio do SEST e do SENAT, cessando a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições para o custeio do SESI/SENAI.
4. A despeito da alteração dos destinatários da contribuição, a alíquota e a base de cálculo permaneceram inalteradas, tal como asseverado no art. 7º, I, da Lei nº 8.706/93, tendo os

Decretos nº 1007/93 e 1093/94, aperfeiçoado a condição de exigibilidade da exação.
5. Não há falar-se em inexigibilidade do recolhimento do adicional instituído em favor do SEBRAE por empresa prestadora de transporte.
6. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional.
(AMS 279741, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. em 03.02.11, DJF3 CJ1 de 09.02.11, p. 170).

Assim, a r. decisão foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e desta Eg. Corte com supedâneo no art. 557, do antigo CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao agravo.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0017656-66.2009.4.03.6100
(2009.61.00.017656-8)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: CARGILL AGRÍCOLA S/A
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe do Processo: ApReeNec 1932581
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/11/2017

EMENTA

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO PIS/COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. ENCARGOS DEPRECIAÇÃO/AMORTIZAÇÃO. ART. 31 LEI 10.865/04. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROVIDAS.
- A Constituição não definiu o que seja não cumulatividade, deixando a cargo do legislador o estabelecimento de seus parâmetros.
- Com relação às limitações impostas pela Lei 10.865/04, quanto ao desconto de créditos do PIS e da COFINS sobre despesas de depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados, adquiridos pelas pessoas jurídicas até 30 de abril de 2004, compete ao legislador dar concretude a não-cumulatividade do PIS e da COFINS. Ou seja, não decorre diretamente do texto constitucional o direito ao crédito, mas da legislação infraconstitucional, que estabelecerá seus critérios.
- O direito de desconto de créditos apurados sob o abrigo das Leis nº s 10.637/02 e 10.833/03, no que se refere à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados, adquiridos antes de 30 de abril de 2004, na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS, configura-se pleno benefício fiscal, de maneira que, diante de sua natureza, poderia ser modificado ou revogado também por lei, assim como ocorreu com a edição da Lei 10.865/04, sem que tal medida afrontasse suposto direito adquirido.
- A revogação do favor fiscal previsto nas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, ou sua limitação, por não ser condicionada, pode ocorrer a qualquer tempo, sem que se configure qualquer retroatividade da lei revogadora ou ofensa ao direito adquirido ou à segurança jurídica.
- Não prospera o argumento de que a Lei nº 10.865/2004 retroagiu em ofensa ao princípio da segurança jurídica, pois, se a lei anterior previa certa dedução da base de cálculo do tributo, não se tem, em relação ao futuro, senão expectativa de direito, na medida em que é a lei vigente no momento do fato gerador e quando da apuração da base de cálculo que determina a forma de proceder a essa operação.
- Na hipótese dos autos, considerando o valor da causa (R$ 5.000,00 em 31.07;2009 - fl.27), bem como a matéria discutida nos autos, o trabalho realizado e o tempo exigido, entendo que devem ser fixados os *honorários* advocatícios em favor da União Federal em 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizado.
- Note-se que, de acordo com os enunciados aprovados pelo Plenário do C. STJ, na sessão de 09/03/2016, a data do protocolo do recurso é parâmetro para aplicação da

honorária de acordo com as regras do então vigente Código de Processo Civil/1973, como na espécie.
- Remessa Oficial e Apelação providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, nos termos do voto da Desembargadora Federal Mônica Nobre (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Marcelo Saraiva, Marli Ferreira e, na forma dos artigos 53 e 260, §1º do RITRF3, o Desembargador Federal Johonson Di Salvo. Vencido o Desembargador Federal André Nabarrete. Fará declaração de voto o Desembargador Federal André Nabarrete.

São Paulo, 20 de setembro de 2017.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL, em face da v. sentença de fls. 113/114, que julgou procedente o pedido, e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 31 da Lei nº 10.865/2004, reconhecendo o direito de o Autor lançar créditos de PIS e COFINS referentes aos encargos de depreciação e amortização de máquinas, equipamentos e outros bens, incluindo edificações e benfeitorias, incorporados ao ativo imobilizado antes de 1º de maio de 2004, com base nos artigos 3º, incisos VI e VII das Leis 10.637/2004 e 10.833/2003, calculados com base no inciso III, com atualização pela SELIC. A r. sentença condenou a ré, ainda, em honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões de apelo, a UNIÃO FEDERAL sustenta que houve uma opção do legislador em inovar quanto ao aproveitamento de créditos, relativos aos encargos de depreciação e amortização, para admitir somente em relação aos bens adquiridos a partir de 1º de maio de 2004; que a dedução de créditos de PIS e COFINS somente é admitida se houver lei que autorize; que não há impedimento para que a lei extinga o direito ao creditamento das contribuições, ou o modifique; que não há direito adquirido a determinado regime tributário; e que a não-cumulatividade do PIS e COFINS não tem fundamento constitucional. Pede a reforma do julgado (fls. 116/120).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o Relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

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

Sem preliminares, passo, então a análise do mérito.

O cerne da controvérsia travada nos autos refere-se ao aproveitamento dos créditos de PIS e COFINS, calculados sobre os encargos de depreciação e amortização de máquinas, equipamentos e outros bens, incluindo edificações e benfeitorias, incorporados ao ativo imobilizado antes de 1º de maio de 2004, ante a vedação prevista na Lei nº 10.864/2004.

Pois bem.

O § 12, do artigo 195, da Constituição da República dispõe:

> 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:
> § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas.

Os artigos 3º, II, das Leis 10.337/02 e 10.833/03, por sua vez, prevêem que a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a bens e serviços, utilizados como insumos na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens.

Resta esclarecer que a Constituição não definiu o que seja não cumulatividade, deixando a cargo do legislador o estabelecimento de seus parâmetros.

As Leis 10.637/02 e 10.833/03 trataram da questão, e dispuseram que poderão ser descontados créditos calculados em relação a (artigo 3º, inciso II): *bens e serviços, utilizados como insumos na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI.*

Dessa forma, com relação às limitações impostas pela Lei 10.865/04, quanto ao desconto de créditos do PIS e da COFINS sobre despesas de depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados, adquiridos pelas pessoas jurídicas até 30 de abril de 2004, compete ao legislador dar concretude a não-cumulatividade do PIS e da COFINS. Ou seja, não decorre diretamente do texto constitucional o direito ao crédito, mas da legislação infraconstitucional, que estabelecerá seus critérios.

Com efeito, o direito de desconto de créditos apurados sob o abrigo das Leis nº s 10.637/02 e 10.833/03, no que se refere à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados, adquiridos antes de 30 de abril de 2004, na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS, configura-se pleno benefício fiscal, de maneira que, diante de sua natureza, poderia ser modificado ou revogado também por lei, assim como ocorreu com a edição da Lei 10.865/04, sem que tal medida afrontasse suposto direito adquirido. Nesse sentido, esta Corte já se manifestou:

> AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTOS. PIS. COFINS. LEIS Nº 10.637/02, 10.833/03 E 10.865/04. NÃO CUMULATIVIDADE. CONCESSÃO DISCRICINÁRIA DO LEGISLADOR. CREDITAMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ, com supedâneo no art. 557, do antigo CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
> 2. As normas que tratam da não-cumulatividade da COFINS e PIS, Leis nº 10.637/02, 10.833/03 e 10.865/04, foram recepcionadas pela Emenda Constitucional nº 42/2003, pois o

legislador tem autorização constitucional para delimitar quais setores da atividade econômica serão beneficiados pela não-cumulatividade, restringindo os créditos que poderão ser aproveitados. O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o regime da não-cumulatividade não se aplica de forma irrestrita à COFINS e PIS.
3. O Constituinte derivado outorgou ao legislador a possibilidade de, segundo avaliações econômicas e políticas, estabelecer quais setores da atividade econômica serão beneficiados pela não-cumulatividade da COFINS e da contribuição ao PIS, diferentemente do que ocorre no IPI (art. 153, § 3º, II) e no ICMS (art. 155, § 2º, I), cujo aproveitamento dos créditos, mediante compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, não sofre qualquer restrição.
4. O regime de "não-cumulatividade" tem por escopo evitar a reincidência de tributação sobre a cadeia produtiva. Consiste na hipótese de autorizar o contribuinte a se creditar do tributo incidente na operação anterior e compensa-lo com tributo devido na operação subsequente. É o que se depreende do art. 153, §3º, II (IPI) e; art. 155, §2º, I (ICMS) da Constituição Federal.
5. A possibilidade de creditamento das contribuições questionadas decorrente da depreciação do ativo imobilizado tem natureza presumida, pois estimada a depreciação com base em percentual estabelecido na lei, sem a comprovação contábil da auferição de lucro, na hipótese de venda de bem que já integrava o ativo permanente. Portanto, trata-se de benefício fiscal deferido pelo legislador ordinário - o qual, pode a qualquer tempo restringir sua utilização conforme o critério de conveniência e oportunidade e no interesse da Administração Tributária, sem incorrer em ofensa ao regime da não-cumulatividade previsto em sede constitucional.
6. Agravo legal improvido. (grifamos)
(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AMS APELAÇÃO CÍVEL 322312/SP 0005549-81.2009.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA julgado em 21/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/07/2017)

Dessa forma, o direito ao creditamento pretendido pela Autora configura, em sentido estrito, benefício fiscal concedido pelas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, sem que tenha sido imposta qualquer contraprestação ao contribuinte, ou seja, o benefício não foi condicionado.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento pacífico, segundo o qual a isenção não condicionada poderá ser revogada a qualquer tempo, sem que haja ofensa a direito adquirido:

TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO. LEI 4.239/63, ART. 14. ISENÇÃO NÃO-CONDICIONADA. REVOGAÇÃO. LEI 9.532/97. POSSIBILIDADE.
1. O art. 14 da Lei 4.239/63, ao dispor que "até o exercício de 1973 inclusive, os empreendimentos industriais e agrícolas que estiverem operando na área de atuação da SUDENE à data da publicação desta lei, pagarão com a redução de 50% (cinqüenta por cento) o imposto de renda e adicionais não restituíveis", instituiu isenção especial não-onerosa ou não condicionada, uma vez que sua fruição não ficou subordinada ao cumprimento de encargo por parte do contribuinte, mas apenas à circunstância de fato da localização do estabelecimento na área de atuação da extinta SUDENE.
2. Tal espécie de isenção, justamente porque não condicionada a qualquer contraprestação por parte do contribuinte, consubstancia favor fiscal que pode ser reduzido ou suprimido por lei a qualquer tempo, sem que se possa cogitar de direito adquirido à sua manutenção. É o que se depreende da leitura a contrario sensu da Súmula 544/STF ("isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas"), bem assim da norma posta no art. 178 do CTN, segundo a qual "a isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104".

3. São legítimas, portanto, as graduais reduções da alíquota do benefício trazidas pela Lei 9.532/97. 4. Recurso especial provido.
(STJ. RESP 200302033983. Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. DATA:05/10/2006).

Logo, a revogação do favor fiscal previsto nas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, ou sua limitação, por não ser condicionada, pode ocorrer a qualquer tempo, sem que se configure qualquer retroatividade da lei revogadora ou ofensa ao direito adquirido ou à segurança jurídica.

A Lei nº 10.865/2004 estabeleceu apenas um termo a partir do qual seria permitido o pleiteado creditamento (01/05/2004), assim como dispôs expressamente que antes de 30 de abril de 2004 seria vedado, revogando, portanto, o tratamento anteriormente previsto nas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03.

Como não se cuida de benefício que exija o preenchimento de determinados requisitos pelo favorecido, tais como nas hipóteses de isenções condicionais, em que a revogação da lei concessiva não afeta o direito isencional, se este deflui não diretamente da lei, mas da satisfação, pelo destinatário da norma, dos requisitos nela postos, é possível sua revogação por lei posterior.

Os benefícios fiscais concedidos por prazo indeterminado, e sem condições, não dispõem de qualquer tipo de privilégio jurídico, ou seja, sua revogação não gera, para o contribuinte, qualquer direito adquirido.

Ressalto, ainda, que não merece prosperar o argumento de que a Lei nº 10.865/2004 retroagiu em ofensa ao princípio da segurança jurídica, pois, se a lei anterior previa certa dedução da base de cálculo do tributo, não se tem, em relação ao futuro, senão expectativa de direito, na medida em que é a lei vigente no momento do fato gerador, e quando da apuração da base de cálculo, que determina a forma de proceder a essa operação.

Nesse sentido, o julgado dessa Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA INAFASTADOS. PIS E COFINS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS POR DEPRECIAÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO . REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. ART. 31 DA LEI Nº 10.865/2004.
1. Para o manejo do agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, é preciso o enfrentamento da fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve-se demonstrar, no caso, que a apelação interposta não estava em confronto com jurisprudência dominante do próprio Tribunal.
2. O entendimento desta turma é no sentido de que o direito de desconto de créditos apurados na forma das Leis ns. 10.637/02 e 10.833/03, rel ativo s à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativo s imobilizado s adquiridos até 30 de abril de 2004, na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS, como benefício fiscal que era, poderia ser modificado ou revogado também por lei, como de fato ocorreu com a edição da Lei 10.865/04, sem que tal medida afrontasse suposto direito adquirido ou o princípio da segurança jurídica.
3. A agravante não trouxe qualquer elemento novo que afastasse a conclusão a que chegou a decisão recorrida.
4. A existência de repercussão geral da matéria no RE nº 599316/SC não obsta o julgamento do recurso interposto perante esta Corte, mormente pela falta de atribuição de efeito suspensivo pelo C. Supremo Tribunal Federal àquele recurso.
5. Agravo inominado a que se nega provimento.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0002342-22.2005.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 05/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2013)

Na hipótese dos autos, considerando o valor da causa (R$ 5.000,00 em 31.07;2009 - fl.27), bem como a matéria discutida nos autos, o trabalho realizado e o tempo exigido, entendo que devem ser fixados os *honorários* advocatícios em favor da União Federal em 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizado.

Note-se que, de acordo com os enunciados aprovados pelo Plenário do C. STJ, na sessão de 09/03/2016, a data do protocolo do recurso é parâmetro para aplicação da honorária de acordo com as regras do então vigente Código de Processo Civil/1973, como na espécie.

Assim, há de ser reformada a r. sentença *a quo*, de procedência do pedido.

Ante o exposto, dou provimento à Remessa oficial e à apelação da União Federal, consoante fundamentação.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE:

Remessa oficial e apelo da União Federal contra sentença (fls. 113/114) que julgou procedente o pedido e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 31 da Lei nº 10.865/2004, para reconhecer o direito do autor de lançar créditos de PIS e COFINS referentes aos encargos de depreciação e amortização de máquinas, equipamentos e outros bens, incluídas edificações e benfeitorias incorporados ao ativo imobilizado antes de 1º de maio de 2004, com base nos artigos 3º, incisos VI e VII das Leis 10.637/2004 e 10.833/2003, calculados com base no inciso III, com atualização pela SELIC .

A ilustre desembargadora federal relatora deu provimento aos recursos e julgou improcedente o pedido. Divirjo, todavia.

DO DIREITO AO CRÉDITO INSTITUÍDO PELAS LEIS Nº 10.637/2002 e Nº 10.833/2003

Dispõe o artigo 195, § 12, da Constituição Federal:

> 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: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
> 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)
> ...

> § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Tal comando, incluído na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 42/2003, instituiu a não-cumulatividade para o PIS e a COFINS, sem, contudo, fixar os critérios a serem observados, visto que deixou a cargo do legislador ordinário a fixação do regime de tributação.

No tocante ao PIS, a não-cumulatividade foi instituída pela Medida Provisória nº 66/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002 e, quanto à COFINS, foi prevista na Medida Provisória nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833, de 29/12/2003. Referidos textos legais disciplinaram em seus artigos 3º, em sua redação original, quais os créditos que poderiam ser descontados para fins de apuração da base de cálculo dessas contribuições, *verbis*:

> Lei nº 10.637/2002.
> Art. 3º. Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a
> I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos nos incisos III e IV do § 3º do art. 1º;
> II - bens e serviços utilizados como insumo na fabricação de produtos destinados à venda ou à prestação de serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes;
> III - (VETADO)
> IV - aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;
> V - despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples);
> VI - máquinas e equipamentos adquiridos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda, bem como a outros bens incorporados ao ativo imobilizado;
> VII - edificações e benfeitorias em imóveis de terceiros, quando o custo, inclusive de mão-de-obra, tenha sido suportado pela locatária;
> VIII - bens recebidos em devolução, cuja receita de venda tenha integrado faturamento do mês ou de mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta Lei.
> IX - energia elétrica consumida nos estabelecimentos da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 10.684, de 30.5.2003)
> IX - energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
> X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.898, de 2009)
> § 1º. O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no art. 2º sobre o valor:
> I - dos itens mencionados nos incisos I e II do *caput*, adquiridos no mês;
> II - dos itens mencionados nos incisos III a V do *caput*, incorridos no mês;
> III - dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do *caput*, incorridos no mês;
> IV - dos bens mencionados no inciso VIII do *caput*, devolvidos no mês. (g.n.)
>
> Lei nº 10.833/03.
> Art. 3º. Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

> I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos nos incisos III e IV do § 3º do art. 1º;
> II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes;
> III - energia elétrica consumida nos estabelecimentos da pessoa jurídica;
> IV - aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;
> V - despesas financeiras decorrentes de empréstimos, financiamentos e o valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES;
> VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado adquiridos para utilização na produção de bens destinados à venda, ou na prestação de serviços;
> VII - edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa;
> VIII - bens recebidos em devolução cuja receita de venda tenha integrado faturamento do mês ou de mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta Lei;
> IX - armazenagem de mercadoria e frete na operação de venda, nos casos dos incisos I e II, quando o ônus for suportado pelo vendedor.
> X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.898, de 2009)
> § 1º. O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no art. 2º sobre o valor:
> I - dos itens mencionados nos incisos I e II do *caput*, adquiridos no mês;
> II - dos itens mencionados nos incisos III a V e IX do *caput*, incorridos no mês;
> III - dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do *caput*, incorridos no mês;
> IV - dos bens mencionados no inciso VIII do *caput*, devolvidos no mês. (g.n.)

Importante salientar que o princípio da não-cumulatividade, no caso das contribuições sociais, não acarreta o creditamento de valores destacados nas operações anteriores, mas, sim, consiste na apuração de créditos calculados sobre bens e serviços utilizados na atividade empresarial.

Para dar efetividade a tal princípio, o legislador ordinário estabeleceu, nos dispositivos anteriormente colacionados, o direito ao creditamento do PIS e da COFINS sobre o montante utilizado para aquisição de máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços, o qual será calculado mediante a aplicação da alíquota prevista nos artigos 2º das citadas normas sobre os encargos de depreciação e amortização dos referidos bens. Não se trata de faturamento, base de cálculo das contribuições sociais, mas, sim, de despesas necessárias à realização do objeto social e, por consequência, à obtenção da receita sobre a qual incidirá os tributos.

Posteriormente, sobreveio a Lei nº 10.865, de 30/04/2004, que vedou o desconto de créditos relativos à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados, adquiridos até 30/04/2004, e de despesas financeiras decorrentes de empréstimo e financiamento, *verbis:*

> Art. 21. Art. 21. Os arts. 1º, 2º, 3º, 6º, 10, 12, 15, 25, 27, 32, 34, 49, 50, 51, 52, 53, 56 e 90 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:

...
"Art. 3º .....
V - valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES;
§ 1º. Observado o disposto no § 15 deste artigo, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no *caput* do art. 2º desta Lei sobre o valor: .....
§ 2º. Não dará direito a crédito o valor:
I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e
II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição.
§ 6º .....
I - seu montante será determinado mediante aplicação, sobre o valor das mencionadas aquisições, de alíquota correspondente a 80% (oitenta por cento) daquela constante do *caput* do art. 2º desta Lei;
.....
§ 13. Deverá ser estornado o crédito da COFINS relativo a bens adquiridos para revenda ou utilizados como insumos na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, que tenham sido furtados ou roubados, inutilizados ou deteriorados, destruídos em sinistro ou, ainda, empregados em outros produtos que tenham tido a mesma destinação.
§ 14. Opcionalmente, o contribuinte poderá calcular o crédito de que trata o inciso III do § 1º deste artigo, relativo à aquisição de máquinas e equipamentos destinados ao ativo imobilizado, no prazo de 4 (quatro) anos, mediante a aplicação, a cada mês, das alíquotas referidas no *caput* do art. 2º desta Lei sobre o valor correspondente a 1/48 (um quarenta e oito avos) do valor de aquisição do bem, de acordo com regulamentação da Secretaria da Receita Federal.
§ 15. O crédito, na hipótese de aquisição, para revenda, de papel imune a impostos de que trata o art. 150, inciso VI, alínea d da Constituição Federal, quando destinado à impressão de periódicos, será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no § 2º do art. 2º desta Lei." (NR)

Art. 31. É vedado, a partir do último dia do terceiro mês subsequente ao da publicação desta Lei, o desconto de créditos apurados na forma do inciso III do § 1º do art. 3º das Leis nº s 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativos à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados adquiridos até 30 de abril de 2004.
§ 1º. Poderão ser aproveitados os créditos referidos no inciso III do § 1º do art. 3º das Leis nº s 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, apurados sobre a depreciação ou amortização de bens e direitos de ativo imobilizado adquiridos a partir de 1º de maio.
2º O direito ao desconto de créditos de que trata o § 1º deste artigo não se aplica ao valor decorrente da reavaliação de bens e direitos do ativo permanente.
3º. É também vedado, a partir da data a que se refere o *caput*, o crédito relativo a aluguel e contraprestação de arrendamento mercantil de bens que já tenham integrado o patrimônio da pessoa jurídica.

Referida regra modificou o sistema de apuração de crédito do PIS e da COFINS ao reduzir o alcance do direito estabelecido nas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003. Porém, essa vedação violou preceitos constitucionais, mormente os princípios do direito adquirido e da irretroatividade, dado que a ocorrência por si só de quaisquer das hipóteses mencionadas

nos artigos 3º anteriormente citados é suficiente para fazer surgir o crédito a favor do contribuinte, o qual poderia ser exercitado no próprio mês ou nos subsequentes. Esse entendimento é o que melhor se subsume no conceito de direito adquirido existente no ordenamento jurídico brasileiro, pois consoante ensinamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

> Direito adquirido, *in genere*, abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade. (*In* Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1961, v. 1, p. 125)

Tal direito configura uma garantia constitucional, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, assim redigido:

> CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Ele é exercitável a qualquer tempo segundo a vontade do seu titular e, caso não seja exercido e sobrevenha lei nova, esta não poderá extingui-lo. Nesse sentido leciona CRETELLA JÚNIOR:

> Quando, durante a vigência de determinada lei, alguém adquire um direito, este se incorpora ao patrimônio do titular mesmo que este não o exercite, de tal modo que o advento de lei nova não atinge o status conquistado, embora não exercido ou utilizado, como, p. ex., o agente público que, após trinta anos de serviço, adquire direito à aposentadoria, conforme a lei então vigente, e não atingido pela lei nova que fixe em trinta e cinco anos o requisito para a aposentadoria. O não - exercício do direito, nesse caso, não implica a perda do direito, adquirido na vigência da lei anterior. Ao completar, na vigência da lei antiga, trinta anos de serviço público, o titular adquiriu o direito subjetivo público de requerer a aposentadoria, em qualquer época, independentemente de alteração introduzida pela lei nova, que não mais o atinge. Qualquer ameaça ou medida concreta de cercear tal direito encontraria a barreira constitucional do direito adquirido. O direito adquirido, em virtude da relação de função pública, denomina-se direito subjetivo público e é oponível ao Estado pro labore facto. Incorporado ao patrimônio do funcionário, pode ser exigido a qualquer época, a não ser que o texto expresso de lei lhe fixe o período de exercício. Do contrário, adquirido sob o império de uma lei, em razão do *vinculum iuris*, que liga ao Estado, é intocável, não obstante alteração introduzida por lei, posterior, podendo ser oponível ao Estado que, se o negar, fere direito subjetivo público, líquido e certo de seu titular, como, p. ex., pelo decurso do tempo, fixado em lei, o funcionário adquire direito (à aposentadoria, às férias, à licença-prêmio, ao estipêndio, aos adicionais) *pro labore facto,* ingressando-se em statur intocável, imume a qualquer fato ou lei que tente vulnera-lo, o que implicaria ofensa ao direito adquirido, com implicações patrimoniais e/ou morais.
> (*In* Enciclopédia Saraiva, verbete, p. 134)

Confira-se, também, o excerto do voto do Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares do TRF da 4ª Região, exarado no Mandado de Segurança nº 2005.70.00.000594-0/PR:

> Com a aquisição de bens e a inserção deles no ativo imobilizado, incorpora-se ao patrimônio jurídico do contribuinte *o direito de aproveitar - integralmente - os créditos relativos à depreciação*. O que se protrai no tempo é a fruição desse direito. O contribuinte, ao adquirir bens e computá-los no ativo imobilizado, preencheu o suporte fático da norma, adquirindo o direito subjetivo de aproveitar - integralmente, repita-se - os efeitos da depreciação, devendo o Estado suportar - e resguardar - a eficácia desse direito, ainda que a fruição se prolongue no tempo. A depreciação não é marco do surgimento do crédito, mas momento de exigibilidade de direito já nascido sob a lei anterior, porém exercitável, segundo essa mesma lei, em etapas sucessivas.

A corroborar esse entendimento, sobreveio o §14 do artigo 3º da Lei nº 10.833/2003, introduzido pela Lei nº 10.865/2004, que previu a possibilidade de se calcular citado crédito em até quatro anos, porquanto a depreciação constitui um fator natural sem prazo certo para ocorrer, *verbis*:

> § 14. Opcionalmente, o contribuinte poderá calcular o crédito de que trata o inciso III do § 1º deste artigo, relativo à aquisição de máquinas e equipamentos destinados ao ativo imobilizado, no prazo de 4 (quatro) anos, mediante a aplicação, a cada mês, das alíquotas referidas no *caput* do art. 2º desta Lei sobre o valor correspondente a 1/48 (um quarenta e oito avos) do valor de aquisição do bem, de acordo com regulamentação da Secretaria da Receita Federal. (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)

Assim, os créditos decorrentes da aquisição de bens para o ativo imobilizado, adquiridos até 30/04/2004, e as despesas referentes aos empréstimos e financiamentos, contratados até 30/04/2004, se tornaram patrimônio da empresa, de modo que o enunciado do artigo 31 da Lei nº 10.865/2004 não poderia extingui-lo, nem tampouco retroagir para alcançar situações jurídicas consolidadas, razão pela qual houve violação ao princípio da irretroatividade tributária. Nesse sentido:

> TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMÁTICA NÃO CUMULATIVA DO PIS E DA COFINS. CREDITAMENTO REFERENTE À DEPRECIAÇÃO DE BENS INCORPORADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. ART. 31, *CAPUT*, DA LEI 10.865/2004. LIMITAÇÃO TEMPORAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E À IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INCONSTITUCIONALIDADE.
> 1 - A não-cumulatividade do PIS/COFINS depende, para sua efetivação, de um conjunto de deduções, previstas em lei, que digam respeito a determinadas operações realizadas pela empresa, que possam representar a incidência de contribuições em etapas anteriores da cadeia produtiva.
> 2 - As deduções elencadas no art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 não figuram na ordem tributária como benesse fiscal, mas como pressupostos da não-cumulatividade, uma contrapartida ao aumento das alíquotas de PIS e COFINS. Outra não pode ser a interpretação, pois, pretendendo a lei criar um sistema não-cumulativo, deve estabelecer as hipóteses em que o contribuinte terá direito a créditos compensáveis, como uma decorrência da regra da não-cumulatividade.
> 3 - A ocorrência de qualquer das hipóteses mencionadas no *caput* do art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 é por si suficiente para fazer surgir o direito de crédito em favor do contribuinte, que se incorpora ao patrimônio da empresa.
> 4 - O art. 31, *caput*, da Lei 10.865/2004 limitou temporalmente o aproveitamento dos créditos decorrentes das aquisições de bens para o ativo imobilizado realizadas até 30 de abril de 2004.

5 - No entanto, os créditos decorrentes da aquisição de bens para o ativo imobilizado se tornaram parte do patrimônio da empresa antes da edição da Lei 10.865/2004. Assim, as disposições do art. 31, *caput*, da referida lei, acabaram por atingir fatos pretéritos, ofendendo o direito adquirido e a regra da irretroatividade da lei tributária.
6 - A vedação do aproveitamento de créditos, instituída por lei no curso da sistemática da não-cumulatividade, quando inúmeros contribuintes já haviam realizado investimentos em maquinário, equipamentos, entre outros, ofende o Princípio da Segurança Jurídica e a regra da não-surpresa, implícitos na Carta de 1988.
7 - Declarada a inconstitucionalidade do art. 31, *caput*, da Lei 10.865/2004.
(TRF4, INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS 2005.70.00.000594-0/PR, rel. Des. Fed. OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, j. 26/06/2008, DE 14/07/2008)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS. BENS INTEGRANTES DO ATIVO FIXO/IMOBILIZADO/PERMANENTE NA DATA DA ENTRADA EM VIGOR DOS REGIMES DE NÃO CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO PELOS ENCARGOS DE DEPRECIAÇÃO E AMORTIZAÇÃO APURADOS JÁ NA VIGÊNCIA DO REGIME. ARTS. 3º, § 1º, III e § 3º, III, DA LEI Nº 10.637/2002 E DA LEI Nº 10.833/2003.
1. O fato gerador dos créditos escriturais de PIS e de Cofins previstos nos arts. 3º, VI, da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003 ocorre no momento ("no mês") em que são apurados os encargos de depreciação e amortização, na forma do art. 3º, § 1º, III e § 3º, III das mesmas leis, indiferente a data de aquisição dos bens. Isto é: "A apuração dos créditos decorrentes dos encargos de depreciação e de amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, alcança os encargos incorridos em cada mês, independentemente da data de aquisição desses bens" (Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 2 de 14 de março de 2003).
2. Desse modo, sem adentrar à análise do art. 31, da Leinº 10.865/2004, os bens existentes em 1º de dezembro de 2002 no ativo permanente das empresas estão aptos a gerar o creditamento pelos encargos de depreciação e amortização para a contribuição ao PIS/Pasep e os bens existentes em 1º de fevereiro de 2004 no ativo permanente das empresas estão aptos a gerar o creditamento pelos encargos de depreciação e amortização para a COFINS.
3. Recurso especial provido.
(STJ - REsp: 1256134 SC 2011/0122848-5, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 10/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/04/2012)

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ART. 535, CPC. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS. BENS INTEGRANTES DO ATIVO FIXO/IMOBILIZADO/PERMANENTE. CREDITAMENTO PELOS ENCARGOS DE DEPRECIAÇÃO E AMORTIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA NA FORMA DA SÚMULA Nº 411/STJ, POR ANALOGIA.
1. Não merece conhecimento o recurso especial que aponta violação ao art. 535, do CPC, sem, na própria peça, individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula nº 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".
2. Reconhecido o direito ao creditamento e a existência de dispositivos legais e normativos ilegítimos que o impedem (no caso o art. 31, da Lei nº 10.865/2004 declarado inconstitucional pela Corte de Origem), é de se reconhecer a correção monetária dos créditos escriturais de

PIS e Cofins. Declarada a inconstitucionalidade, tanto a lei como todos os normativos que dela derivaram e obstaram o aproveitamento dos créditos pleiteados pelos contribuintes (*in casu*, art. 6º, II, da IN SRF nº 457/2004) são atos normativos estatais inconstitucionais, "ilegítimos", portanto. Incidência, por analogia, do recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.035.847 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.6.2009, e do enunciado nº 411, da Súmula do STJ: "É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco".
3. No presente caso, o não reconhecimento da correção monetária implicaria juízo implícito a respeito da constitucionalidade do art. 31, da Lei nº 10.865/2004 (já afastada pela Corte de Origem) e dos normativos que o seguiram, o que não pode ser realizado em sede de recurso especial sob pena de invasão da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal.
4. Presente recurso extraordinário da Fazenda Nacional nos autos, acaso julgada a constitucionalidade do art. 31, da Lei nº 10.865/2004 no RE, automaticamente não haverá que se falar em correção monetária, pois sequer haverá creditamento, daí não haver prejuízo da coerência da prestação jurisdicional no julgamento do presente recurso especial.
5. Com as vênias de praxe, DIVIRJO DO RELATOR para conhecer parcialmente e, nessa parte, negar provimento ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL, para manter o reconhecimento da incidência da correção monetária, nos moldes decididos pela Corte de Origem.
RECURSO ESPECIAL DOS CONTRIBUINTES: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS. BENS INTEGRANTES DO ATIVO FIXO/IMOBILIZADO/PERMANENTE NA DATA DA ENTRADA EM VIGOR DOS REGIMES DE NÃO CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO PELOS ENCARGOS DE DEPRECIAÇÃO E AMORTIZAÇÃO APURADOS JÁ NA VIGÊNCIA DO REGIME. ARTS. 3º, § 1º, III e § 3º, III, DA LEI Nº 10.637/2002 E DA LEI Nº 10.833/2003.
1. O fato gerador dos créditos escriturais de PIS e de Cofins previstos nos arts. 3º, VI, da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003 ocorre no momento ("no mês") em que são apurados os encargos de depreciação e amortização, na forma do art. 3º, § 1º, III e § 3º, III das mesmas leis, indiferente a data de aquisição dos bens. Isto é: "A apuração dos créditos decorrentes dos encargos de depreciação e de amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, alcança os encargos incorridos em cada mês, independentemente da data de aquisição desses bens" (Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 2 de 14 de março de 2003).
2. Desse modo, sem adentrar à análise do art. 31, da Lei nº 10.865/2004, os bens existentes em 1º de dezembro de 2002 no ativo permanente das empresas estão aptos a gerar o creditamento pelos encargos de depreciação e amortização para a contribuição ao PIS/Pasep e os bens existentes em 1º de fevereiro de 2004 no ativo permanente das empresas estão aptos a gerar o creditamento pelos encargos de depreciação e amortização para a COFINS. Precedente: REsp. nº 1.256.134 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.04.2012.
3. Com as vênias de praxe, DIVIRJO DO RELATOR para dar provimento ao recurso especial dos contribuintes.
(STJ - REsp: 1232697 SC 2011/0017839-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 05/06/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2014)

Tanto a matéria tem relevância que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a sua repercussão geral no RE 599.316, que pende de julgamento:

PIS E COFINS - CREDITAMENTO - LIMITAÇÃO - ARTIGO 31 DA LEI Nº 10.865/2005 - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 31 da Lei nº 10.865/2005, mediante o qual limitada no tempo a possibilidade de aproveitamento de créditos de PIS e COFINS decorrentes das aquisições de bens para o ativo fixo realizadas até

30 de abril de 2004.
(RE 599316 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 04/02/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-05 PP-01357)

Ante o exposto, nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

APELAÇÃO CÍVEL
0000125-75.2012.4.03.6127
(2012.61.27.000125-9)

Apelante: JOSÉ GUILHERME FIGUEIREDO COSTA
Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: Ap 1857799
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/10/2017

EMENTA

APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PREÇO PÚBLICO PELO DIREITO DE USO DE RADIOFREQUÊNCIA - PPDUR - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE INSTALAÇÃO - TFI - LEI 9.472/97 - AUTORIZAÇÃO - COBRANÇA - CABIMENTO - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA- ART. 1º, DECRETO 20.910/32 - ART. 174, CTN - APELO IMPROVIDO.
1. Executam-se, na hipótese, crédito relativo a (i) Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência (PPDUR), com fundamento no art. 48, I, Lei nº 9.472/97 c.c. art. 11, Resolução 387/04, e (ii) Taxa de Fiscalização de Instalação - TFI, com fundamento no art. 2º, "f", art. 6º, § 1º e art. 7º, Lei nº 5.070/66, alterada pela Lei nº 9.472/97, consoante Certidão de Dívida Ativa acostada (fl. 27).
2. O Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência (PPDUR), com fundamento no art. 48, I, Lei nº 9.472/97 , tem como fundamento legal para sua cobrança: "Art. 48. A concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofreqüência, para qualquer serviço, será sempre feita a título oneroso, ficando autorizada a cobrança do respectivo preço nas condições estabelecidas nesta Lei e na regulamentação, constituindo o produto da arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL".
3. Considerando se tratar de autorização para uso de serviços de radiofrequência do Poder Público ao particular, mediante o respectivo preço, independe a cobrança da realização de qualquer atividade pela Administração Pública ou o efetivo uso pelo autorizado , podendo o preço público ser cobrado a partir da autorização concedida.
5. O fundamento para a cobrança encontra-se também no art. 20, § 2º do Regulamento para Arrecadação de Receitas do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - Fistel, aprovado pela Resolução nº 255, de 23/3/2001: "Art. 20. O Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência será o valor devido, por pessoa física ou jurídica, no ato de consignação da radiofrequência. (...) § 2º Após a publicação do Ato de Autorização de Uso de Radiofrequência, o Preço pelo Direito de Uso de Radiofrequência será devido, mesmo que a Prestadora venha a desistir da consignação.".
6. O apelante requereu perante a Agência Reguladora, renovação da outorga do serviço, em 17/9/2001 (fls. 94/95), cuja concessão foi deferida com a publicação do Ato nº 22.657, de 5/2/2002, no qual também constou a exigência do pagamento das "Taxas de Fiscalização das Telecomunicações e o Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência(s)", em conformidade com o art. 48, Lei Geral de Telecomunicações (fls. 97/98); a notificação enviada ao ora apelante restou infrutífera (fl. 106), sendo o

autorizado notificado, por edital, em 20/3/2006 (fl. 107); a execução fiscal, no caso, foi proposta em 14/8/2008 (fl. 25), com despacho citatório em 20/10/2010 (fl. 58) e comparecimento do executado aos autos em 4/10/2011 (fl. 70).
7. Inocorreu a prescrição alegada, porquanto, nos termos do art. 1º, Decreto nº 20.910/32, para crédito referente ao Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência (PPDUR), e do art. 174, CTN, para a Taxa de Fiscalização de Instalação (TFI), não decorreu o quinquênio prescricional entre a notificação do agravante (2006) e o despacho citatório (2010), que retroage à data da propositura da execução fiscal (2008), consoante consolidado no REsp nº 1.120.295, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos.
8. Quanto à prescrição do preço público (débito de natureza não tributária) , quando inexistir previsão legal na legislação regente (como é o caso da Lei nº 9.472/97), deve-se aplicar a regra disposto no Decreto nº 20.910/32, em decorrência do princípio da igualdade.
9. Renúncia ao direito de uso da radiofrequência, como supra dito, a outorga, segundo Lei nº 9.472/97, já impõe a cobrança dos débitos em questão, sendo que a renúncia à autorização não exime o autorizado do pagamento.
10. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2017.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta, sob a égide do CPC/73, em face de sentença (fls. 157/158) que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, condenando o embargante em honorários advocatícios.

Entendeu o MM Juízo sentenciante: "A Lei nº 9.742/97 estabelece as formas de extinção do contrato de uso do espectro de radiofreqüência (artigos 138 a 144). A renúncia é o ato formal pelo qual se manifesta o desinteresse no contrato (artigos 142 e 169 da Lei 9.742/97) e não a ausência de pagamento do preço público.Nesta modalidade (radiofrequência), é legítima a cobrança do preço público ainda que não haja o efetivo uso do bem, pois posto à disposição do permissionário. Não se trata de bem de uso comum do povo, mas específico do contratante. Também não ocorreu nem decadência e nem prescrição. A partir de 17.03.2002 não mais houve o pagamento da taxa de fiscalização de instalação (fl. 88). Assim, em 30 de outubro de 2003 a ANATEL, mediante o ato n. 40.182, decretou a extinção da autorização concedida ao embargante (fls. 100/102). A notifica-ção se deu por edital em 20.03.2006 (fl. 107) porque o sujeito passivo (embargante) não foi encontrado em seu domicílio eleito (fls. 105/106), com inscrição em dívida ativa em 13.06.2008 (fl. 30), ajuizamento da ação de execução em 14.08.2008 (fl.

25) e despacho determinando a citação em 20.10.2010 (fl. 58), tudo dentro dos prazos decadenciais e prescricionais dos artigos 173, I e 174, I, do Código Tributário Nacional.bIsso posto, julgo improcedentes os embargos, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil. Condeno o embargante no pagamento dos honorários advocatícios que fixo em R$ 500,00 (CPC, art. 20, 4º).Custas na forma da lei.Traslade-se cópia para a execução fiscal. Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos. P.R.I."

Nas razões recursais, descreveu o apelante JOSÉ GUILHERME FIGUEIREDO COSTA que o crédito executado refere-se a (i) Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência (PPDUR), com fundamento no art. 48, I, Lei nº 9.472/97 c.c. art. 11, Resolução 387/04, e (ii) Taxa de Fiscalização de Instalação - TFI, com fundamento no art. 2º, "f", art. 6º, § 1º e art. 7º, Lei nº 5.070/66, alterada pela Lei nº 9.472/97.

Alegou a prescrição do crédito, destacando que: a forma de lançamento foi de ofício e a data do vencimento (data da constituição definitiva) se deu em 17/3/2002, portanto, termo *a quo* do prazo prescricional; que a execução fiscal iniciou-se apenas em 14/8/2008, mais de cinco anos da constituição definitiva.

Invocou os artigos 174 e 156, CTN.

Alegou, também, a inexigibilidade do título.

Frisou que a renúncia é ato unilateral, o qual só pode ser feito pela prestadora e não pelo contratante (artigos 149 e 169, Lei nº 9.472/97).

Aduziu que a mesma lei estabelece que o serviço será suspenso caso haja inobservância de um dos deveres decorrentes do contrato, como o não pagamento estipulado (art. 173).

Afirmou que "o executado realmente solicitou junto a ANATEL o uso do serviço de radiofrequência, entretanto, desistiu do mesmo, entendo que o não pagamento configurou desistência tácita do serviço, já que a lei não prevê outra forma de desistência", não havendo que se falar em exigibilidade do PPDUR, ante sua natureza contraprestacional.

Requereu a reforma da sentença, para julgar procedentes os embargos, em virtude da prescrição do crédito exequendo, com fulcro nos artigos 149, 174 e 156, CTN, prequestionando-os.

Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da ilegitimidade da cobrança do PPDUR pelas razões expostas.

A apelada AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL apresentou contrarrazões, alegando que o preço público pelo direito de uso de radiofrequência foi estabelecido pelo art. 48, Lei nº 9.472/97, do qual se depreende que a autorização de uso de bem público será sempre onerosa e autoriza a cobrança de preço nas condições legais , inclusive com seu valor determinando pela regulamentação.

Acrescentou que o Estado na atividade negocial com seus bens pode permitir que os particulares deles se utilizem no próprio interesse particular sob , a contraprestação de remuneração (art. 157, 163, 166, 167, 169, Lei nº 9.472/97).

Ressaltou que a prestação do serviço, pelo particular, é feito através de concessão, permissão ou autorização e, no caso de serviço de telecomunicações, com fiscalização da ANATEL.

Salientou que, conforme procedimento administrativo, o embargante solicitou a prestação de serviço à União e a utilização do bem público à ANATEL, bem como sua prorrogação para "atendimento das necessidades de comunicações entre suas estações, para desenvolvimento de materiais e equipamentos, peças, suprimentos, bem como salvaguarda da vida humana".

Quanto à renúncia, alegou que a lei geral de telecomunicações é expressa na forma de encerramento do contrato (art. 169), sendo que a renúncia é a forma de rescisão contratual.

Ressaltou o disposto no art. 210, Lei nº 9.472/97, afirmando que em no próprio bojo do diploma legal há o significado de renúncia (art. 142).

Afirmou que o embargante procedeu o pedido de renúncia, em seus devidos termos, conforme o Ato nº 40.182/2003, que homologou o pedido de extinção do contrato de autorização do uso de bem público.

Sustentou que "a presente hipótese não se trata de prestação de serviço pela ANATEL, mas de tolerância de uso, e fruição de bem público (espectro de radiofrequência(sob sua administração)", sendo que não é exigido a efetiva utilização do bem público, vez que a concessão é do direito de utilizar o bem.

Quanto à prescrição, alegou sua inexistência em relação à Taxa De Fiscalização de Instalação (TFI).

Frisou que taxa é tributo a que, diferentemente do preço, se aplica o Código Tributário Nacional.

Defendeu que, quanto à TFI, não houve decadência, pois a data do vencimento dela, em 17/3/2002, refere-se à data a partir da qual deve ser contado o prazo do art. 173, I, CTN.

Destacou que o lançamento definitivo ocorreu em 20/3/2006, com a notificação editalícia do embargante , conforme PA e, assim, entre a data do vencimento e o lançamento, não houve o transcurso de cinco anos e, desta forma, não houve decadência.

Requereu a manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

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

Executam-se, na hipótese, crédito relativo a (i) Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência (PPDUR), com fundamento no art. 48, I, Lei nº 9.472/97 c.c. art. 11, Resolução 387/04, e (ii) Taxa de Fiscalização de Instalação - TFI, com fundamento no art. 2º, "f", art. 6º, § 1º e art. 7º, Lei nº 5.070/66, alterada pela Lei nº 9.472/97, consoante Certidão de Dívida Ativa acostada (fl. 27).

O Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência (PPDUR), com fundamento no art. 48, I, Lei nº 9.472/97 , tem como fundamento legal para sua cobrança:

> Art. 48. A concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofreqüência, para qualquer serviço, será sempre feita a título oneroso, *ficando autorizada a cobrança do respectivo preço* nas condições estabelecidas nesta Lei e na regulamentação, constituindo o produto da arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL. (grifos)

Neste ponto, considerando se tratar de autorização para uso de serviços de radiofrequência do Poder Público ao particular, mediante o respectivo preço, independe a cobrança da realização de qualquer atividade pela Administração Pública ou o efetivo uso pelo autorizado, podendo o preço público ser cobrado a partir da autorização concedida.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O FATO GERADOR DA COBRANÇA DE PREÇO PÚBLICO PELA OBTENÇÃO DO DIREITO DE USO DE RADIOFREQUÊNCIA . AUTORIZAÇÃO DA ANATEL. DESNECESSIDADE DA EFETIVA UTILIZAÇÃO DA FAIXA DE RADIOFREQUÊNCIA.
> 1. Está sedimentado no âmbito do STJ o entendimento de que, "malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras" (REsp 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJe 01/04/2009).
> 2. *A cobrança do preço público pelo direito de uso de radiofrequência é possível a partir da autorização da Anatel, a qual permite sua utilização, de forma continua e ininterrupta, não estando vinculada, por isso, à efetiva utilização pela autorizatária.*
> 3. Recurso especial provido.
> (STJ, RESP 1232657, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJE DATA:25/10/2013) (grifos)

Importante destacar que o fundamento para a cobrança encontra-se também no art. 20, § 2º do Regulamento para Arrecadação de Receitas do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - Fistel, aprovado pela Resolução nº 255, de 23/3/2001:

> Art. 20. O Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência será o valor devido, por pessoa física ou jurídica, *no ato de consignação da radiofrequência.*
> (...)
> § 2º Após a publicação do Ato de Autorização de Uso de Radiofrequência, o *Preço pelo Direito de Uso de Radiofrequência será devido, mesmo que a Prestadora venha a desistir da consignação.* (grifos)

Logo, no caso concreto, verifica-se que o apelante requereu perante a Agência Reguladora, renovação da outorga do serviço, em 17/9/2001 (fls. 94/95), cuja concessão foi deferida com a publicação do Ato nº 22.657, de 5/2/2002, no qual também constou a exigência do pagamento das "Taxas de Fiscalização das Telecomunicações e o Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência(s)", em conformidade com o art. 48, Lei Geral de Telecomunicações (fls. 97/98).

A notificação enviada ao ora apelante restou infrutífera (fl. 106), sendo o autorizado notificado, por edital, em 20/3/2006 (fl. 107).

A execução fiscal, no caso, foi proposta em 14/8/2008 (fl. 25), com despacho citatório em 20/10/2010 (fl. 58) e comparecimento do executado aos autos em 4/10/2011 (fl. 70).

Destarte, inocorreu a prescrição alegada, porquanto, nos termos do art. 1º, Decreto nº 20.910/32, para crédito referente ao Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequência (PPDUR), e do art. 174, CTN, para a Taxa de Fiscalização de Instalação (TFI), não decorreu o quinquênio prescricional entre a notificação do agravante (2006) e o despacho citatório (2010), que retroage à data da propositura da execução fiscal (2008), consoante consolidado no REsp nº 1.120.295, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos.

Anote-se que, quanto à prescrição do preço público (débito de natureza não tributária) , quando inexistir previsão legal na legislação regente (como é o caso da Lei nº 9.472/97), deve-se aplicar a regra disposto no Decreto nº 20.910/32, em decorrência do princípio da igualdade.

No que tange à renúncia ao direito de uso da radiofrequência, como supra dito, a outorga, segundo Lei nº 9.472/97, já impõe a cobrança dos débitos em questão, sendo que a renúncia à autorização não exime o autorizado do pagamento.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007665-96.2015.4.03.9999
(2015.03.99.007665-0)

Apelantes: FRIGORÍFICO AVÍCOLA DE TANABI LTDA. E OUTROS(AS)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE TANABI - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: Ap 2045377
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/10/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL. PERÍODO DE 03/97 A 01/98. LEIS 8.540/92 E 9.528/97. INCONSTITUCIONALIDADE. EC 20/1998. SENTENÇA REFORMADA.
1. O STF, no RE nº 363.852/MG, representativo da controvérsia da repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade das Leis ns. 8.540/92 e 9.528/97, que deram nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, até que legislação nova, arrimada na EC nº 20/98, institua a contribuição, desobrigando a retenção e recolhimento da contribuição social ou o recolhimento por subrrogação sobre a 'receita bruta proveniente da comercialização da produção rural' de empregadores, pessoas naturais.
2. Essa orientação restou mantida por ocasião do julgamento do RE nº 596.177/RS, julgado sob o regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC.
3. Com arrimo na alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98, foi editada a Lei nº 10.256/2001, que deu nova redação ao *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91, substituindo as contribuições devidas pelo empregador rural pessoa natural incidente sobre a folha de salários e pelo segurado especial pela contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural.
4. Após a promulgação da EC nº 20/98, não se pode mais falar em violação à isonomia ou de necessidade de lei complementar, posto que o empregador rural não contribui mais sobre a folha de salários, contribuição esta substituída pelo valor da receita proveniente da comercialização da sua produção, fonte de custeio trazida pela emenda constitucional anteriormente citada, o que afasta a aplicação do disposto no §4º do artigo 195, conquanto observado o princípio da anterioridade nonagesimal. Precedentes.
5. No caso, trata-se de cobrança da contribuição previdenciária relativa ao período de 03/1997 a 01/1998 anteriores, portanto, à promulgação da EC 20/1998 sendo, pois, indevida a exação.
5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

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

São Paulo, 17 de outubro de 2017.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta por FRIGORIFICO AVIVOLA DE TANABI LTDA E OUTROS em face da sentença que julgou parcialmente procedentes embargos à execução fiscal proposta para a cobrança de contribuições sociais, tão somente para afastar a cobrança da multa ao percentual de 40% sobre o débiro corrigido.

Sustentam os apelantes, em preliminar, nulidade do julgado recorrido por cerceamento de defesa, pelo julgamento no estado sem que lhe tenha sido oportunizada a produação de prova pericial; ilegtimidade passiva dos sócios; no mérito, a ilegalidade da tributação incidente sobre produção rural adquirida de fornecedor pessoa física que não detém a qualidade de segurado especial, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do art. 25, § 2º da Lei nº 8.870/94; excesso de execução pela utilização da SELIC como índice de juros.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

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

Contribuição social sobre a produção rural

O STF, no RE nº 363.852/MG, representativo da controvérsia da repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade das Leis ns. 8.540/92 e 9.528/97, que deram nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, até que legislação nova, arrimada na EC nº 20/98, institua a contribuição, desobrigando a retenção e recolhimento da contribuição social ou o recolhimento por subrrogação sobre a 'receita bruta proveniente da comercialização da produção rural' de empregadores, pessoas naturais:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO - VIOLÊNCIA À CONSTITUIÇÃO - ANÁLISE - CONCLUSÃO. Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adota entendimento quanto à matéria de fundo do extraordinário, a conclusão a que chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina - José Carlos Barbosa Moreira -, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS - PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS - SUB-ROGAÇÃO - LEI Nº 8.212/91 - ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL - PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - UNICIDADE DE INCIDÊNCIA - EXCEÇÕES - COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PRECEDENTE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais, pessoas naturais, prevista nos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92

e nº 9.528/97. Aplicação de leis no tempo - considerações.
(RE nº 363.852, Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 23/04/2010)

Essa orientação restou mantida por ocasião do julgamento do RE nº 596.177/RS, julgado sob o regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC, restando assim ementado:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. INCIDÊNCIA SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. ART. 25 DA LEI 8.212/1991, NA REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI 8.540/1992. INCONSTITUCIONALIDADE.
I - Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador.
II - Necessidade de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social.
III - RE conhecido e provido para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, aplicando-se aos casos semelhantes o disposto no art. 543-B do CPC.
(RE nº 596.177/RS, Pleno, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE 29/08/2011)

A União manifestou embargos de declaração contra o acórdão que deu provimento ao supracitado recurso, aduzindo, entre outras alegações, que não teria havido manifestação do STF acerca da constitucionalidade da Lei nº 10.256/2001, recebendo o julgado a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTO NÃO ADMITIDO NO DESLINDE DA CAUSA DEVE SER EXCLUÍDO DA EMENTA DO ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE MATÉRIA QUE NÃO FOI ADEQUADAMENTE ALEGADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NEM TEVE SUA REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO EM DECISÃO QUE CITA EXPRESSAMENTE O DISPOSITIVO LEGAL CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL.
I - Por não ter servido de fundamento para a conclusão do acórdão embargado, exclui-se da ementa a seguinte assertiva: “Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador”(fl. 260).
II - A constitucionalidade da tributação com base na Lei 10.256/2001 não foi analisada nem teve repercussão geral reconhecida.
III - Inexiste obscuridade, contradição ou omissão em decisão que indica expressamente os dispositivos considerados inconstitucionais.
IV - Embargos parcialmente acolhidos, sem alteração do resultado.
(EDcl no RE 596.177/RS, Pleno, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado 17/10/2013)

A corroborar tal entendimento, colaciono os seguintes julgados do STJ:

TRIBUTÁRIO. SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO. LEI Nº 8.212/91. ART. 25, I. VALOR DE COMERCIALIZAÇÃO DOS PRODUTOS RURAIS. LC 11/71, ART. 15, II. INCIDÊNCIA.
1. A contribuição previdenciária instituída pela Lei Complementar 11/71, PRO-RURAL, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.
2. A edição da Lei 7.787/89 consignou a substituição da alíquota fracionada de 18,2% para a alíquota única de 20%, especificando-se no artigo 3º, § 1º, que a unificação implicava a extinção do PRO-RURAL como entidade isolada a partir de 1º de setembro de 1989.
3. Deveras, o PRO-RURAL era custeado por contribuição devida pelas empresas, sobre a folha de salários, bem como pelo produtor rural, sobre o valor comercial dos produtos rurais.

4. Consectariamente, a Lei 7.789/89 extinguiu a contribuição ao PRO-RURAL relativa à folha de salários, subsistindo a contribuição sobre a comercialização dos produtos rurais (art. 15, II da LC nº 11/71).
5. A extinção da contribuição sobre o valor comercial dos produtos rurais sobreviveu à Lei 7.787/89, tendo sido extinta, expressamente, pela Lei 8.213/91, nos termos do art. 138, *verbis*: "Ficam extintos os regimes de Previdência Social instituídos pela Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, e pela Lei nº 6.260, de 6 de novembro de 1975, sendo mantidos, com valor não inferior ao do salário mínimo, os benefícios concedidos até a vigência desta Lei".
6. A instituição do novo Plano de Custeio da Previdência Social (Lei 8.212/91), com a unificação dos regimes de previdência urbana e rural, também não importou na extinção total dessa forma de contribuição. Nesse sentido, a norma, em sua redação original (art. 25), manteve a contribuição incidente sobre o resultado da comercialização, imputada, verbi gratia, aos então denominados segurados especiais (produtor rural individual, sem empregados, ou que exerce a atividade rural em regime de economia familiar).
7. Os produtores rurais empregadores, pessoas físicas equiparadas a autônomos pela legislação previdenciária (Lei 8.212/91, art. 12, V, "a"), bem como pessoas jurídicas (empresas rurais), passaram a recolher contribuições sobre a folha de salários de seus empregados (idem, art. 15, I e par. único, c/c art. 22), sistemática que se manteve até a edição das Leis 8.540/92 e 8.870/94, respectivamente.
8. Posteriormente, o legislador entendeu por alargar a base de incidência das contribuições sobre a produção, em detrimento da incidente sobre a folha de salários. Os produtores rurais empregadores pessoas físicas voltaram a recolher sobre o resultado das vendas a partir da Lei 8.540/92, que deu nova redação ao art. 25 da Lei 8.212/91, atribuindo-lhes a obrigação de contribuir da mesma forma que os segurados especiais, e exonerando-os da contribuição sobre a folha de salários de seus empregados (§5º do art. 22 da Lei 8.212/91, acrescido pela Lei 8.540/92). Finalmente, a Lei nº 10.256/2001 regulou a contribuição sobre a produção rural em substituição àquela incidente sobre a remuneração dos empregados e trabalhadores avulsos.
9. Assim, tem-se, para o produtor rural pessoa física empregador, que: a) a contribuição ao PRORURAL que incidia sobre a comercialização de produtos agrícolas (art. 15, I "a" e "b", da LC nº 11/71) permaneceu incólume até a edição da Lei nº 8.213/91, quando foi suprimida; b) a Lei Nº 8.212/91 equiparou o empregador rural pessoa física à empresa, sujeitando-o a contribuir sobre a folha de salários, exigível a partir de 24/10/91; c) a Lei nº 8.540/92 o incluiu entre os obrigados a contribuir sobre a comercialização de sua produção rural, exação que passou a ser exigível em 23/03/93, em razão do princípio da anterioridade nonagenal. d) a Lei nº 10.256/2001 fixou que a contribuição sobre a produção rural substitui apenas aquela incidente sobre a remuneração dos empregados e trabalhadores avulsos.
10. A Lei nº 8.213/91, no que se refere à revogação das contribuições previstas em seu art. 138, somente entrou em vigor em novembro de 1991, nos termos do Parágrafo Único, do art. 161, do Decreto nº 356, de 07/12/1991, *verbis*: "Art. 161. As contribuições devidas à Previdência Social que tenham sido criadas, majoradas ou estendidas pela Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão exigíveis a partir da competência novembro de 1991. Parágrafo único. Às contribuições devidas à Seguridade Social até a competência outubro de 1991 são regidas pela legislação anterior à Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991."
11. A corroborar referido entendimento o RESP nº 332.663/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.06.2002, DJ 16.09.2002 p. 148, *verbis*: "TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. 1. A contribuição para o FUNRURAL, incidente sobre as operações econômicas de aquisição de produtos rurais pelas empresas, é devida até o advento da Lei nº 8.213/91, de novembro do mesmo ano. 2. O art. 138, da Lei nº 8.213/91, na expressão cogente de sua mensagem, unificou o regime de custeio da previdência social. 3. O art. 3º, I, da Lei nº 7.787/89, conforme claramente explicita, não suprimiu a contribuição do FUNRURAL sobre as transações de aquisição de produtos rurais. Tal só ocorreu com o art. 138, da Lei 8.213/91. 4.

Recurso provido para reconhecer devido o FUNRURAL sobre o valor comercial dos produtos rurais até novembro de 1991 (art. 138, da Lei 8.213/91)".
12. *In casu*, o recorrente, produtor rural empregador, limitou a sua pretensão aos fatos ocorridos no período de agosto a outubro de 1991, antes, portanto, da entrada em vigor do art. 138, da Lei nº 8.212, que só ocorreu em novembro de 1991. 13. Recurso especial a que se nega provimento.
(REsp 871.852, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 12/05/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÃO. FUNRURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA JURÍDICA. COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. LEI Nº 8.213/91. EXTINÇÃO. NOVA EXAÇÃO. TRIBUTO EXIGÍVEL A PARTIR DA LEI Nº 8.870/94.
1. Não se depreendendo das razões aventadas qual seria efetivamente a obscuridade, omissão ou contradição vislumbrada pelo embargante, mas o nítido propósito de rediscutir a tese jurídica adotada singularmente, a irresignação deve ser recebida como se agravo regimental fosse, por ser a sede adequada para obter o mero rejulgamento da causa. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.
2. Conforme pacificado nesta instância, a contribuição ao Funrural incidente sobre o valor comercial dos produtos rurais foi extinta a partir da vigência da Lei nº 8.213/91. Nada obstante, em seguida foi instituída outra contribuição - que não se confunde com a do Funrural -, devida pelas empresas produtoras rurais sobre o valor da comercialização de sua produção, por meio da Lei nº 8.870/94. Essa cobrança subsiste até hoje, amparada na redação conferida pela Lei nº 10.256/01.
3. "(...) para o custeio desse sistema, foi mantida, agora com destinação à Seguridade Social e não ao Prorural/Funrural, a incidência de contribuição previdenciária sobre a comercialização da produção devida pelo produtor rural segurado especial (art. 25 da Lei 8.212/91), pelo produtor rural pessoa física que se utiliza do trabalho de empregados (Lei 8.540/92) e pelas empresas rurais (art. 25 da Lei 8.870/94, com exceção do § 2º desse dispositivo, declarado inconstitucional na ADI 1.103-1/DF). Dessa forma, tem-se como exigível, do produtor/empresa rural que se utiliza do trabalho de empregados, a contribuição sobre a comercialização de sua produção rural" (AgRg no REsp 1119692/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/11/2009).
4. Agravo regimental não provido.
(EARESP 572.252, 2ª Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 05/05/2010)

Com arrimo na alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98, foi editada a Lei nº 10.256/2001, que deu nova redação ao *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91, substituindo as contribuições devidas pelo empregador rural pessoa natural incidente sobre a folha de salários e pelo segurado especial pela contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural:

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de: I - 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho. [...]

Em razão dessa substituição, restou afastada a ocorrência de bitributação, dispensando-se, ainda, lei complementar para a instituição da contribuição social incidente sobre a receita

bruta proveniente da comercialização da produção rural, tendo em vista a previsão constitucional da nova fonte de custeio, que passou a encontrar seu fundamento de validade no art. 195, I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Portanto, após a promulgação da EC nº 20/98, não se pode mais falar em violação à isonomia ou de necessidade de lei complementar, posto que o empregador rural não contribui mais sobre a folha de salários, contribuição esta substituída pelo valor da receita proveniente da comercialização da sua produção, fonte de custeio trazida pela emenda constitucional anteriormente citada, o que afasta a aplicação do disposto no §4º do artigo 195, conquanto observado o princípio da anterioridade nonagesimal.

Nesse sentido, os julgados desta Corte Regional:

> AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO LEGAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NOVO FUNRURAL PESSOA FÍSICA. LEI 10.256/01. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. NÃO PROVIMENTO.
> 1. Agravo regimental conhecido como legal, tendo em vista ser este o recurso correto no caso de decisões proferidas nos moldes do art. 557 do Código de Processo Civil.
> 2. O art. 557 do CPC não menciona jurisprudência pacífica, o que, na verdade poderia tornar inviável a sua aplicação. A referência à jurisprudência dominante revela que, apesar de existirem decisões em sentido diverso, acabam por prevalecer, na jurisprudência, as decisões que adotam a mesma orientação invocada pelo relator.
> 3. Não merece reparos a decisão recorrida, posto que em consonância com firme entendimento desta E. Corte Regional.
> 4. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do Pleno, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, todos da Lei nº 8.212/91, com redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que nova legislação, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha instituir a contribuição.
> 5. Frise-se que, com as alterações levadas a efeito pela Emenda Constitucional nº 20/98, que introduziu no artigo 195, I, b, a expressão "faturamento ou a receita", não há mais que se falar em necessidade de lei complementar para regulamentar a questão, afigurando-se a Lei nº 10.256/01 como o instrumento normativo legítimo para se cobrar a exação em comento, incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, conquanto observado o princípio da anterioridade nonagesimal.
> 6. A Carta Magna - artigo 195, parágrafo 6º - adota o princípio da anterioridade mitigada em relação às contribuições sociais.
> 7. A própria Lei nº 10.256/01, em seu artigo 5º, dispôs que a produção de efeitos, quanto ao disposto no art. 22-A da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, dar-se-ia a partir do dia 1º (primeiro) do mês seguinte ao 90º (nonagésimo) dia daquela publicação (10.07.2001).
> 8. Entendo, assim, deva ser mantida a r. decisão combatida, observando-se apenas que o marco que legitima a cobrança da contribuição previdenciária sobre a comercialização da produção rural é 1º de novembro de 2001.
> 9. Agravo regimental conhecido como legal, ao qual se nega provimento.
> (AMS nº 00086794520104036102, Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI, DJF3 CJ1 09/01/2012)

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. FUNRURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS. PRODUTOR RURAL PESSOA JURÍDICA COM EMPREGADOS. CONTRIBUIÇÃO. ARTS. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, DA LEI 8.212/91. LEI Nº 10.256/2001. EXIGIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. RESERVA DE PLENÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESNECESSIDADE. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE RECOLHIMENTO. COMPENSAÇÃO. JUROS DE MORA EM COMPENSAÇÃO. LIMITAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. TRANSFERÊNCIA PARA

O BEM OU SERVIÇO. CORREÇÃO MONETÁRIA.
(...).
17. São devidas as contribuições sociais incidentes sobre a receita bruta da comercialização de produtos pelo empregador rural pessoa física, a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.256/01. Por conseguinte, faz jus a parte autora à compensação dos recolhimentos em período anterior, e nos moldes exposto a seguir, desde que comprovados nos autos.
(...).
29. Apelação a que se dá parcial provimento no que tange às contribuições sociais incidentes sobre a receita bruta da comercialização de produtos pelo empregador rural pessoa física em período anterior à entrada em vigor da Lei nº 10.256/01, desde que comprovados nos autos os respectivos recolhimentos, bem como à compensação nos moldes exposto.
(AC nº 201060000055583, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, DJF3 CJ1 02/06/2011, p. 296)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA PROVENIENTE DE COMERCIALIZAÇÃO RURAL. LEIS Nº 8.540/92 E Nº 9.528/97. PRECEDENTE DO STF.
I - Decisão agravada que foi proferida com base em precedente do STF, adotando a orientação firmada no julgamento do RE 363.852/MG declarando a inconstitucionalidade da contribuição prevista no art. 25, I e II da Lei nº 8.212/91, com redação dada pelas Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97, observando (a mesma decisão agravada), todavia, a superveniência da Lei nº 10.256, de 09.07.2001, que alterando a Lei nº 8.212/91, deu nova redação ao art. 25, instituída já sob a égide da EC nº 20/98 e prevendo, também, a cobrança da contribuição em substituição àquela estabelecida nos incisos I e II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, destarte não mais incidindo nos vícios de inconstitucionalidade apontados no julgado da Excelsa Corte e legitimando-se a cobrança da contribuição e sua exigência nos termos da Lei nº 10.256/01.
II - Precedente citado pelo recorrente que cinge-se à questão de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário onde se discute a exigibilidade da contribuição ao FUNRURAL nos moldes da Lei nº 8.540/92 e que em nada infirma o raciocínio adotado na decisão ora impugnada.
IV - Agravo legal desprovido.
(AMS 200960020052809, Rel. Des. Fed. PEIXOTO JUNIOR, DJF3 CJ1 07/07/2011, p. 127)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, *CAPUT* E PARÁGRAFOS, DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA PROVENIENTE DE COMERCIALIZAÇÃO RURAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 8.540/92, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTS. 12, V E VII, 25, I E II E 30, IV, DA LEI Nº 8.212/91. PRODUTOR RURAL EMPREGADOR. INEXIGIBILIDADE ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº 10.256/2001.
1. No dia 03 de fevereiro de 2010, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária prevista no art. 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que nova legislação venha a instituir a contribuição (STF, Pleno, RE-363852, Informativo STF nº 573).
2. Somente o produtor rural que exerce atividade em regime de economia familiar deve estar sujeito à contribuição prevista no art. 25 da Lei 8.212/91. Isto, todavia, apenas até a égide da Lei nº 10.256, de 2001, que novamente modificou a redação do artigo 25 da Lei nº 8.212/1991.
3. A nova redação impõe contribuição semelhante àquela tratada no julgamento do STF acima transcrito, todavia em substituição daquela que normalmente incidiria sobre a sua folha de pagamento, superando o fundamento pelo qual se controvertia acerca da constitucionalidade. Aliás, o julgado daquela colenda Corte máxima ressalvou expressamente a legislação posterior.
4. Ao que tudo indica, o agravado explora a atividade agropecuária e possui empregados.

5. Agravo a que se dá parcial provimento para suspender a exigibilidade da contribuição fundada no artigo 25 da Lei nº 8.212/1991 com a redação dada pela Lei nº 9.258/1997, tão-somente até a vigência da Lei nº 10.256, de 2001.
(Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.014084-6, Rel. Des. Fed. HENRIQUE HERKENHOFF, j. 19/10/2010)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. ART. 25 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DECORRENTE DA LEI Nº 10.256/01. EXIGIBILIDADE.
1. O STF declarou a inconstitucionalidade dos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu "receita" ao lado de "faturamento", venha instituir a exação (STF, RE nº 363.852, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.02.10). No referido julgamento, não foi analisada a constitucionalidade da contribuição à luz da superveniência da Lei nº 10.256/01, que modificou o *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91 para fazer constar que a contribuição do empregador rural pessoa física se dará em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22 da mesma lei. A esse respeito, precedentes deste Tribunal sugerem a exigibilidade da contribuição a partir da Lei nº 10.256/01, na medida em que editada posteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98 (TRF da 3ª Região, AI nº 0017067-07.2010.4.03.0000, Des. Fed. em substituição regimental Ramza Tartuce, decisão, 12.07.10; AI nº 0008022-76.2010.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, decisão, 16.04.10).
2. Agravo legal provido.
(Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.000892-0, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, j. 04/10/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. PRODUTOR (EMPREGADOR) RURAL PESSOA FÍSICA. LEI Nº 10.256/01. CONSTITUCIONALIDADE.
I - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 363.852-1, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, viesse a instituir a contribuição.
II - Os vícios de inconstitucionalidade declarados pela Suprema Corte foram corrigidos com a edição da Lei nº 10.256/01, que deu nova redação ao *caput* do artigo 25, de forma que a contribuição do empregador rural pessoa física substituiu a contribuição tratada nos incisos I e II da Lei nº 8.212, cuja base de cálculo era a folha de salários, passando a incidir apenas sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, disciplina compatível com as alterações constitucionais levadas a efeito pela Emenda Constitucional nº 20/98.
III - Após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98 e da Lei nº 10.256/01, não se pode mais falar em violação à isonomia ou de necessidade de lei complementar, posto que o empregador rural não contribui mais sobre a folha de salários, contribuição esta substituída pelo valor da receita proveniente da comercialização da sua produção, fonte de custeio trazida pela emenda constitucional anteriormente citada, o que afasta a aplicação do disposto no §4º do artigo 195.
IV - Agravo de legal provido.
(Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.010001-0, Rel. Juiz Federal Convocado ROBERTO LEMOS DOS SANTOS FILHO, j. 03/08/2010)

E mais: AI 201103000013348, Relatora Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA, 1ª Turma, DJF3 CJ1 25/08/2011, p. 227; AI 201003000214817, Relatora Juíza Convocada RENA-

TA LOTUFO, 2ª Turma, DJF3 CJ1 03/03/2011, p. 295; AI 201003000349530, Relatora Juíza LOUISE FILGUEIRAS, 5ª Turma, DJF3 CJ1 27/01/2011, p. 750.

No caso, trata-se de cobrança da contribuição previdenciária relativa ao período de 03/1997 a 01/1998 anteriores, portanto, à promulgação da EC 20/1998 sendo, pois, indevida a exação.

Dos honorários de sucumbência

O arbitramento dos honorários está adstrito ao critério de valoração, perfeitamente delineado na legislação vigente, art. 20 do CPC/1973, consoante orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado administrativo número 7 ("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").

Firme, também, a orientação acerca da necessidade de que o valor arbitrado permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcado no princípio da causalidade e da responsabilidade processual (STJ, REsp 1.111.002/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, na sistemática do art. 543-C do CPC).

Quanto ao montante da verba honorária, consigne-se que o arbitramento de tal valor deve atender às finalidades da lei, de modo a fixá-lo em patamar justo e adequado à circunstância de fato, segundo o princípio da razoabilidade e os contornos fáticos da demanda.

Tendo presente que a lide envolve um ente público, a moderação deve imperar, adotando-se valor que não onere demasiadamente o vencido e remunere merecidamente o patrono do vencedor na demanda.

Observando o artigo 20, §4º, do CPC/1973, considerando tratar-se a causa de questão unicamente de direito e que fundou-se em jurisprudência pacificada, a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigida monetariamente a partir do ajuizamento da ação, na forma da Resolução CJF nº 267/2013, atende a ambos os critérios, nem representando valor exorbitante, nem acarretando aviltamento à dignidade profissional do Advogado.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, ficando prejudicadas as demais matérias vertidas no recurso.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0000616-43.2016.4.03.6127
(2016.61.27.000616-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: JOSÉ CLAUDIO VENTURINI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE LIMEIRA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: ApReeNec 368328
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. LIMITAÇÕES ÀS DEDUÇÕES COM DESPESAS DE INSTRUÇÃO. ART. 8º, II, ALÍNEA "B", DA LEI 9.250/95. CONSTITUCIONALIDADE, SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STF, QUE SUPLANTE O QUANTO FOI DECIDIDO EM ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL. APELO E REMESSA OFICIAL PROVIDOS (SEGURANÇA DENEGADA), COM CASSAÇÃO DA LIMINAR.
Embora este Relator tenha participado do julgamento do ARGINC 00050678620024036100, Desembargador Federal Mairan Maia, TRF3 - Órgão Especial, e-DJF3 Judicial 1 data: 11/05/2012, tem-se que a jurisprudência do *STF*, formada DEPOIS daquele julgamento, se orienta em sentido contrário (ARE 1027716 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 22-06-2017 PUBLIC 23-06-2017 - ARE 963412 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/12/2016 - RE 606179 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 21/05/2013).

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 ao apelo e ao reexame necessário, cassada a liminar,* nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de outubro de 2017.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de mandado de segurança *preventivo* impetrado em 10/3/2016, por meio do qual se objetiva a declaração do direito de deduzir integralmente os valores despendidos com dependente na declaração de ajuste anual do imposto de renda, bem como de compensar ou ser restituído do indébito alusivo ao lustro que antecedeu a propositura da ação.

Alega a inconstitucionalidade do artigo 8º, II, b, da Lei nº 9.250/1995 e pede que seja reconhecido o direito de deduzir o montante integral das despesas com educação de dependente.

Deu à causa o valor de R$ 5.000,00 - fl.55.

O pedido liminar foi deferido (fls. 59/61), tendo a União interposto agravo de instrumento nº 2016.03.00.015996-1(fls. 94/99), autos em apenso que transitou em julgado em 23/2/2017.

A sentença *concedeu* a segurança, resolvendo o mérito da causa nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para reconhecer o direito do impetrante à dedução integral das despesas com educação de seus filhos, exceto os cursos de idiomas e demais cursos que não se revistam de direito social (art. 6º c.c art. 208 da CF), da base de cálculo do imposto de renda pessoa física, afastando-se a limitação imposta pelo art. 8, II, alínea b, da Lei 9.250/95, devendo a autoridade coatora abster-se de cobrar eventuais diferenças nas declarações dos anos-base 2015 e seguintes, se foram declarados gastos acima do limite de dedução ora afastado. Reconheceu o direito à compensação do indébito relativo aos 05 (cinco) anos que antecederam à propositura da ação, com outros tributos federais após o trânsito em julgado com aplicação da taxa SELIC, caso o impetrante não tenha lançado em suas declarações de ajuste anual as despesas integrais com educação dos dependentes em razão da limitação imposta por lei. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios indevidos, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009. Sentença sujeita ao reexame necessário (fls. 109/112).

A União interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese a legalidade do dispositivo que estipulou o teto para a dedução dos gastos com educação, bem como a existência de decisão do C. STF na Suspensão de Segurança nº 5.087/SP e ainda, a impossibilidade de utilização do *mandamus* para garantir reconhecimento do indébito tributário referente a recolhimentos efetivados em períodos anteriores à impetração (fls. 118/125). Recurso respondido.

O MPF opinou "pelo deferimento do pedido, de modo que sejam suspensos os efeitos da decisão" - fls. 138/151.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

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

A pretensão posta em Juízo cinge-se ao afastamento das regras impostas pela Lei nº 9.250/95, em especial aquela disposta em seu artigo 8º, que estabeleceu o limite de R$ 1.700,00 (mil e setecentos reais), à dedução da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Física, das despesas relativas a pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino, relativos à educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizantes, do próprio contribuinte ou de seus dependentes.

O *writ* volta-se contra a Instrução Normativa SRF nº 65/96, que dispôs os seguintes limites ao conceito de "despesas com instrução", em seu artigo 6º:

> Art. 6º. Não se enquadram no conceito de despesas de instrução:
> a) as despesas com uniforme, material e transporte escolar, as relativas à elaboração de dissertação de mestrado ou tese de doutorado, contratação de estagiários, computação eletrônica de dados, papel, xerox, datilografia, tradução de textos, impressão de questionários e de tese elaborada, gastos postais e de viagem;

b) as despesas com aquisição de enciclopédias, livros, revistas e jornais;
c) o pagamento de aulas de música, dança, natação, ginástica, tênis, pilotagem, dicção, corte e costura, informática e assemelhados;
d) o pagamento de cursos preparatórios para concursos e/ou vestibulares;
e) o pagamento de aulas de idiomas estrangeiros;
f) os pagamentos feitos a entidades que têm por objetivo a criação e a educação de menores desvalidos e abandonados;
g) as contribuições pagas às Associações de Pais e Mestres e a associações voltadas para a educação.

Entende o poder público, a teor da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, artigo 8º, inciso II, "b", com redação dada pela Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007, art. 3º; Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/1999), art. 81; Instrução Normativa SRF nº 15, de 6 de fevereiro de 2001, art. 39, que as despesas com gastos de educação efetuados com o próprio contribuinte ou com outro dependente ou alimentando, têm um *limite* (atualmente de R$ 3.561,50).

O tema desperta múltiplos interesses, sendo certo que existe em tramitação o Projeto de Lei nº 7.475/10, do deputado José Chaves (PTB-PE), que permite a dedução integral dos gastos com educação do Imposto de Renda. Esse projeto de lei determina a supressão de expressões da Lei nº 9.250, de 1995, com a nova redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007.

No momento presente, contudo, embora este Relator tenha participado do julgamento do ARGINC 00050678620024036100, Desembargador Federal Mairan Maia, TRF3 - Órgão Especial, e-DJF3 Judicial 1 data: 11/05/2012, observo que a jurisprudência do STF, formada DEPOIS daquele julgamento, se orienta em sentido contrário (ARE 1027716 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 22-06-2017 PUBLIC 23-06-2017 - ARE 963412 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/12/2016 - RE 606179 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 21/05/2013).

Pelo exposto, *dou provimento ao apelo e ao reexame necessário, cassada a liminar.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0019330-35.2016.4.03.6100
(2016.61.00.019330-3)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 300/300v
Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: MULTI BENEFIT SERVICES CORRETORA DE SEGUROS E CONSULTORIA LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: ApReeNec 367937
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.
1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Indevida a suspensão do andamento processual em vista do reconhecimento de repercussão geral pelo Excelso Pretório, na medida em que o sobrestamento previsto na lei processual (CPC, arts. 1.036 e 1.039) refere-se tão somente a recursos especiais e extraordinários.
3. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, realizado em 15.03.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".
4. Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o paradigma ao ISS.
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de outubro de 2017.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática de fls. 300/300v que, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, mantendo a r. sentença que concedeu parcialmente a segurança para assegurar à impetrante o direito ao recolhimento das contribuições ao PIS e da COFINS sem a inclusão dos valores de ISS na sua base de cálculo, bem como declarou, ainda, o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos até os últimos cinco anos que antecedem a impetração.

Sustenta a agravante, em preliminar, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. No mérito, sustenta a constitucionalidade do ISSQN na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que os valores do ISS, como custos que são na formação do preço da mercadoria ou do serviço, devem compor o cálculo da receita bruta, a qual é a base de cálculo das contribuições ao PIS e a COFINS. Afirma que a parcela relativa ao ISS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da COFINS, seguindo o mesmo raciocínio firmado nas Súmulas 68 e 94 do STJ. Por fim, ressalta que o julgamento do RE nº 574.706/PR não abrangeu o ISS.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Contrarrazões às fls. 311/320.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Preliminarmente, indevida a suspensão do andamento processual em vista do reconhecimento de repercussão geral pelo Excelso Pretório, na medida em que o sobrestamento previsto na lei processual (CPC, arts. 1.036 e 1.039) refere-se tão somente a recursos especiais e extraordinários.

No mérito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que em recente julgamento o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, realizado em 15.03.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o

paradigma ao ISS, nos seguintes termos:

> EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.
> I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.
> II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.
> III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.
> IV - Embargos infringentes providos.
> (TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 2062924 - 0001887-42.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 02/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2017)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

Sentenças



AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0001457-56.2011.4.03.6113

Parte Autora: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Parte Ré: PEDRO SPESSOTO NETO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP
Juiz Federal: JOÃO CARLOS CABRELON DE OLIVEIRA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/06/2017

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública movida pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA) em face de PEDRO SPESSOTO NETO, objetivando a condenação da parte ré em obrigações de fazer, consistentes na reparação do dano causado ao meio ambiente através da edificação realizada em área de preservação permanente localizada à margem esquerda de reservatório da Usina Hidrelétrica de Jaguara (UHE Jaguara), no município de Rifaina/SP. Requer, ainda, a condenação da parte ré a demolir as edificações que se encontram inseridas a menos de 100m de distância da margem esquerda da represa e, por fim, a adoção de medida consistente no plantio de outras mudas nativas com a obrigação de sustentabilidade de seu crescimento e demais providências necessárias a serem tomadas após a demolição requerida.

Embasou a parte autora sua pretensão na alegação de que a parte ré teria provocado danos à área de preservação permanente, consoante auto de infração nº 263.258/D e termo de embargo nº 180.700/C, de 24/11/2005, havendo instauração de Termo Circunstanciado com transação penal firmada entre o Ministério Público Federal e o réu, com a condição de composição dos danos causados ao meio ambiente, mediante plantio de espécies nativas da região através do processo nº 2002.61.13.001863-4, que tramitou por este Juízo. Contudo, afirma que o Plano de Recuperação da Área Degradada - PRAD apresentado pelo réu não foi aprovado pelo IBAMA de Ribeirão Preto, por não garantir a recuperação, mas somente melhorias da área degradada, defendendo a necessidade da presente ação para o fim de se promover a remoção da área ilicitamente ocupada, possibilitando a recuperação do local.

Inicial acompanhada de documentos (fls. 16-106).

Instado, o Ministério Público Federal defendeu a desnecessidade de integrar o polo ativo da presente ação, manifestando-se pelo seu prosseguimento e sua atuação na condição de *custos legis* (fl. 109).

Citada, apresentou a parte ré contestação às fls. 115-126, juntamente com os documentos de fls. 127-149. Afirmou, preliminarmente, a ocorrência de coisa julgada material face à extinção da punibilidade declarada no âmbito penal, além da incompetência relativa por entender o réu que compete à Justiça Estadual o processamento e julgamento do feito. No mérito, alegou que as medidas sancionatórias aplicadas pelo IBAMA não gozam de autoexecutoriedade; defendeu a legalidade da propriedade e das construções realizadas por se tratar de propriedade localizada em área urbana e em razão do integral cumprimento das condições que lhe foram impostas judicialmente; afirmou que não houve degradação da área de preservação permanente; sustentou a boa-fé na aquisição da propriedade que já se encontrava com as construções encerradas, vistoriadas e com "habite-se" conforme determinação legal; ausência de provas da degradação ao meio ambiente porque alega que houve recuperação da área em razão da implementação do PRAD.

Decisão judicial às fls. 314-316, saneando o feito, sendo afastadas as alegações preliminares da parte ré. Indeferido o pedido do IBAMA de traslado da cópia integral do processo nº 0001863-92.2002.403.6113 e a produção de prova testemunhal, sendo oportunizada a juntada de documentos pelas partes relativos a fatos supervenientes ao ajuizamento da ação e deferida a realização de prova pericial.

Apresentação de estimativa de honorários pelo perito nomeado pelo Juízo às fls. 319-330.

Quesitos do réu apresentados às fls. 333-334.

Houve interposição de agravo retido pelo réu (fls. 337-343) em face da decisão de fls. 313-315 que rejeitou a preliminar de coisa julgada material arguida na contestação.

Discordância das partes, autora e ré, sobre a estimativa dos honorários periciais, pleiteando a redução ou nomeação de outro perito (fls. 344-345 e 348-349, respectivamente).

O Ministério Público Federal manifestou pelo arbitramento dos honorários periciais dentro dos limites instituídos pela Resolução nº 558/2007 do CJF (fls. 351-352).

Decisão de fls. 354-356 arbitrou o valor dos honorários periciais, determinou ao réu promover o depósito do valor à ordem do Juízo e autorizou o levantamento de 30% do depósito, facultando às partes a indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos.

Comprovante do depósito acostado à fl. 361.

Diante da insatisfação do perito nomeado no tocante aos honorários arbitrados às fls. 354-356, houve revogação de sua nomeação, sendo nomeado novo perito à fl. 376, que concordou com os honorários periciais arbitrados pelo Juízo (fls. 391-392).

À fl. 396 foi determinada a suspensão da realização da perícia, sendo o IBAMA intimado a manifestar-se sobre as alterações promovidas pelo Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12).

O IBAMA defendeu a aplicação da Resolução 302/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente que define qual o limite das áreas de preservação permanente aos reservatórios implantados anteriormente à sua vigência, além da impossibilidade de aplicação de interpretação que implique em redução protetiva, pugnando pela realização da perícia (fls. 399-406).

O Ministério Público Federal alegou não mais haver área de preservação permanente no local, pugnando pela realização da prova pericial cujo objeto seria a identificação das edificações do imóvel indicando se estão localizadas dentro da cota máxima de operação do reservatório artificial (fls. 413-414).

Decisão de fl. 419 determinando a suspensão do andamento do feito até conclusão da perícia determinada no processo nº 0000621-83.2011.403.6113, sendo trasladada cópia do laudo pericial realizado naquele feito às fls. 423-454.

Manifestação do IBAMA sobre o laudo pericial às fls. 456-461 e documentos juntados às fls. 462-464. O réu manifestou-se às fls. 465-466 pleiteando a devolução dos honorários periciais depositados nos autos.

O Ministério Público Federal concluiu que as construções não estão inseridas em área de preservação permanente, havendo perda de objeto da presente ação e pugnando pela extinção do feito sem resolução do mérito (fls. 468-470).

Foram trasladadas para o presente feito cópias da complementação do laudo pericial realizada no processo nº 0000621-83.2011.403.6113 (fls. 473-493).

Manifestação do IBAMA às fls. 497-498 postulando a manifestação do perito sobre a extensão da APP de acordo com a inclinação do terreno e a relação com os níveis máximo operacional e máximo maximorum. O réu, à fl. 500, alegou que o laudo complementar nada

alterou a conclusão sobre a APP e sua extensão, mormente por se tratar de propriedades e processos distintos. À fl. 502 o Ministério Público Federal reiterou sua manifestação de fls. 468-470.

Foi deferido o pedido do IBAMA, sendo determinada a intimação do perito para complementação do laudo pericial (fl. 503).

Manifestação do perito às fls. 507-508 acerca da não realização de laudo pericial no presente feito, por se tratar de prova emprestada de outro processo, bem como, sobre a necessidade de realização de laudo pericial específico e vistoria no local.

O IBAMA concordou com a realização de vistoria "in loco" (fl. 510), tendo o réu entendido ser desnecessária a realização da inspeção, pois já existentes elementos nos autos suficientes para o julgamento do feito (fls. 511-512). O Ministério Público Federal não se opôs à realização da vistoria (fl. 514).

Informação sobre o falecimento do perito nomeado (fls. 522-524).

Estimativa de honorários apresentada pela perita às fls. 534-536.

Nomeação da perita judicial à fl. 543, sendo autorizado o levantamento de 30% do valor fixado e alvará levantado à fl. 574.

Laudo pericial acostado às fls. 580-597, manifestando-se o IBAMA às fls. 600-606, o réu à fl. 609 e o Ministério Público Federal às fls. 611-612 e documentos juntados às fls. 613-628.

É o relatório. Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

As questões processuais preliminares já foram objeto de apreciação na decisão judicial de fls. 314-316.

Passo à análise do mérito.

O objeto da presente ação é a reparação dos danos ambientais que teriam sido causados pelo requerido em Área de Preservação Permanente (APP) localizada no entorno do reservatório artificial de água da UHE Jaguara.

Quanto à questão de mérito, e considerando que a presente ação foi ajuizada antes da entrada em vigor da Lei nº 12.651/2012 (vulgarmente conhecida como novo Código Florestal), inicialmente controverteram as partes no que tange à faixa de APP que deveria ser respeitada no entorno desse reservatório. O IBAMA afirmou, na petição inicial, que essa faixa teria a extensão de 100 (cem) metros, contados da margem do reservatório da UHE Jaguara. O requerido, na contestação, aduziu que a faixa teria a extensão de 30 (trinta) metros, pois localizado o terreno de sua propriedade em área urbana, e não rural.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei nº 12.651/2012, deduziram as partes novas alegações nos autos, nos termos dos arts. 342 e 493 do CPC, haja vista o teor do art. 62 daquele diploma legal, que alterou a forma de medição das Áreas de Preservação Permanente (APP's) para as margens dos reservatórios artificiais destinados a geração de energia, concedidos antes de 24.08.2001. Nesse ponto, sustentou o IBAMA a inconstitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012, ao passo que o requerido afirmou que, ante a inovação legal, não há mais que se falar em área de preservação permanente na área objeto da ação.

Assim, é necessário primeiramente solver essa controvérsia, para que se possa decidir, ante os fatos nos autos apurados, sobre a existência de responsabilidade civil ambiental do requerido, tal como alegado na petição inicial.

As APP's têm a função ambiental de "preservar os recursos hídricos, a paisagem, a esta-

bilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas" (Código Florestal, art. 3º, II). São extensões territoriais ambientalmente sensíveis, como as matas ciliares e a vegetação que recobre os topos de morros ou montanhas, assim como suas encostas. Da conservação dessas áreas depende a própria viabilidade ecológica e econômica da terra, pois sua preservação evita, dentre outras consequências negativas, o esgotamento dos recursos hídricos e a erosão dos solos.

Por tais motivos, as APP's são objeto de proteção na maioria dos países. Como exemplo, aponta Valverde[1] que na China são previstas as "florestas de abrigo" em razão de sua função hidrológica; na Argentina, preservam-se áreas florestais de "alto valor biológico" e de proteção de bacias; na Finlândia, protegem-se as florestas ripárias (matas contíguas a cursos d'água); na Austrália, há a "zona de proteção" da mata nativa em ambos os lados das depressões ou cursos d'água.

No Brasil, o Código Florestal de 1934 (Decreto nº 23.793/1934) trouxe a denominação de "florestas protetoras" para a vegetação que tinha por finalidade, dentre outras, conservar o regime das águas, evitar a erosão das terras e "proteger sítios que por sua beleza mereçam ser conservados" (art. 4º, a, b e f). A legislação florestal posterior, em 1965 e 2012 (atual), manteve a proteção das agora denominadas APP's, salientando-se, como já se fazia em 1934, que a preservação dessas extensões de área não se dá somente por motivos estritamente econômicos, mas também por razões eminentemente estéticas e ecológicas, como a preservação da biodiversidade.

Quanto aos reservatórios d'água, naturais ou artificiais, o Código Florestal de 1965 (Lei nº 4.771/1965), em seu art. 2º, b, passou expressamente a proteger as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao seu redor. Contudo, esse diploma legal descurou de indicar a metragem da vegetação a ser preservada nessas circunstâncias.

Posteriormente, o art. 18 da Lei nº 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), transformou as florestas e demais formas de vegetação de preservação permanente em estações ou reservas ecológicas, sendo que o Decreto nº 89.336/1984 atribuiu ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) o poder de regulamentar o uso racional dos recursos ambientais existentes nas reservas ecológicas (art. 4º). O CONAMA, por seu turno, editou a Resolução nº 04/1985, a qual, em seu art. 3º, II, fixou a extensão das reservas ecológicas ao redor os reservatórios d'água artificiais, passando a consistir de uma faixa contada a partir do nível mais alto do reservatório, medido horizontalmente, com uma largura mínima de 30 (trinta) metros, para áreas urbanas, e 100 (cem) metros, para áreas rurais.

Essa regulamentação perdurou até a edição da Lei nº 9.985/2000, a qual revogou o art. 18 da Lei nº 6.938/1981. No entanto, pouco tempo depois o Código Florestal então vigente foi modificado pela MP nº 2.166-67/2001, que incluiu o § 6º em seu art. 4º, o qual determinou que as APP's criadas no entorno de reservatórios artificiais teriam os parâmetros e regime de uso definidos por resolução do CONAMA. Na esteira dessa alteração legislativa, o CONAMA editou a Resolução nº 302/2002, voltando a fixar como regra a extensão das APP's para reservatórios artificiais em 30 e 100 metros, a depender de sua localização se dar em área urbana ou rural, contados da cota máxima normal de sua operação (art. 3º, I).

Do exposto, tem-se que, desde 1985 até a edição do atual Código Florestal, e com um pequeno intervalo entre 2000 e 2002, as APP's no entorno de reservatórios artificiais eram

1 VALVERDE, Sebastião Renato (coord.). Estudo comparativo da legislação florestal sobre Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal. Viçosa, 2010. Disponível em:<www.abiape.com.br/newsletter/201004e01/file/estudo.pdf>. Acesso em: 07.02.2011.

constituídas por uma faixa de 30 ou 100 metros de largura.

A Lei nº 12.651/2012 deu nova disciplina ao assunto. Passou a prever que as APP's localizadas no entorno dos reservatórios d'água artificiais passarão a ter sua extensão definida na licença ambiental do empreendimento (art. 4º, III). Complementando essa regra, o art. 5º da Lei nº 12.651/2012 trouxe a obrigatoriedade, quando da implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou a abastecimento público, da aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das APP's criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana.

Assim, a nova regra criada pela da Lei nº 12.651/2012 é a de que, no entorno de reservatórios artificiais, a faixa da APP a ser respeitada terá, nas áreas rurais, uma extensão entre 30 e 100 metros, e nas áreas urbanas, de 15 a 30 metros, a depender do que se dispuser no licenciamento ambiental.

Contudo, a Lei nº 12.651/2012 também excepcionou essa regra geral. Por meio de seu art. 62, passou-se a prever critério totalmente diverso para a definição das faixas de APP's em reservatórios artificiais registrados ou concedidos anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67/2001. De acordo com esse dispositivo legal, a faixa da APP, nessas hipóteses, *será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum do reservatório.*

Assim, na situação contemplada pelo art. 62 da Lei nº 12.651/2012, deve ser objeto de preservação permanente uma faixa compreendida entre o nível máximo de água do reservatório, quando de sua operação normal (*nível máximo operativo normal*), e o nível de água mais elevado para o qual a barragem foi projetada para suportar, em excepcionais situações de cheia (*cota máxima maximorum*).

Portanto, a Lei nº 12.651/2012, verificadas as circunstâncias de seu art. 62, determinou que se substitua o tradicional critério de medida das APP's, caracterizado por uma medição horizontal contada desde a margem do reservatório, no nível máximo normal ou operacional do reservatório artificial, até uma determinada metragem, para um parâmetro vertical, com base no nível da água e, por conseguinte, variável conforme o relevo.

Diante desse contexto de substancial alteração dos critérios de aferição da APP, constitui matéria controvertida no âmbito da doutrina e da jurisprudência nacional o tema atinente à constitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012.

A propósito, tramita perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.903 (da relatoria do Min. Luiz Fux), proposta pelo Procurador-Geral da República em 21.01.2013, ainda pendente de julgamento. Nessa ADI, formula-se, dentre outros pedidos, o de declaração de inconstitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012.

A despeito da pendência de julgamento da ADI nº 4.903, é pacífica a diretriz segundo a qual, mesmo em sede de ação civil pública, não há óbice para o exercício do controle difuso de constitucionalidade em caráter incidental.

Pois bem, para se fazer um juízo de constitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 é necessário confrontá-lo com o que dispõe a Constituição Federal de 1988 (CF/88) sobre o assunto. Com efeito, a proteção legal das APP's tem sede constitucional, conforme a precisa lição de Paulo Affonso Leme Machado:

> A APP não é uma área qualquer, mas uma "área protegida". *A junção destes dois termos tem alicerce na Constituição da República*, que dá incumbência ao Poder Público de "definir, em

> todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, (...) vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção" (art. 225, § 1º, III). (*Direito ambiental brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 897, negritei).

Confira-se o dispositivo da CF/88 em análise:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

Quanto ao "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", a despeito de o art. 225 não estar inserido no Título II da CF/88, constitui-num direito humano fundamental da coletividade. Sobre o tema, o STF já teve oportunidade de se manifestar, fazendo-o por meio de acórdão paradigmático, relatado pelo Ministro Celso de Mello, no qual se reconheceu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental de terceira geração, inserido no "[...] processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos". Pela relevância, transcreve-se abaixo a ementa do acórdão, na parte em que aqui interessa:

> A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.
> - O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao individuo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias.
> (STF, MS 22164, Relator(a) Min. Celso de Mello, Plenário, j. 30.10.95, DJ 17.11.95).

Imputa-se ao art. 62 da Lei nº 12.651/2012 a pecha da inconstitucionalidade. Afirma-se que esse dispositivo legal teria reduzido de forma substancial as APP's no entorno dos reservatórios d'água artificiais, de forma a esvaziar de conteúdo a proteção que lhe é devida, nos termos da CF/88. Assim, teria havido violação ao princípio da proibição ou vedação do retrocesso ambiental (ou princípio da não regressão ambiental), cuja sede material na CF/88 decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e da prevalência dos direitos

humanos (art. 4º, II).

O conteúdo de tal postulado consiste na vinculação do legislador aos ditames constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais, de modo que, uma vez alcançado determinado nível de concretização de uma norma constitucional definidora de uma garantia fundamental, é vedado ao legislador fixar normas que acarretem a supressão dessa concretização, impondo-se, assim, limites à conformação legislativa desses direitos.

Sobre o assunto, assevera Ingo Wolfgang Sarlet que:

> A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira (A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 299).

Discorrendo sobre o princípio da proibição de retrocesso social, do qual o princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental é caudatário, J.J. Gomes Canotilho reporta-se ao núcleo essencial do direito fundamental como limite para a atuação do legislador ordinário:

> O *princípio da proibição de retrocesso social* pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003 CANOTILHO, 2003, p. 339-340).

Também reportando-se à necessária proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, veja-se a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

> [...] enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. (Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 395)

Em suma, a inconstitucionalidade da norma impugnada decorreria da violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, o que se verificaria pelo esvaziamento do núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mediante completa subtração de *qualquer nível de proteção* às APP's localizadas no entorno dos reservatórios d'água artificiais.

Contudo, a alteração dos parâmetros de aferição, com a consequente redução da APP em uma determinada localidade, não constitui, por si só, violação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou da integridade dos atributos da área especialmente protegida, nos termos da CF/88.

Não é qualquer retrocesso que é vedado pela Constituição. É necessário demonstrar, de forma inequívoca, que a nova disposição normativa tenha efetivamente eliminado o âmbito de proteção jurídica necessariamente conferida ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma a atingir o núcleo essencial desse direito.

No caso vertente, como já dito, o critério vertical adotado pelo art. 62 da Lei nº 12.651/2012 para a medida da APP torna variável a aferição conforme o relevo da área a ser considerada. Nesse diapasão, não é adequado ou possível se afirmar, aprioristicamente, que a aplicação de tal parâmetro resulte, em toda e qualquer situação, na redução desmesurada ou mesmo na supressão da APP, com o completo esvaziamento da proteção constitucional conferida ao núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desse modo, há de ser emprestada ao art. 62 da Lei nº 12.651/2012 interpretação conforme a Constituição, de modo que a sua aplicação seja admitida apenas nas hipóteses em que a modificação dos critérios normativos de aferição da APP não comprometa de forma significativa a integridade dos atributos e das funções que justifiquem a proteção das florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao redor dos reservatórios de águas naturais ou artificiais (CF/88, art. 225, § 1º, inc. III, parte final).

Ao revés, nas hipóteses em que a proteção às APP's seja anulada ou significativamente diminuída, em razão da aplicação do art. 62 da Lei nº 12.651/2012, deve a norma legal ser afastada, reconhecendo-se sua inconstitucionalidade, por violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, que visa a preservar o núcleo essencial desse direito fundamental.

Exposto o substrato teórico que regerá a apreciação das alegações das partes, passo à efetiva apreciação do caso concreto.

Na espécie, o imóvel do requerido está situado no entorno da Usina Hidrelétrica de Jaguara, a qual, segundo as informações prestadas pela Sra. Perita, iniciou suas operações em 1971 (fl. 593). Trata-se, portanto, de contrato de concessão ou autorização assinado anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o que poderia ensejar a aplicação do art. 62 da Lei nº 12.651/2012.

No entanto, de acordo com informação prestada pela Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), com a qual as partes acederam, o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum da UHE Jaguara *são coincidentes* (fl. 415).

Assim, aplicando-se o conteúdo do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 à UHE Jaguara, tem-se a *total e completa supressão da APP* no entorno do respectivo reservatório d'água.

A aplicação do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 ao reservatório artificial da UHE Jaguara resultaria na aniquilação do núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, representado, no caso dos autos, pela completa supressão da possibilidade de que a respectiva APP exerça as funções de preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica e da biodiversidade, da facilitação do fluxo gênico de fauna e flora, da proteção o solo, em detrimento do bem-estar das populações humanas, conforme expressamente estabelecido pela própria Lei nº 12.651/2012 (art. 3º, II).

Assim, pelos fundamentos já expostos, declaro, incidentalmente, a inconstitucionalidade material do art. 62 da Lei nº 12.651/2012, por estar em desacordo com o disposto no art. 225, *caput*, e § 1º, III, da CF/88.

No sentido do quanto aqui decidido, colaciono precedente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, proferido em casos análogos ao dos autos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO RETIDO. REITERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REQUERIMENTO DE PROVA PERICIAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP). UHE DE ÁGUA VERMELHA. DANO AMBIENTAL. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. SUSPENSÃO DA AÇÃO ATÉ DECISÃO FINAL PELO STF OU CONCESSÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo retido não conhecido, uma vez que a parte deixou de reiterá-lo expressamente nas razões ou na resposta de apelação, conforme o disposto no art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

2. Muito embora a ré AES Tietê S/A tenha requerido, em sua contestação, a produção de prova pericial, ao ser devidamente intimada a especificar as provas que pretendia produzir, justificando-as, apresentou manifestação protestando tão somente pela oitiva de testemunhas e juntada de novos documentos, razão pela qual não se vislumbra qualquer cerceamento de defesa, face à ocorrência de indubitável preclusão consumativa.

3. A ação civil pública constitui importante instrumento processual que visa a apurar e coibir os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular, assim como à ordem urbanística, conforme prevê a Lei nº 7.347/85.

4. Pretende a apelante a extinção do feito, ante a falta de interesse de agir superveniente em razão da revogação do conceito de área de preservação permanente com o advento do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), alegando que, tendo em vista que a cota máxima normal de operação e a cota máxima maximorum na UHE de Água Vermelha coincidem no valor de 383,30 metros, a faixa da Área de Preservação Ambiental Permanente no referido reservatório seria igual a zero, nos moldes do art. 62 da supracitada Lei.

5. Contudo, é entendimento assente que o novo Código Florestal não pode retroagir a fim de reduzir a proteção de ecossistemas frágeis, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da "incumbência" do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais.

6. Também não prospera a alegação da apelante de que não se verificou falta no cumprimento de suas obrigações legais e contratuais, nem nexo causal entre a sua conduta e as ocupações havidas na área em comento, porquanto foi justamente o descumprimento de obrigações legais e contratuais o fator determinante para a degradação das áreas de preservação permanente no entorno do reservatório da Usina Hidrelétrica UHE de Água Vermelha.

7. Não assiste razão à apelante quanto ao pedido de redução das multas fixadas na r. sentença nos montantes de R$ 5.000,00 e R$ 1.000,00 em caso de descumprimento das obrigações impostas, haja vista que, diante da condição econômica da apelante, os montantes fixados se mostram adequados à finalidade de induzir ao cumprimento da obrigação, não caracterizando valor irrisório, nem abusivo, tendo havido claro respeitou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade aplicáveis ao caso concreto.

8. Não há que se falar, igualmente, em suspensão do trâmite da presente ação até decisão final pelo Supremo nas ADI's nºs 4.901, 4.902 e 4.903 acerca da constitucionalidade de dispositivos da Nova Lei Florestal, uma vez que inexiste determinação expressa de sobrestamento e vige em nosso ordenamento jurídico o Princípio da Presunção da Constitucionalidade das Leis, segundo o qual, toda norma jurídica presume-se constitucional até que seja declarada sua incompatibilidade com a Carta Magna.

9. Não prospera o pedido subsidiário de concessão do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para cumprimento das determinações impostas na r. sentença, porquanto a presente demanda tem

> como objeto não apenas a responsabilização dos réus por dano ambiental em área de preservação permanente como também a cessação do dano e a recomposição ambiental, situação que inibiria a eficaz proteção ao meio ambiente.
> 10. Agravo retido não conhecido. Apelação improvida.
> (AC 2114586, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/04/2016, negritei).

Por consequência, aplicável à solução do caso o disposto na legislação anterior à Lei nº 12.651/2012, notadamente a definição da faixa de APP para o reservatório d'água artificial da UHE Jaguara tal como prevista na Resolução nº CONAMA 302/2002.

Nesse ponto, destaco que a documentação acostada aos autos, em especial a certidão expedida pela Prefeitura Municipal de Rifaina/SP (fl. 130), a escritura pública de fls. 131-132, as guias de recolhimento de IPTU de fls. 136-148, e as conclusões do laudo pericial (fl. 595), demonstram que o imóvel do requerido localiza-se em área urbana.

Assim, considero como faixa de APP existente no imóvel do requerido a extensão de 30 metros de largura, contados da cota máxima normal de operação da UHE Jaguara, a qual, segundo o documento expedido pela CEMIG (fl. 415) é de 558,50m, sendo essa a faixa de APP que será considerada para fins de apreciação do pedido inicial de reparação de dano ambiental.

Na petição inicial o IBAMA alega a insuficiência das medidas restaurativas adotadas pelo requerido no imóvel de sua propriedade, com a finalidade de recompor a APP ali existente.

Com efeito, no Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD), feito a pedido do requerido e por ele apresentado originariamente ao IBAMA (fls. 204-218), e acostado aos autos juntamente com sua contestação, não foi proposta a demolição das construções existentes na APP do imóvel do requerido, mas, tão somente, numa faixa de 30 metros, o "reflorestamento de parte da área de preservação permanente", com a "introdução de algumas mudas de essências nativas regionais" (fl. 206). Por esse motivo o IBAMA não aprovou o PRAD apresentado pelo requerido, mediante a seguinte fundamentação (fl. 58):

> O Ibama não aprovou nenhum dos planos enviados para análise, que se propunham a efetuar a *Recuperação Ambiental da Área Degradada*, sem a retirada, da Área de Preservação Permanente – APP, dos fatores degradantes como, construções, cercas plantios ... etc.

Mais adiante, no mesmo documento interno do IBAMA, salientou-se que o plano apresentado pelo requerido poderia "propiciar melhoria das condições ambientais do local" (fl. 58), e que o "plantio das espécies nativas, não deve ser feito de forma esparsa, como se fosse um projeto paisagístico. Deve-se reflorestar uma área da propriedade de tal forma que se tenha [...] o maior fragmento florestal possível" (fl. 59).

O laudo pericial realizada nos autos, por seu turno, confirmou que a recuperação ambiental realizada no imóvel do requerido foi feito de acordo com o PRAD rejeitado pelo IBAMA (fl. 593), mas que não é suficiente para a recomposição da APP nos termos da legislação ambiental. A esse respeito, concluiu a Sra. Perita (fl. 596) o seguinte:

> O PRAD implementado contribui para a melhoria do ambiente, mas da forma como está, não assegura a provisão dos serviços ambientais. O ideal seria que não houvesse a presença de gramínea plantada aonde foi realizado o plantio, para que a camada de serapilheira fosse formada e favorecesse a infiltração de água. Além disso, as mudas devem receber os devidos tratos culturais até que o dossel fique denso. Caso haja necessidade, as mudas devem ser repostas.

Assim, a prova dos autos, em especial o laudo pericial, demonstra que houve degradação na APP do imóvel do requerido, e que o PRAD por ele proposto e executado não foi suficiente para reparar o dano ambiental de forma a permitir que a APP volte a exercer a função ambiental prevista no art. 3º, II, da Lei nº 12.651/2012. Merece procedência, portanto, o pedido consistente em obrigação de fazer, no sentido de que o requerido recupere a APP de seu imóvel, inclusive mediante o plantio de mudas nativas que permitam a efetiva recomposição da vegetação dessa área especialmente protegida.

Por outro lado, a despeito de o requerido, na sua contestação, ter negado a existência de intervenções na faixa de 30 metros de APP localizada em sua propriedade, o PRAD por ele elaborado diz exatamente o contrário. Nesse ponto, trago à colação trecho do PRAD (fl. 206) que revela a existência de construções na APP de seu imóvel:

> As construções dentro da área de preservação permanente de 30 metros, compreende uma piscina, e uma rampa. Existem ainda duas casas, situadas aproximadamente 70 metros da margem do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Jaguara. Todas as construções já existiam quando da aquisição do referido terreno.

O laudo pericial realizado em Juízo, ademais, atestou que a piscina e a rampa de acesso para barcos continuam a existir no imóvel do requerido (fl. 584).

Quanto à piscina e eventuais outras construções, deve ser procedida a demolição. No que tange à rampa de acesso para barcos, trata-se de construção de baixo impacto ambiental, nos termos do art. 3º, X, d, da Lei nº 12.651/2012, cuja implementação é permitida em APP's, de acordo com o art. 9º do mesmo diploma legal. Assim, não verifico a necessidade de sua demolição.

Assim, merece parcial procedência o pedido da parte autora, quanto à demolição de edificações existentes na APP do imóvel do requerido.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, para condenar o requerido PEDRO SPESSOTO NETO a promover a recuperação da área de preservação permanente de sua propriedade, consistente numa faixa de 30 (trinta) metros contados desde a cota máxima normal de operação do reservatório da UHE Jaguara, mediante o cumprimento das seguintes obrigações:

a) Obrigação de fazer, consistente no plantio de mudas nativas na faixa de APP de seu imóvel, de acordo com plano que contemple a restauração da função ambiental dessa APP, nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 12.651/2012, o qual deve ser apresentado previamente ao juízo no prazo de 60 (sessenta) dias, juntamente com o cronograma de sua implementação, para fins de aprovação;

b) Obrigação de fazer, consistente na demolição de todas as construções ou benfeitorias existentes na faixa de APP de seu imóvel, com exceção da rampa de acesso para barcos, com a consequente remoção dos resíduos de construção do local, obrigação a ser cumprida no prazo de 60 (sessenta) dias; e

c) Obrigação de não fazer, consistente na abstenção da prática de qualquer ato tendente a suprimir, reduzir ou impedir a regeneração da vegetação existente na APP de sua propriedade.

Nos termos do art. 11 da Lei nº 7.347/1985, fixo multa diária, no valor de R$ 1.000,00 (mil) reais por dia, em caso de descumprimento dos comandos estabelecidos nesta sentença,

a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (Leis nº 7.347/1985 e 9.008/1995).

Condeno o requerido ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, os quais fixo no valor correspondente a R$ 5.000,00 (cinco mil reais), considerando a relativa complexidade da questão de direito posta em juízo e a necessidade de realização de prova pericial, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Por consequência, extingo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Defiro o levantamento de R$ 1.512,00 (um mil, quinhentos e doze reais), valor correspondente a 70% (setenta por cento) do montante fixado a título de honorários periciais à fl. 543, em favor da perita judicial Mayra Cristina Prado de Moraes (CRBIO nº 106333/01 D), expedindo-se o respectivo Alvará de Levantamento.

Autorizo, ainda, o levantamento do saldo remanescente dos honorários periciais depositados à ordem do juízo à fl. 361, em devolução ao réu Pedro Spessoto Neto, devendo ser expedido o competente Alvará de Levantamento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Franca (SP), de junho de 2017.

Juiz Federal JOÃO CARLOS CABRELON DE OLIVEIRA

AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
0005285-38.2012.4.03.6109

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTRO
Réus: EDSON FELICIANO DA SILVA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACIBADA - SP
Juiz Federal: FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/07/2017

Vistos em inspeção.

I – RELATÓRIO

Trata-se de *Ação Civil Pública* para responsabilização por *atos de improbidade administrativa* e ressarcimento ao erário proposta pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF,* em face de *EDSON FELICIANO DA SILVA, EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA, MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES,* objetivando, *em síntese*, o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa previstos no artigo 9º, *caput*, e inciso IV, artigo 10, *caput,* e incisos III, VIII, X, e artigo 11, *caput,* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, bem como a condenação de *EDSON FELICIANO DA SILVA* nas sanções cominadas pelo artigo 12, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, incluindo o dever de ressarcimento ao erário no importe de *R$ 165.851,97* (cento e sessenta e cinco mil oitocentos e cinquenta e um reais e noventa e sete centavos), e dos *corréus* no dever de ressarcir o erário federal, *de forma solidária*, no montante de *R$ 78.093,13* (setenta e oito mil noventa e três reais e treze centavos), em valor atualizado.

A ação foi inicialmente ajuizada em face de *EDSON FELICIANO DA SILVA, EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA, E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA*.

Relatou o *MPF* que as investigações dos atos descritos no presente feito foram iniciadas no *Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19*, através do qual se extraíram indícios de irregularidades em procedimentos de adjudicação em execuções fiscais, que tramitavam em Comarcas da Justiça Estadual, nas quais *EDSON FELICIANO DA SILVA* atuava na condição de Procurador Seccional da Fazenda Nacional.

Destacou que no curso das investigações foi constatado que, em intervalo aproximado de *04 (quatro) anos*, *EDSON FELICIANO DA SILVA*, por meio de adjudicações de bens previamente encomendados com as empresas executadas, promoveu *aquisições* no valor de *R$ 30.045.407,84* (trinta milhões quarenta e cinco mil quatrocentos e sete reais e oitenta e quatro centavos), em valor atualizado para *06/2012* (fls. 27/30), sendo que tais bens eram destinados a diversos órgãos públicos (*Gerência Executiva do INSS, Delegacia de Polícia Federal, Varas da Justiça Federal, Procuradoria da República, e Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional*), após prévio contato e oferta por parte de *EDSON FELICIANO DA SILVA* a tais órgãos, ao arrepio da *Lei Orçamentária Anual* e do princípio da *legalidade*.

Afirmou que no caso dos atos praticados no bojo da *execução fiscal nº 91/2005* (*146.01.2005.000959-2*), *objeto dos presentes autos*, a empresa executada *Perlima Metais Perfurados Ltda*. ofereceu, como pagamento de dívida fiscal, *150 (cento e cinquenta) paletes e 25 (vinte e cinco) estantes*, com valor atribuído de *R$ 71.500,00* (setenta e um mil e quinhentos reais) (fls. 81/83 – Anexo XVIII, Volume I, "C"), por intermédio de petição assinada pelos patronos da executada em conjunto com *EDSON FELICIANO DA SILVA*, o que evidenciaria a existência de prévio ajuste.

Pontuou que os bens foram aceitos por *EDSON FELICIANO DA SILVA,* consoante petição de fls. 82 (Anexo XVIII, Volume I, "C") em *12/06/2008*, e doados à Prefeitura Municipal de Piracicaba em *18/09/2008* (fls. 104 – Anexo XVIII), asseverando-se que os bens foram aceitos *sem anterior demonstração de interesse* da Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda na referida adjudicação, assim como foram, em curto intervalo, classificados como "*ociosos*" no bojo do PAJ – Procedimento de Adjudicação nº 12219.000303/2008-11 (Anexo XXI), *sem prévia realização de avaliação do seu efetivo valor.*

Alegou ainda o *Parquet* que, com o intuito de se formalizar a doação *anteriormente concretizada* (*18/09/2008*), o Município de Piracicaba, em *18/03/2009* (fls. 01 – Anexo XXI), teria formalizado solicitação exata dos bens adjudicados no bojo da execução supracitada, e que, depois de adjudicados os bens, *EDSON FELICIANO DA SILVA* teria solicitado providências à Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo (fls. 108, Anexo XVIII, volume I, "C"), no sentido de que os referidos bens fossem incorporados ao patrimônio da *União* e, na sequência, emitido termo de doação em favor da Prefeitura Municipal do Estado de São Paulo para uso pela respectiva Secretaria de Saúde.

Concluiu que, diante do contexto supramencionado, o objetivo do requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA* seria, desde o início, o de adjudicar os bens em questão para promover a respectiva doação à Municipalidade, o que redundou em prejuízo à *União* na ordem de *R$ 78.093,13* (setenta e oito mil noventa e três reais e treze centavos), em valor atualizado para *06/2012*, violando, dessa forma, princípios constitucionais da Administração Pública e exorbitando das atribuições de um procurador da Fazenda Nacional em prejuízo ao erário.

Imputou-se, ainda, ao requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA* o uso de veículo oficial, por mais de *02 (dois) anos*, em atividades *não* relacionadas com o serviço público para o qual foi investido.

Em relação à segunda conduta imputada a *EDSON FELICIANO DA SILVA,* manifestou-se o *MPF* no sentido de que teria restado apurado que aquele se utilizou do *veículo oficial GM/Astra, placa DQG 7833*, para seu *uso pessoal*, pelo período de *02 (dois) anos e 02 (dois) meses* (10/2006 a 02/2009).

Mencionou que o veículo oficial era, anteriormente, de propriedade da empresa executada *Colina Mercantil de Veículos S/A,* e que também teria sido objeto de adjudicação, no âmbito de processo de execução fiscal (nº 2006.61.09.008337-6), conforme PAJ 12219.000352/2006-92.

Noticiou ainda o *Ministério Público Federal* que *EDSON FELICIANO DA SILVA* apresentou requerimento administrativo para fins de formalização de cessão de uso do referido bem em seu favor (fls. 87 – Anexo XVI) por tempo indeterminado, sendo que, mesmo após o indeferimento do pedido administrativo (fls. 1297), teria utilizado indevidamente o bem em questão para tratar de seus interesses particulares, conforme denúncia formulada pelo servidor *Affonso Carlos Longo*, *ex-Chefe de Serviço* da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Piracicaba – SP (fls. 52/59).

A partir de tais elementos, concluiu o *MPF* pela existência de dano ao erário no importe de *R$ 87.758,84* (oitenta e quatro mil setecentos e cinquenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), correspondente ao valor mensal de aluguel de veículo similar, durante o prazo de 26 meses.

Com relação aos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA,* afirmou o *MPF* que os atos de improbidade ocorreram porque, na qualidade de chefes de diversos setores da Gerência Regional de Administração (órgão do Ministério da Fazenda responsável por administrar o patrimônio da *União*), teriam

classificado e enquadrado os bens doados à Municipalidade como "*ociosos*", em descompasso com a realidade, para fins de viabilizar formalmente a doação anteriormente mencionada, violando princípios que regem a Administração Pública.

Concluiu-se que a participação dos requeridos - *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA* - viabilizou o intento do requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA*, na medida em que teriam providenciado a incorporação dos bens em questão ao patrimônio da *União*, sob a "*falsa*" classificação de bens "*ociosos*" (fls. 111 e 115/118 – Anexo XVIII), o que importou desvio de recursos da *União*.

Imputou-se, enfim, ao réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* a violação dos seguintes dispositivos: art. 9, *caput* e inciso IV; art. 10, *caput* e incisos III, e X; e art. 11, *caput*, e inciso I; e aos corréus *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA* o art. 10, *caput* e inciso X e art. 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92.

Com a inicial vieram documentos (fls. 18/88; Peças Informativas – Anexos XVI, XVIII, Volume I, "C", e XXI).

Foi proferido *despacho ordinatório* para os fins do disposto no artigo 17, §7º, da lei nº 8.429/92 (fls. 90).

Às fls. 99/102, manifestação de *GIZELDA BRUNASSI DA SILVA VIEIRA*, por meio da qual requereu a concessão dos benefícios da gratuidade, sendo que, no mérito, pontuou que a classificação de material não é atribuição regimental da *Chefe da Equipe de Material e Patrimônio*, a qual apenas procedeu à incorporação dos bens, nada tendo deliberado quanto a sua destinação. Afirmou-se, ainda, que seria fato notório a constatação de que os referidos bens já estavam na posse do ente donatário vários meses antes da instauração do procedimento administrativo de sua incorporação material, sem que qualquer servidor da Gerência Regional de Administração tenha contribuído para esse fato. Requereu o *não recebimento* da inicial em relação à requerida *GIZELDA* no polo passivo da demanda.

Às fls. 109, procuração outorgada pelo requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA*.

Às fls. 111/123, manifestação dos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, e MARGARETE PEREIRA,* por meio da qual se invocou, inicialmente, a ausência de tipificação das condutas imputadas, assim como a ausência de má-fé. Destacou-se que os réus seguiram os termos da disciplina aplicável ao procedimento de doação dos bens descritos nos autos; que a competência para classificação dos bens não pertencia aos réus, mas, sim, à Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo, sendo que a competência para autorizar a alienação era do Gerente Regional de Administração, não possuindo os réus, sob este prisma, qualquer autonomia. Pontuaram que a classificação dos bens pode ser considerada correta, e que a atuação de *EDSON FELICIANO DA SILVA*, em entregar previamente os bens à Municipalidade, provocou uma situação *sui generis,* pois não havia mais como ofertar tais bens a outros entes, sem que tal medida implicasse prejuízo ao erário federal e ao municipal. Apresentou documentos (fls. 126/378).

Às fls. 380/383-v foi proferida decisão que reconheceu a adequação da via eleita e recebeu *parcialmente* a petição inicial, exclusivamente, em relação ao réu *EDSON FELICIANO DA SILVA,* rejeitando-se a imputação em relação aos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA E GIZELDA BRUNASSI DA SILVA*.

Citado, *EDSON FELICIANO DA SILVA* apresentou contestação (fls. 392/417), por meio da qual arguiu *preliminar de litisconsórcio passivo necessário* com o Município de Piracicaba –

SP e respectivo prefeito municipal à época; a preliminar de mérito consistente na *prescrição*. No mérito, aduziu que não houve a utilização de veículo oficial para fins particulares, assim como que não teria doado, ou mesmo solicitado a doação ou participado da doação de bens adjudicados. Defendeu ainda o procedimento de adjudicação de bens em processo de execução fiscal, pugnou pelo reconhecimento da atipicidade da conduta e da ausência de lesão, dolo ou culpa. Requereu, por fim, a improcedência dos pedidos expostos na exordial. Apresentou documentos (fls. 418/443).

Às fls. 446/450, o *MPF* requereu a emenda da inicial para incluir no polo passivo *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, MARILUCIA ANDRADE GOMES*. Naquela oportunidade, narrou o *MPF* que as requeridas, na condição de membros da *Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo da GRA/SP*, no exercício de 2009, teriam forjado uma avaliação para simular o procedimento de doação dos bens descritos nos autos à Municipalidade de Piracicaba, contribuindo de forma indispensável para a alienação prejudicial ao Erário. Reiterou o pleito de condenação dos corréus no dever de ressarcir o erário federal, *de forma solidária*, no montante de *R$ 78.093,13* (setenta e oito mil noventa e três reais e treze centavos), em valor atualizado.

Foi noticiada a interposição de recurso de *agravo de instrumento* pelo *MPF* (fls. 452/459).

Às fls. 460/464, em sede de *réplica*, o *MPF* pugnou pelo afastamento das preliminares arguidas. No mérito, contrapôs-se aos argumentos do réu sustentando que as adjudicações feitas pelo réu, por não encontrarem justificativas fáticas e amparo legal, são irregulares e constituem atos de improbidade administrativa, assim como que as provas arroladas confirmam o uso particular de veículo oficial.

Às fls. 466/467, foi proferida decisão que rejeitou a preliminar de *litisconsórcio passivo necessário*, assim como a preliminar de *prescrição*. Foi acolhida a emenda da inicial, tendo sido determinada a notificação dos requeridos listados às fls. 446/447, nos termos do artigo 17, §7º, da Lei nº 8.429/92.

Às fls. 475/477, decisão proferida pela Exma. Relatora do *agravo de instrumento* nº *0017543-40.2013.403.0000/SP* para o efeito de antecipar a tutela recursal e determinar a permanência de *MARGARETE PEREIRA* no polo passivo.

Às fls. 480/506, sobreveio manifestação dos requeridos *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, MARILUCIA ANDRADE GOMES,* por intermédio da qual foi arguida, preliminarmente, a *inadmissibilidade da emenda à inicial*, por implicar alteração dos elementos constitutivos da demanda, provocando, ainda, cerceamento de defesa, ante o advento de confusão, incerteza e dúvida nos autos, quanto à causa de pedir; a *inépcia da inicial* por ausência de descrição do suposto liame subjetivo entre o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* e as requeridas; além da ausência de individualização das condutas supostamente ímprobas das notificadas. Arguiu-se, ainda preliminarmente, o *litisconsórcio passivo necessário*, ante a inviabilidade de prosseguimento do feito pela não inclusão no polo passivo da demanda do Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda em São Paulo, responsável pela doação dos bens. No mérito, afirmaram que não atuavam nas lides judiciais; que não possuem responsabilidade sobre os atos supostamente ímprobos do réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*; que agiram tendo por parâmetro os elementos que dispunham no momento específico, sendo que a documentação já teria percorrido o crivo de seus superiores hierárquicos. Requereram, por fim, o acolhimento das preliminares, ou, no mérito, a rejeição da inicial emendada. Apresentaram documentos (fls. 507/520).

Às fls. 539, comunicação eletrônica noticiando decisão proferida pelo E. TRF da 3ª Re-

gião para o efeito dar provimento ao *agravo de instrumento* interposto pelo *MPF*, tendo sido determinada a permanência no polo passivo do feito dos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, e MARGARETE PEREIRA*.

Citado, às fls. 553/569, o réu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS* apresentou contestação, por intermédio da qual aduziu que a mera assinatura do contestante no documento de fls. 51 não poderia, por si só, constituir indício de participação em ato de improbidade; que não existiu conluio entre o réu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS* e o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA;* que a conduta imputada é atípica; que o procedimento de doação seguiu todas as diretrizes exigíveis; que o contestante teria observado as formalidades legais; que, sob o ponto de vista hierárquico, não seria o responsável pelos procedimentos descritos nos autos; que a realização de prévia vistoria não seria exigível na hipótese em cena; que a conduta do contestante não contribuiu para o resultado; que não havia qualquer impedimento na classificação dos bens como "ociosos"; que o pedido de condenação do réu é desproporcional em face dos atos supostamente praticados; que não há provas para condenação do contestante. Requereu, por fim, a improcedência do pedido exposto.

Às fls. 571/575, sobreveio manifestação do *Parquet* para requerer a decretação da revelia da ré *MARGARETE PEREIRA,* assim como para pugnar pelo recebimento da inicial, e de sua emenda, prosseguindo-se a instrução processual, com observância do contraditório e da ampla defesa.

Às fls. 577, manifestação da *UNIÃO* para requerer o ingresso no polo ativo da demanda, na qualidade de *assistente litisconsorcial*.

Às fls. 578/581, foram trazidos aos autos documentos relativos aos *atos de julgamento e relatório final* do procedimento administrativo nº *00406.003920/2009-63*, conforme despacho de fls. 115 proferido na Ação Civil Pública nº *0009533-81.2011.403.6109*.

Às fls. 582/589-v foi proferida decisão que decretou a revelia de *MARGARETE PEREIRA*, admitiu o ingresso da *UNIÃO* no polo passivo, afastou as preliminares de *inépcia da inicial, litisconsórcio passivo necessário, inadmissibilidade de emenda da inicial,* tendo, ainda, recebido a inicial em fase de *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES,* determinando-se outras providências ao prosseguimento do feito.

Às fls. 603/605, manifestação da ré *MARGARETE PEREIRA*.

Às fls. 636/638, manifestação das corrés *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES* arrolando testemunhas, e às fls. 642/682 apresentaram sua *contestação*, por meio da qual arguiram, *preliminarmente*, a inadmissibilidade da emenda do MPF por alterar os fatos constitutivos da demanda e em razão das afirmações acentuadamente genéricas, inépcia da inicial e de sua emenda por ausência de descrição de liame subjetivo entre o corréu *EDSON FELICIANO* e os demais corréus, a inexistência de individualização das condutas ímprobas, a inviabilidade de prosseguimento ante a não inclusão do Gerente Regional de Administração, e, no mérito, alegaram a inexistência de avaliação fictícia, e que não possuíam qualquer responsabilidade pelos atos supostamente praticados pelo procurador da Fazenda Nacional, baseando-se nos elementos que dispunham no momento específico, não se podendo falar em ato ímprobo na sua conduta. Citaram precedentes. Quanto ao valor de ressarcimento, sustentaram não haver prejuízo, pois o interesse público fora resguardado com a doação de bens para atendimento das necessidades do Município de Piracicaba – SP.

Às fls. 686/686-v foi proferida decisão que reconsiderou a decretação de revelia da ré *MARGARETE PEREIRA*, concedeu os benefícios da gratuidade à *MARIA APARECIDA GOMES,*

VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES, afastou as preliminares arguidas e deu outras providências para prosseguimento do feito.

Às fls. 688/690 sobreveio *r.* decisão do TRF da 3ª Região para negar seguimento ao recurso interposto contra decisão que recebeu a inicial em face de *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES.*

Às fls. 693/694, *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS* apresentou rol de testemunhas.

Às fls. 732/733, o *Parquet* apresentou rol de testemunhas.

Às fls. 734 as rés *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES* vieram aos autos reiterar os termos da contestação já apresentada.

Às fls. 736 foi proferido *despacho ordinatório.*

Às fls. 745/746, o réu *EDSON FELICIANO* apresentou rol de testemunhas.

Às fls. 748 foi proferido *despacho ordinatório.*

Às fls. 772/794 foi interposto recurso de *agravo retido.*

Em 09/09/2015 foi realizada audiência de instrução, oportunidade na qual o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* prestou seu depoimento pessoal, tendo sido realizada a oitiva das testemunhas *Affonso Carlos Longo,* e *Paulo Roberto de Oliveira* (fls. 795/799; Mídia – fls. 800). Naquela oportunidade, foi homologada a desistência de oitiva da defesa do réu *EDSON FELICIANO* em relação às testemunhas *Graciela Mazoni, Alexandre Carnevalli, Eloísa Marques, Paulino Naoki, Thais Gibelli e Deise Xavier*; deferida a oitiva de *Carla Regina Rocha* e *Solange Aparecida dos Santos Basque;* o aditamento de carta precatória a fim de que fosse prestado o depoimento pessoal de *MARGARETE PEREIRA*; expedição de ofício à PSFN-Piracicaba requisitando-se cópia dos mapas de controle de utilização do veículo GM Astra debatido nos autos; e recebido o *agravo retido* interposto.

Às fls. 826/848 a PSFN – Piracicaba trouxe aos autos o mapa de utilização de veículo debatido nos autos.

Regularmente deprecada, foram realizadas as oitivas e prestados os depoimentos pessoais de *Carla Regina Rocha* (fl.889), *Marilucia Andrade Gomes, Maria Apafecida Gomes, Vaneide Maria de Lima, Gizelda Brunassi da Silva, Sérgio Aparecido dos Santos* (fls. 943/950-v), e de *Edson Carlos Oda dos Santos* e de *Solange Aparecida dos Santos Basque* (Mídia - fls. 970).

As *alegações finais* do *MPF* foram apresentadas às fls. 973/990-v. Apresentou documentos (fls. 991/1001).

MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES apresentaram *alegações finais* às fls. 1006/1040.

EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS e *MARGARETE PEREIRA,* por sua vez, apresentaram suas *alegações finais* às fls. 1041/1060.

A defesa de *EDSON FELICIANO DOS SANTOS* quedou-se inerte (fls. 1061).

O julgamento foi convertido em diligência a fim de fosse concedida vista à *União* para que, querendo, apresentasse suas *alegações finais* (fls. 1065).

Manifestação da *UNIÃO* às fls. 1068 *apenas* para pontuar que reitera as *alegações finais* do *MPF.*

Na oportunidade, vieram os autos conclusos para *sentença.*

É a síntese do necessário.

FUNDAMENTO e DECIDO.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, e afastadas as matérias preliminares arguidas, *passo* às seguintes considerações.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II. I - Das Considerações Iniciais.

II. I. A. Da ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

A presente ação, disciplinada no artigo 17 da Lei 8.429/92, tem seu assento no art. 37, § 4º da Constituição da República, sendo manifesto seu caráter repressivo, já que se destina, precipuamente, a aplicar sanções de natureza pessoal, semelhantes às penais, aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 12 da referida Lei, sendo seu *objeto principal a aplicação de sanções punitivas de caráter pessoal, que, do ponto de vista substancial, têm absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5º, XLVI da Constituição*, a saber: *a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.*[1]

Bem se percebe, pois, consoante lição de *Teori Zavascki*[2], que, embora as sanções por improbidade, como decorre do art. 37, § 4º da Constituição, tenham natureza político-civil e não propriamente penal, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as consequências práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não-criminal, produz as consequências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, arts. 59; 61, I; 63; 77, I; 83, I; 110; 155, § 2º e 171, § 1º). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal.

E, neste contexto, revela-se, pois, *a aplicabilidade dos princípios gerais do direito penal ao direito sancionatório*, com certos matizes, conforme lição de *Eduardo García de Enterría*[3], uma vez que ambos *são manifestações do ordenamento punitivo do Estado, a sobrelevar especialmente*, ressalte-se, a incidência do *princípio da proporcionalidade*, tido como princípio próprio do Estado de Direito e de garantia penal, no âmbito da *dosimetria das sanções* a serem aplicadas, exigindo-se, assim, plena correspondência entre a infração e a sanção, com interdição de medidas desnecessárias ou excessivas.

Com efeito, não por outra razão, a *LIA – Lei de Improbidade Administrativa* previu o sancionamento civil, administrativo, sem prejuízo do penal por condutas de agentes públicos que mereçam reprovação exacerbada, em vista da violação de valores de grande relevo ou da produção de efeitos de grande nocividade, ou, em outros termos, da constatação de irregularidades diferenciadas, *mediante produção de danos extremamente graves ou em que o elemento subjetivo violenta chocantemente os padrões exigidos*, o que passa a exigir uma punição ainda

1 STJ, REsp 1.163.643/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, *j.* 24.03.2010.
2 *Ibid.*
3 *Curso de direito administrativo*. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

mais severa do que a máxima prevista, ultrapassando a relação administrativa existente e acarretando a eliminação ou a restrição de poderes jurídicos alheios àqueles em cujo âmbito a infração foi consumada. Sobreleva-se, pois, a sanção a uma dimensão de aversão pública, levando ao conhecimento de todos a prática de infrações odiosas e sua submissão a sanções dotadas de gravidade extrema[4].

Neste aspecto, há, pois, improbidade por *(i) reprovabilidade extraordinária*, que se verifica nos casos em que o sujeito atua dolosamente para *violar os deveres inerentes à função pública*, de modo a gerar resultados ilícitos, eis que o agente, neste caso, está a atuar de forma consciente e voluntária com o intento de violar a ordem administrativa; e improbidade por *(ii) danosidade extraordinária*, a revelar a reprovação resultante da conduta do agente que produz um *dano insuportável e inadmissível* no âmbito da atividade administrativa, sendo certo que a probabilidade de dano extraordinário está a exigir do agente que atue consoante *dever de diligência especial*[5], considerando-se que o sistema constitucional e legal *não tolera ingenuidade no trato da coisa pública*, ainda que *não* afirme a responsabilidade objetiva do exercente da função pública. A legalidade como condição para atuação administrativa – fazer somente a partir de expressa e prévia autorização legal – impede que o agente se escuse na ingenuidade, no desconhecimento do risco ou no amadorismo, sendo sempre possível delimitar a probabilidade de conhecimento ou não do ímprobo agir, medida pela experiência ordinária, e não atuará em benefício do agente a mera alegação de que ele não tomou direito conhecimento, que será tanto maior quanto mais elevado é o cargo ou a função exercida, e tanto maior quanto mais excepcional for o ato / contrato praticado (pelo valor, natureza, pelas partes envolvidas), razão pela qual *não* se escusa na inobservância de deveres objetivos de cuidado[6].

Trata-se, neste caso, de levar em consideração, para fins de verificação de qualquer ato de improbidade administrativa, os aspectos relativos ao *desvalor da ação*, que significa voltar os olhos aos aspectos personalíssimos do causador do ilícito, e ao *desvalor do resultado*, a ser perquirido diante da presença de um resultado material concreto, necessários para atestar, com o maior acerto possível, a efetiva ocorrência do ilícito[7].

Ora, trata-se da *tutela da probidade*, ou seja, da *canonização da honestidade no exercício de funções públicas*, que decorre do *princípio da moralidade* constante do *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988, o qual informa, a um só tempo, a organização da Administração Pública direta e indireta e é imposto como dever de conduta aos que exercitam funções públicas de qualquer natureza e integra o rol de direitos fundamentais do cidadão (o direito à administração proba)[8].

Cuida-se, de outro modo, da *reação jurídica à atuação desconforme a pautas como ética, boa-fé, boa administração, lealdade, honestidade, e que se enraíza no mais puro sentido republicano de responsabilidade amalgamado ao direito subjetivo público a uma administração pública honesta*[9].

---

4 JUSTEN FILHO, Marçal. Contratação temporária e a configuração de ato de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

5 *Ibid.*

6 ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

7 MONTEIRO DE BARROS, Rodrigo Janot; AMORIM JÚNIOR, Sílvio Roberto de Oliveira. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

8 ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. *In: idem.*

9 *Ibid.*

A improbidade não se identifica, portanto, com a mera irregularidade ou simples ilegalidade, eis que *apenas ocorre em face de grave comportamento ofensivo à ética pública que seja reveladora da inabilitação para o exercício de função pública, de maneira que, em princípio, só há lugar para a caracterização da improbidade havendo má-fé*[10].

II. I. B. Dos atos de improbidade administrativa (artigos 9º, 10 e 11 da LIA).

No *artigo 9º* da legislação de regência temos a previsão das *condutas que geram enriquecimento indevido* para um agente público, configurando-se a infração pela prática de uma conduta ilícita que acarreta um resultado econômico em benefício do agente público, ou de alguém por ele indicado. O aspecto material da infração exige a prática de conduta ativa ou omissiva inválida, configurando-se, no entanto, a improbidade, quando a conduta do agente for a causa eficiente de um ganho patrimonial. O elemento subjetivo, *in casu,* é representado pelo *dolo*, não sendo a *culpa* apta a gerar improbidade nos casos em questão, na medida em que o substrato material consiste na *prática de conduta irregular orientada à obtenção de um enriquecimento indevido*[11].

No *artigo 10,* a *LIA* disciplina as hipóteses em que a *conduta irregular do agente administrativo gera prejuízo ao erário.* Tal como no caso do artigo 9º, consuma-se a conduta ímproba em vista de uma relação de *causalidade entre um resultado danoso (prejuízo ao erário) e um efeito imputável ao agente (infração à ordem jurídica),* de modo que não existe improbidade quando a infração à ordem jurídica não gerar prejuízo ao erário, da mesma forma em que não haverá improbidade quando o prejuízo não resultar, por uma relação de causalidade, da conduta irregular do agente. E o prejuízo ao erário se configura quando ocorrer uma redução patrimonial não acompanhada de um benefício patrimonial. E quanto ao elemento subjetivo, a improbidade nestes casos se aperfeiçoa mediante o *dolo*, envolvendo não apenas a irregularidade, mas também o resultado danoso derivado, sendo a *culpa* suficiente nos casos em que a danosidade da conduta for especialmente relevante[12].

Além disso, há que se considerar que as condutas descritas no artigo 10 da *LIA demandam comprovação de dano efetivo ao erário público, não sendo possível caracterizá-lo por mera presunção*[13].

Por fim, em relação ao *artigo 11*, está prevista a conduta violadora de princípios fundamentais que norteiam a atividade administrativa, sendo certo que os incisos do referido dispositivo descrevem condutas que envolvem a violação a regras[14].

Os princípios norteadores da atividade administrativa estão previstos na Constituição, de forma que a improbidade do *caput* do artigo 11 consiste essencialmente na violação à Carta Magna, enquanto a improbidade dos artigos 9º, 10 e incisos do artigo 11 materializam infrações à disciplina concreta e contemplada em regras constitucionais e infraconstitucionais[15], considerando-se que, como assinalado na jurisprudência pátria[16], o aperfeiçoamento da improbidade do artigo 11 da *LIA não* necessita da existência de resultado prático danoso, o que está a exigir a *verificação de conduta eivada de reprovabilidade intensa*[17].

10 *Ibid.*
11 JUSTEN FILHO, Marçal. Contratação temporária e a configuração de ato de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
12 *Ibid.*
13 STJ, REsp 1.228.306/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *j.* 09.10.2012.
14 *Op.Cit.*
15 *Op.Cit.*
16 STJ, REsp 1.164.881/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Campbell Marques, *j.* 14.09.2010.
17 *Op.Cit.*

Em relação ao elemento subjetivo, a improbidade, neste caso, somente se configura na presença de *dolo* dotado de extrema reprovabilidade[18], fundado na *manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade e da impessoalidade*[19], ou seja, não há cabimento em punir por improbidade de uma conduta que, embora reprovável, revele um elemento subjetivo não orientado à violação de valores fundamentais. A culpa grave e a conduta desastrosa *não* são suficientes para enquadrar a conduta no âmbito da improbidade[20].

Feitas estas considerações, *passo* ao exame do mérito.

II. II – Da adjudicação levada a efeito no âmbito da execução fiscal nº 91/2005 (146.01.2005.000959-2) – réu EDSON FELICIANO DA SILVA.

II. II. A. Da imputação.

O *MPF* imputa, num primeiro momento, ao réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* a prática de ato de improbidade administrativa decorrente dos fatos a seguir expostos.

Afirmou-se que, no caso dos atos praticados no bojo da *execução fiscal nº 91/2005* (*146.01.2005.000959-2*), *objeto dos presentes autos*, a empresa executada *Perlima Metais Perfurados Ltda.* ofereceu, como pagamento de dívida fiscal, *150 (cento e cinquenta) paletes de ferro e 25 (vinte e cinco) estantes*, com valor atribuído de *R$ 71.500,00* (setenta e um mil e quinhentos reais) (fls. 81/83 – Anexo XVIII, Volume I, "C"), por intermédio de petição assinada pelos patronos da executada em conjunto com *EDSON FELICIANO DA SILVA*, o que evidenciaria a existência de prévio ajuste.

Pontuou-se que os bens foram aceitos por *EDSON FELICIANO DA SILVA,* consoante petição de fls. 82 (Anexo XVIII, Volume I, "C") em *12/06/2008*, e doados à Prefeitura Municipal de Piracicaba em *18/09/2008* (fls. 104 – Anexo XVIII), asseverando-se que os bens foram aceitos *sem anterior demonstração de interesse* da Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda na referida adjudicação, assim como foram, em curto intervalo, classificados como "*ociosos*" no bojo do PAJ – Procedimento de Adjudicação nº 12219.000303/2008-11 (Anexo XXI), *sem prévia realização de avaliação* do seu efetivo valor.

Alegou ainda o *Parquet* que, com o intuito de se formalizar a doação *anteriormente concretizada* (*18/09/2008*), o Município de Piracicaba, em *18/03/2009* (fls. 01 – Anexo XXI), teria solicitado exatamente os bens adjudicados no bojo da execução supracitada, e que depois de adjudicados os bens, *EDSON FELICIANO DA SILVA* teria solicitado providências à Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo (fls. 108, Anexo XVIII, volume I, "C"), no sentido de que os referidos bens fossem incorporados ao patrimônio da *União* e, na sequência, fosse emitido termo de doação em favor da Prefeitura Municipal do Estado de São Paulo para uso pela respectiva Secretaria de Saúde.

Concluiu-se que, diante do contexto supramencionado, o objetivo do requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA* seria, desde o início, o de adjudicar os bens em questão para promover a respectiva doação à Municipalidade, o que redundou em prejuízo à *União* na ordem de *R$ 71.500,00* (setenta e um mil e quinhentos reais)[21], violando, dessa forma, princípios constitucionais da Administração Pública e exorbitando das atribuições de um procurador da Fazenda Nacional em prejuízo ao erário.

18 *Op. Cit.*
19 STJ, REsp 765.212/AC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, *j.* 02.03.2010.
20 JUSTEN FILHO, Marçal. Contratação temporária e a configuração de ato de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
21 Valor retificado, consoante manifestação do *Parquet* às fls. 975-v.

A imputação fundou-se, como exposto às fls. 975-v, nos seguintes aspectos:

> (...) *a)* na *ausência de avaliação idônea dos bens adjudicados*, fator a ensejar prejuízo ao erário, na medida em que viabilizou abatimento da dívida ativa em valor superior ao do proveito econômico obtido com a adjudicação; *b)* no *desvio de finalidade do ato de adjudicação*, movido, desde o início, pela vontade de doar os bens ao município de Piracicaba; *c)* na *incompetência do réu EDSON FELICIANO DA SILVA em realizar as adjudicações e destinações da forma como procedido*, em fraude à necessidade de licitação e ofensa à legalidade estrita (...) (g. n.).

O *MPF* pleiteou, assim, o reconhecimento da prática dos atos de improbidade administrativa previstos no *artigo 10, incisos III e X*, no que tange, respectivamente, à pretensa doação de bens sem observância das formalidades legais e regulamentações aplicáveis à espécie, e à atuação negligente na conservação do patrimônio público, a par do disposto no *artigo 11, inciso I*, todos da *LIA,* ante a adjudicação visando fim diverso daquele previsto na regra de competência.

II. II. B. Da defesa.

Em sede de *contestação*, o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* sustentou, *em síntese,* que a adjudicação constitui ato jurídico perfeito e acabado sob a égide de controle judicial; que a adjudicação constitui forma preferencial de satisfação do crédito prevista em lei; que o réu solicitou a doação e não doou os bens adjudicados; que o requerido não teve qualquer participação no procedimento de doação dos bens e nada decidiu a respeito; que o Prefeito Municipal de Piracicaba solicitou à GRA a doação dos bens; que a proposta de doação foi firmada no âmbito da GRA e decidida pelo Gerente Regional; que a doação dos bens para utilização nos serviços de saúde do Município não caracteriza ato de improbidade administrativa; que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Colocou, ainda, que a doação dos bens atendeu interesse público do serviço de saúde municipal; que nunca houve desvio de finalidade ou abuso de poder; que a *União* não sofreu qualquer prejuízo material ou moral, pois doou bens para o serviço público de saúde, que também é de sua responsabilidade; que o réu agiu de boa-fé, com lisura, honestidade e probidade no exercício da função pública; que estava totalmente ausente o dolo de beneficiar quem quer que seja; que não estão configurados dolo ou culpa; que não havia qualquer tipo de regulamentação no procedimento de adjudicação; que, em razão de todo o exposto, o pedido condenatório deve ser rejeitado.

II. II. C. Da prova oral colhida.

Sobre o ponto, eis o *sumário da prova oral colhida.*

O réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*, em sede de depoimento pessoal (fls. 795/800), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Acerca do início das adjudicações, declarou que a PFN possuía estrutura em más condições; que sempre foram negados pedidos de aquisição equipamentos ou mobiliários; que soube pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional, depois Advogado-Geral da União, que não havia verbas sequer para o pagamento de aluguéis de eventuais futuras unidades do órgão e que os Procuradores deveriam se socorrer da adjudicação para a aquisição de bens; que, com o surgimento de algumas oportunidades de adjudicação, começou a entrar em contato com outras unidades, assim como a realizar adjudicação de bens para equipar as unidades da PFN.

Posteriormente, pontuou o réu, que outros órgãos passaram também a solicitar equipamentos, talvez por ficarem sabendo das adjudicações feitas para equipar as unidades da PFN,

como por exemplo, a Justiça Federal em Piracicaba, a Delegacia da Polícia Federal em Piracicaba, o Ministério Público Federal em Piracicaba, além da Prefeitura Municipal de Piracicaba; que, então, nestas situações, ele pedia ao *Sr. Affonso*, Chefe de Serviço Administrativo, que entrasse em contato com os órgãos para saber de sua real necessidade, assim como com as empresas, para verificar se alguma delas possuía os referidos bens e se tinham interesse em oferecê-los em adjudicação; que não oferecia equipamentos aos órgãos; que somente recebia os pedidos por ofício, às vezes após conversa pessoal com o representante do órgão; que o réu também, nas execuções fiscais, verificava se havia a possibilidade de algum devedor ter os bens dos quais os órgãos necessitavam; que tinha contato com os advogados dos processos para verificar a possibilidade de serem oferecidos pela empresa os bens de que os órgãos necessitavam, mas que o contato era basicamente esse; que, a partir da identificação da empresa que possivelmente poderia fornecer o bem, prosseguia com a conversa com os advogados; que com as empresas não tinha contato.

Manifestou, ainda, que não teve contato próximo com empresas, ou reunião nas empresas ou na PFN; que, sobre a definição de quantidade e de qualidade, afirmou que não participava das escolhas, pois, quando da requisição de materiais pelos órgãos, já era apontada a descrição das características; que o pessoal do Administrativo entrava em contato com os órgãos requerentes para saber a quantidade; que, sobre a qualidade, afirmou que sempre primou por ela, para que os bens pudessem ser usados pelos órgãos com certa durabilidade; que até o surgimento de tais *problemas de adjudicação*, não havia regulamentação para o instituto, que foi feita posteriormente pela AGU; que era requerido o apoio da GRA (que cuida da parte de contratos, de licitações, etc.) como costume, ao menos no Estado de São Paulo, por ter funcionários mais técnicos (como por exemplo, engenheiros), não por ter a GRA esta atribuição ou obrigação, mas somente pela falta de estrutura da PFN; que na GRA tinha muito contato com o Sr. *Edson Oda*; que os funcionários da GRA são profissionais sérios; que, com relação ao parâmetro utilizado para saber até onde ia o interesse público na adjudicação, disse o depoente que o parâmetro era a necessidade da aquisição do bem por algum órgão.

Mencionou, inclusive, que sempre procurou ajudar, principalmente os órgãos federais, pois sabe da ausência de verbas; que nunca quis beneficiar alguma empresa ou fraudar a *União*; que se eventualmente cometeu algum erro, não foi proposital e que não teve consciência da ocorrência da atual situação.

Salientou que, hoje, transcorrido longo prazo após as adjudicações, ainda entende que sua conduta foi benéfica por ter atendido utilidade pública; que não se arrepende das atitudes que tomou com a intenção de ajudar; que ninguém obteve, por meio das adjudicações, vantagem pessoal, pecuniária ou política.

Colocou que, da sua parte, não houve conluio para fraudar a *União* e que acredita que da parte da GRA também não houve; que desde que houve o apontamento de problemas, declinou do seu sigilo fiscal, bancário e telefônico, incluindo o de sua esposa; que na época dos fatos estava com problemas financeiros que levaram cinco anos para serem sanados, o que demonstra que não obteve vantagem financeira.

Sobre o caso dos autos, declarou que a adjudicação e a destinação dos bens à *Prefeitura Municipal de Piracicaba* não foi de má-fé, tampouco crê que houve ofensa à lei, e que foi por ofício a solicitação dos *paletes* para que a *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba/SP* pudesse armazenar medicamentos e/ou equipamentos.

Com relação à empresa *Perlima*, viu a possibilidade de adjudicar bens, e que, sobre as esferas da Administração a serem atendidas, disse que, além da esfera da *União*, somente deve

ter atendido este caso da *Prefeitura de Piracicaba*.

Quanto aos *paletes* adjudicados, acerca de sua incorporação ao patrimônio da *União* com a destinação para a *Prefeitura de Piracicaba*, afirmou que a realização da doação não cabe ao Procurador da Fazenda, tendo sido encaminhado o expediente para a GRA; que, sobre ter informado à GRA que o pedido da doação foi feito antes da adjudicação dos *paletes*, afirmou que sim; que, sobre ter realizado adjudicação de bens que não eram de interesse primário da *União*, afirmou somente que os bens eram de interesse da *Prefeitura Municipal de Piracicaba*; que não imaginou óbice ou contrariedade a algum regulamento.

Disse, ainda, que não negociou com a empresa *Perlima* (de Cordeirópolis) quanto à avaliação dos bens de modo mais favorável para a *União*; que não sabe como foi feito o percurso dos bens de Cordeirópolis a Piracicaba; que se baseou, quanto aos valores dos bens, na avaliação feita pela empresa sob Execução Fiscal, submetendo à apreciação do Setor Administrativo; que essa apreciação pela GRA era feita como um obséquio; que não vislumbrou em momento algum que sua conduta poderia trazer algum prejuízo ao erário; que não sabe por que um expediente interno da Prefeitura sobre a doação data de set/2008, sendo que o requerimento de doação data somente de 18/03/2009; que realmente os bens adjudicados, conforme alegado na defesa dos corréus, já seguiam para a GRA com sua indicação para doação.

Ainda quanto aos *paletes*, indagado pelo *MPF* com relação à avaliação dos bens, o depoente disse que na conversa prévia com os advogados das executadas (para questionar se era possível o oferecimento de bens), também era conversado sobre as avaliações; que com relação à avaliação que antecedeu a adjudicação dos *paletes* se lembra de ter conversado com a GRA sobre os valores.

Afirmou, também, que, quando da conversa com o advogado da Perlima, recordou-se o depoente que questionou se havia os *paletes* e as estantes de ferro e que a resposta foi positiva; que achava que eles já possuíam os bens; que, para adiantar, poderia o advogado da *Perlima* levar a petição para o depoente-réu dar um *"de acordo"* e juntar aos autos.

O depoente não se recordou, neste caso específico, se houve acerto sobre os valores na conversa preliminar, tendo declarado, em acréscimo, que para a avaliação de bens móveis, em geral pedia auxílio informal da GRA; que a GRA prestava esse tipo de auxílio para o estado inteiro, não somente para Piracicaba; que o pessoal da GRA devia se basear nas petições para estimar as avaliações dos bens; que neste caso dos *paletes* a consulta à GRA também foi formal.

Também sobre a avaliação, declarou que não sabe se a GRA avaliava alguns bens fisicamente, além do documento; que provavelmente os *paletes* e as estantes de ferro não foram fisicamente levadas à GRA para avaliação; que não se lembra especificamente com quem da GRA conversou no caso da *Prefeitura de Piracicaba*; que a conversa com a GRA com relação aos *paletes* deve ter sido iniciada pelo próprio depoente; que ninguém da GRA questionou sobre a doação ser para órgão municipal; que por essa razão o réu também não percebeu ser algo *"imoral, ilegal, impossível"*.

Sobre a qualidade, declarou que, apesar de os paletes não terem ido fisicamente para a GRA, pela descrição era possível ser feita uma avaliação da qualidade; que não sabia se foi enviada uma amostra, foto, etc. à GRA;

Sobre o procedimento adotado, ainda indagado pelo *MPF,* declarou que não sabe explicar o motivo pelo qual o ofício da Prefeitura solicitando os materiais veio depois da doação efetiva dos materiais; que acha que foi o Secretário Municipal de Saúde de Piracicaba quem pediu os *paletes* e as estantes; que não se lembra do nome dele; que não conversou pessoalmente com o Secretário.

Indagado pela *UNIÃO*, por intermédio da *AGU*, sobre os benefícios que as devedoras eventualmente teriam em oferecer bens para adjudicação ao invés de realizar o pagamento, manifestou o réu que a vantagem era a oferta de bens aos órgãos que a *União* jamais poderia fornecer; que não sabe sobre eventuais vantagens das empresas.

Pontuou que há estudos sobre a não efetividade das execuções fiscais (prescrição do crédito, bens não a contento, desaparecimento das empresas); que ele observava a vantagem para o órgão (ponto de vista da Fazenda) e não para a executada; que é melhor adjudicar bens do que nada receber; que não via prejuízo, já que uma das formas de liquidação do crédito tributário é a adjudicação; que, sobre eventuais consultas a órgãos superiores da Fazenda, o réu disse que, pela falta de regulamentação, assim como por orientações passadas pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional em reuniões das quais participou o réu, não havia a necessidade de se consultar ou obter aprovação de instâncias superiores antes de se realizar a adjudicação; que não chegou a pensar na possibilidade de a GRA não concordar com a doação dos *paletes* à Prefeitura de Piracicaba; que não pensou que talvez a *União* tivesse que ficar com os paletes como pagamento de um crédito tributário.

Em sede de *acareação*, com relação às adjudicações dos *paletes*, destaca-se que *EDSON FELICIANO* declarou, em relação ao ocorrido após o pedido da Prefeitura, quanto ao processo de escolha da executada, que sabia a empresa que fabricava esse tipo de produto; que não se recorda se de pronto o advogado concordou com o oferecimento dos bens; que entrava em contato com as empresas para verificar se poderiam e queriam oferecer bens; que não havia devedor previamente vinculado, mas havia a consulta às empresas para verificar se poderiam oferecer os bens solicitados pelos órgãos.

Indagado pelo *MPF* acerca de eventual consulta à GRA previamente à adjudicação, o réu declarou que a adjudicação é competência do Procurador. A GRA não poderia discordar.

Por fim, declarou o réu que o interesse público era comprovado pelos ofícios dos órgãos requerendo bens, e que não havia juízo de interesse ou não da *União*.

A testemunha *Paulo Roberto de Oliveira*, ouvida em Juízo (fls. 795/800), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Sobre os procedimentos de adjudicação, disse que vinham as cartas de adjudicação e que estas cartas poderiam estar relacionadas a mais de um processo; que eram separados os processos administrativos das execuções; que fazia uma planilha com o valor da carta de adjudicação, com os montantes dos débitos dos processos administrativos correspondentes e levava ao conhecimento do PFN *Edson FELICIANO*; que o PFN *Edson FELICIANO*, por sua vez, dava um "*ok*" determinando a imputação.

Afirmou que não havia conversas preliminares antes da chegada da carta de adjudicação; que quando chegava ao conhecimento da testemunha, a decisão judicial já havia sido tomada; que nunca participou de reuniões com empresas executadas; que não sabe como eram escolhidos os bens a serem adjudicados; que os bens já chegavam para a testemunha com o valor definido; que nunca viu negociação em torno do valor dos bens; que realizava somente o encontro de contas entre os valores oferecidos judicialmente e os débitos das executadas; que ele acha que o Setor de Patrimônio foi consultado acerca da qualidade de alguns bens quanto à ergonomia, mas que não sabe detalhes; que, em nenhum momento, o PFN *Edson FELICIANO* pediu à testemunha que intermediasse contato com *São Paulo* para verificação da qualidade e do valor de mercado dos bens adjudicados; que a Gerência em São Paulo não passou qualquer medida ou cautela a ser adotada nos procedimentos de adjudicação; que ao mandar os primeiros procedimentos administrativos de adjudicação, e não havendo qualquer

problema, pensou estar correto o procedimento; que não sabe de quem veio a ideia de se iniciarem as adjudicações.

Afirmou que já viu pessoas e advogados da *Dedini*, da *Perlima* e da obra na sede da PSFN, mas que não sabe se estavam tratando do assunto adjudicação; que nunca participou de reuniões com empresas; que os pedidos dos órgãos requisitando as doações ficavam nos processos de adjudicação; que ao término dos procedimentos administrativos, geralmente o PFN *Edson FELICIANO* já colocava um ofício, antes de ir para a GRA, em que era informado se os bens ficariam na Seccional ou se iriam ser destinados a algum outro órgão; que não tem conhecimento se alguns bens eram ofertados pelo PFN *Edson FELICIANO* a outros órgãos.

Sobre a diferença de datas entre o recebimento dos bens em doação pelo Município de Piracicaba e o ofício que solicitou a doação dos *paletes*, disse que, pelo que soube, após o recebimento efetivo dos bens, a Prefeitura precisou publicar um Decreto para a formalização do recebimento dos *paletes*; que acha que foi um procedimento necessário para a Prefeitura; que não foi feito em conjunto com a Procuradoria;

Declarou a testemunha que somente fazia os procedimentos administrativos para encaminhar à GRA; que não viu fisicamente os *paletes*, e que só os viu pela carta de adjudicação; que não sabe se alguém os avaliou fisicamente; que nos procedimentos que a testemunha instruía não havia avaliação de mercado, pois eram iniciados com a carta de adjudicação com o valor já definido; que não tem conhecimento de que em algum momento funcionários da GRA fizeram avaliações dos *paletes* a serem doados a Piracicaba.

Sobre os demais réus, não se recorda de ter feito contato, além do PFN *Edson FELICIANO*, durante o procedimento da adjudicação em questão; que o seu contato mais corriqueiro com a Gerência se dava com a *Sra. Giselda*, por ser ela a Chefe da Equipe de Materiais/Suprimentos. Além do PFN *Edson FELICIANO*, mencionou que podem eventualmente ter ligado para a testemunha para tirar alguma dúvida sobre os bens adjudicados que permaneceram na Procuradoria (Ex.: medidas e quantidade de material); que não teve contato físico com os bens adjudicados que não permaneceram na Procuradoria; que somente soube dos bens por meio dos documentos; que não sabe quando os outros órgãos passaram a requerer doação de bens adjudicados; que não recebia ligações de outros órgãos com tais pedidos; que estima que 30% dos bens adjudicados não ficaram na Procuradoria; que, quanto aos bens destinados para estados e municípios, só se recorda deste caso de Piracicaba.

Indagado pelo *MPF*, afirmou que não tinha contato com as empresas para verificar se possuíam os bens dos quais os órgãos necessitavam; que o *Sr. Afonso* não tinha contato com os processos de adjudicação em si, mas que tinha conhecimento das cartas de adjudicação; que não se lembra, especificamente, quanto ao caso dos *paletes*, de o *Sr. Afonso* ter passado alguma orientação.

Salientou que a primeira adjudicação foi noticiada pelo PFN *Edson FELICIANO*, mas que eles (do Setor Administrativo) não sabiam como proceder; que não foi passado qualquer parâmetro pela Gerência em São Paulo, pois estava sendo iniciado o processo de adjudicação nas Procuradorias; que, então, formalizaram o primeiro processo com a carta, a cópia das execuções, o fornecimento da empresa, o recebimento pela Procuradoria, a informação de quais bens ficariam com a Seccional de Piracicaba, e as certidões das dívidas abatidas; que o primeiro processo foi da empresa *Painco*; que a servidora da GRA Sra. *Giselda* falou que não era de praxe fazer procedimento de adjudicação, mas que Piracicaba poderia montar um processo que seria submetido ao gerente.

Afirmou, ainda, que, somente sobre os *paletes*, o PFN *Edson FELICIANO* teria dito que

tal material era muito específico e que iria para a Secretaria de Saúde da Prefeitura; que não sabe como foi realizado o pedido pela Prefeitura.

Afirmou a testemunha, ainda, acreditar que era comum que os bens adjudicados fossem fisicamente encaminhados a outros órgãos da Procuradoria antes de a GRA ser intimada a se manifestar sobre a transferência, mas que não tinha conhecimento, além do procedimento da carta de adjudicação; e que nunca teve um retorno negativo sobre a destinação dos bens, assim como que nunca teria havido um questionamento dos valores dos bens adjudicados pela GRA; que a testemunha entendia que, quando da emissão da carta de adjudicação pelo Juízo, todas as questões legais quanto ao bem adjudicado e seu valor já tinham sido resolvidas. Disse, por fim, que não tem conhecimento sobre a existência de alguma instrução que normatizasse as adjudicações à época dos fatos, mas que acha que agora já existe uma regra.

O corréu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS*, em sede de depoimento pessoal (fls. 969/970), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Inicialmente, o réu confirmou que teve participação no procedimento de doação de bens ao *Município de Piracicaba*; que o procedimento teve os trâmites normais, verificando se havia interesse do Ministério da Fazenda ou de outros órgãos; que, entretanto, pensa que o Procurador *Edson FELICIANO "colocou a carroça na frente dos bois"*, ou seja, que entregou os bens antes do término dos procedimentos; que não conversou com o Procurador; que entrou em contato com os membros da Comissão, os quais verificaram se havia interesse de outros órgãos; que não se recorda se viu no processo que os bens já haviam sido entregues ao município; que não se recorda se foi alguém que passou essa informação a ele, pois há muitos processos similares, além de outros de licitações e contratos; que a avaliação quantitativa monetária não é feita pelo réu, pois já recebe a Carta de Adjudicação com o descritivo e com o valor do bem já atribuído; que a avaliação que faz se trata da possibilidade de doar o bem, de classificá-lo no sistema (ocioso, irrecuperável, etc.); que não tem notícia se teria sido feita uma avaliação do bem dentro da Procuradoria da Fazenda; que não tem informação sobre a relação do PFN *Edson FELICIANO* com empresa *Perlima Metais*; que o procedimento é normalmente rápido; que o processo deve ter umas quatro folhas, quando se trata de um só tipo de bem; que se fosse um processo com mais bens, poderia demorar uns três ou quatro dias; que não tem conhecimento de outros casos de doação (sobre o PFN *Edson FELICIANO*), mas que há outros assuntos envolvendo o Procurador.

Indagado pelo *MPF*, o réu relatou que não há um setor responsável pela avaliação monetária dos bens a serem doados por estar subentendido que eles já foram avaliados; que desconhece que o *Sr. Donizete* tenha algum contato com os demais réus; que processos similares costumam passar pelo *Sr. Donizete*, que é a autoridade máxima; que não conversou com o *Sr. Donizete* especificamente sobre este caso, pois apesar de ser "*estranho*" era relativamente simples; que se houvesse interesse de outro órgão iria acarretar complicações para o processo, pois os bens já haviam sido recebidos pela *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba*, inclusive por Decreto.

Indagado pela *UNIÃO* sobre os procedimentos, o réu disse que geralmente vem uma *Carta de Adjudicação*, que são feitas as incorporações dos bens via sistema, que se atribui números de patrimônio aos bens e os encaminha para a Seccional (que tem a posse dos bens) para que coloque as etiquetas; que eventualmente a Seccional pode pedir que a GRA promova a retirada dos bens, às vezes com o auxílio do oficial de justiça, e que, neste caso, a GRA leva os bens, incorpora-os ao patrimônio e atribui a eles um número; que o processo de incorporação e o de doação são distintos; que é feita uma classificação do bem no sistema por uma Comis-

são que verifica a possibilidade de doação ou o interesse de algum órgão; que, se no sistema nenhum órgão manifestar interesse (na "*bolsa*"), pode ser feita a doação.

Colocou que no cadastro do bem não há fotos, apenas o descritivo; que o descritivo feito pela Justiça é bem detalhado; que ele pensa que os órgãos não precisam visualizar o bem; que a equipe de engenharia da GRA é composta por apenas dois engenheiros e que eles não agregariam muito à descrição já detalhada do Judiciário; que também considerou neste caso que os bens foram recebidos por servidores do município de Piracicaba e por Decreto; que se tivesse sido pedido ajuda pela Seccional, é certo que não seria negada; que não é comum que a doação seja anterior aos trâmites; que o Procurador *Edson FELICIANO "colocou a carroça na frente dos bois"*; que acha que no descritivo já estava escrito que os bens haviam sido entregues; que um Decreto determina a regularidade do processo administrativo; que o réu pensou que buscar os bens seria antieconômico; que embora o Procurador *Edson FELICIANO* tenha adiantado o procedimento, não vê outra solução melhor do que a que foi feita; que não vê irregularidade no processo, a não ser a entrega antecipada, que poderia ter causado grandes problemas para ir buscar os bens na *Prefeitura de Piracicaba*.

Disse, ainda, que não sabe se houve treinamento, mas que eles são um órgão consultado sobre procedimentos; que as corrés ficaram em dúvida neste procedimento específico pelo bem ter sido entregue antes dos trâmites; que não se lembra exatamente o que elas falaram, mas que devem ter questionado a Procuradoria; que *Giselda Brunassi* é a Chefe de Equipe de Materiais; que acredita que as três corrés supracitadas devem ter consultado a Sra. *Giselda* sobre o caso por ela ser mais experiente no assunto.

Questionado, respondeu também que o processo de incorporação antecede o processo de doação; que a Divisão de Recursos Logísticos faz o processo de incorporação, época em que o valor do bem é fixado; que quando a doação é feita, o valor do bem já está no sistema; que a Comissão é quem elabora o termo de doação assinado pelo réu depoente (*Edson Oda*); que o termo já sugere que seja feita a doação ao *Município de Piracicaba*.

Sobre a nomeação da Comissão, declarou que é feita pelo Superintendente de Administração, o *Sr. Donizete*; que somente o *Sr. Donizete* teria a capacidade de obstar este procedimento; que o réu entendeu que o procedimento estava adequado, dando o seu "*de acordo*"; que o bem incorporado é inserido numa "*bolsa*" para que outros órgãos pudessem manifestar interesse no bem; que não há como emitir um termo de doação sem fazer o trâmite da "*bolsa*"; que o bem foi entregue antes dos trâmites; que o bem poderia ter que ser devolvido pela Prefeitura, dependendo do órgão que solicitasse o bem; que o bem não teria serventia para a Fazenda, que há tempo utiliza arquivos deslizantes.

A corré *MARGARETE PEREIRA*, em sede de depoimento pessoal (fls. 969/970), declarou, *em síntese*, o que se segue.

A ré, incialmente, confirmou sua assinatura na proposta de doação trazida aos autos; disse que quando de sua assinatura já estava ciente de que os bens do termo de proposta de doação já haviam sido entregues à *Prefeitura de Piracicaba*; que não conversou com a Comissão ou com o *Sr. Edson* para saber por que o procedimento não havia sido feito em momento anterior; que não conversou com *Vaneide* ou com *Edson* sobre o ato ter como objetivo dar proteção ao que o procurador da Fazenda *EDSON FELICIANO* já tinha feito; que nenhum outro réu pediu a ela que assinasse o documento com tal objetivo.

Indagada pelo *MPF,* disse que trabalha no Setor de Suprimentos, que por sua vez se encontra dentro da Área de Logística; que a função regimental dela é administrar bens oriundos de licitação; que quando entrou no setor, o procedimento já era feito assim; que sabia que os

bens já haviam sido doados há mais de oito meses; que a proposta era regularizar o que já tinha sido feito; que não haveria onde armazenar o bem no caso de ir buscá-lo; que não havia interesse de outros órgãos no bem, que foi colocado na "*bolsa*"; que não sabe dizer por que não está mencionado no documento que estava sendo feita uma regularização.

Indagada pela *UNIÃO*, a ré afirmou que trabalha no setor há cerca de oito anos; que o caso dos autos foi a primeira e única vez que a doação foi anterior, que foi um caso excepcional.

Pelo *Juízo* questionada a ré, disse ela que não cuidava dos bens adjudicados, mas que achava que os bens iam para São Paulo quando da adjudicação; que nem sempre se buscavam os bens, por não haver onde guardá-los.

A corré *MARIA APARECIDA GOMES*, em sede de depoimento pessoal (fls.944/945), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Afirmou a corré, que, no caso dos autos, verificou que o procurador *EDSON FELICIANO* já havia determinado a doação dos bens para a *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba*; que, diante disso, os bens foram incorporados ao patrimônio da *União* e depois formalizado o termo de doação; que tudo se deu pelo *Sistema Siades*; que não é capacitada para avaliar os bens; que a classificação dos bens foi feita após sua chefe entrar em contato com o *Sr. Paulo* da Seccional; que a classificação foi dada por exclusão, pois o material já estava na *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba;* que foi a primeira vez que a classificação foi feita após o bem ter sido doado; que no caso considerou-se que para mandar um caminhão até Piracicaba, com pessoal haveria pagamento de diárias para buscar este material, que, inclusive já estava sendo utilizado pela municipalidade, a qual ficaria desprovida destes; que os materiais, caso trazidos para o depósito, ficariam deteriorando "por ficarem no tempo"; que *VANEIDE* e *MARILUCIA* apenas assinaram formalmente a documentação; que esclarece que o processo já chegou com a ordem de doação; que nunca participou de curso para ofertado pela Administração para realização de seus trabalhos, razão pela qual desenvolve suas atividades sem qualquer orientação.

A corré *VANEIDE MARIA DE LIMA*, em sede de depoimento pessoal (fls. 946/946-V), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Afirmou a ré que participou da classificação dos bens descritos nos autos; que a classificação foi realizada após conversa com o *Sr. Paulo* da Seccional; que quem falou com o *Sr. Paulo* foi a chefe *Sr.ª Gizelda*; que não era comum fazer a classificação de bens que já haviam sido doados; que o processo de adjudicação já é instruído com valor de avaliação; que nunca fez treinamento.

A testemunha *Gizelda Brunassi*, ouvida em Juízo (fls. 947/949), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Esclareceu, inicialmente, que atua na GRA, no setor de patrimônio, e que o que acontece na Seccional não é de seu conhecimento; que os processos chegam prontos após a adjudicação; que recebe somente para incorporação dos bens; que o sistema só exige que tenha em mãos a *carta de adjudicação*, com a descrição e valor do bem; que o trabalho da Procuradoria é técnico e da GRA é administrativo; que há organização quanto aos bens relativos à adjudicação; que a GRA nesses casos faz a incorporação e há determinação para recolhimento; que no caso dos autos foi discutida a questão de o procurador *EDSON FELICIANO DA SILVA* ter doado os bens diretamente para a *Prefeitura Municipal de Piracicaba* sem prévio envio à GRA; que a comissão entendeu que o melhor seria a regularização da doação, pois a municipalidade já estava utilizando há alguns meses.

Sobre a classificação, declarou que a mais adequada seria *ocioso*; que não houve avaliação dos bens, sendo normal a utilização do *auto de adjudicação*; que o Sistema *SIADS* aceita o valor posto pela *Justiça*; que a GRA não tem competência para avaliação do bem; que não tem condições de afirmar se seria possível o pagamento de diárias para avaliação *in loco*; que não é possível fazer ressalva na avaliação do bem por impossibilidade do sistema; que em função da documentação ter sido recebida da Justiça Federal e da Procuradoria, a presunção é de que se trata de documentos corretos; que nunca fez cursos inerentes a sua atividade; que a pessoa encarregada de deferir a doação é o Gerente Administrativo; que no caso em questão não foi verificado se outra unidade da PFN necessitava dos *paletes* ou das estantes e que a solução dada foi para regularizar a situação; que não tem conhecimento de quem decide pela PFN pela adjudicação ou não de bens.

A testemunha *Sérgio Aparecido dos Santos*, ouvida em Juízo (fls. 950/950-v), declarou, *em síntese*, o que se segue.

Afirmou a testemunha que o depósito de materiais da GRA não tem condições de armazenar o montante de bens descritos nos autos; que o depósito tem uma única estante de *paletes* para armazenamento de mercadorias pequenas; que o mobiliário fica no chão; que não tem conhecimento da GRA realizar diligências fora da sede; que o depósito estava obrigado, inclusive, a receber outros bens da *UNIÃO*.

II. II. D. Do caso dos autos.

No presente caso, extrai-se da prova documental, que acompanhou a exordial, que, no âmbito da *ação de Execução Fiscal nº 146.01.2005.00959-2*, que tramitou perante o *MM. Juízo da Vara Distrital de Cordeirópolis/SP* para cobrança de crédito fiscal total no importe de *R$ 1.521.867,72* (um milhão quinhentos e vinte e um mil oitocentos e sessenta e sete reais e setenta e dois centavos), a empresa executada *Perlima Metais Perfurados Ltda.* manifestou-se por petição datada de *09/06/2008* (fls. 81 - *Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19, Anexo XVIII, Volume I, "C"*) para *requerer ao MM. Juízo da execução a lavratura de Termo de Comparecimento e penhora de bens oferecidos e aceitos em garantia da CDA 80604104736-23 em cobro no referido feito executivo, quais sejam, 150 (cento e cinquenta) paletes no valor total de R$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais) e 25 (vinte e cinco) estantes construídas em aço no valor total de R$ 17.500,00 (dezessete mil e quinhentos reais), totalizando R$ 71.500,00 (setenta e um mil e quinhentos reais), assim como para afirmar que os bens então oferecidos seriam objeto de adjudicação. E, ao final da referida petição, já estava consignado o "De Acordo" do procurador da Fazenda Nacional EDSON FELICIANO DOS SANTOS, como mencionado pela executada no preâmbulo de sua manifestação.*

A petição supracitada se fez acompanhar do documento de fls. 83 do feito apenso, o qual consigna a *cotação* dos bens a serem adjudicados, elaborada pela própria executada.

Na sequência, às fls. 85 do apenso em referência, manifestou-se a Fazenda Nacional em petição datada de *05/06/2008*, por intermédio do procurador da Fazenda Nacional *EDSON FELICIANO DOS SANTOS* para o efeito de requerer ao Juízo, em especial, a extinção da *CDA 80204060378-15* por adjudicação. Naquela oportunidade apresentou extrato do *Sistema da PGFN* noticiando para o crédito em referência a situação *"extinta por adjudicação com ajuizamento a ser cancelado"* em relação à *CDA 80 2 04 060378-15,* afeta à cobrança de crédito fiscal referente ao *IRPJ* (fls. 86).

E em *despacho* exarado em *19/06/2008* foi determinada a expedição de *auto de adjudicação,* o que foi cumprido consoante se depreende de fls. 01 e seguintes do apenso em referência.

Consta ainda do apenso em referência, que foi editado o *Decreto nº 12.857, de 18 de*

setembro de 2008 pelo *Prefeito Municipal de Piracicaba/SP* para fins de recebimento *em adjudicação, sem ônus ou encargos, da empresa Perlima Metais Perfurados Ltda.* dos bens adjudicados no executivo fiscal anteriormente mencionado, os quais seriam, então, destinados ao uso do Almoxarifado da *Secretaria Municipal de Saúde de Piracicaba/SP* (fls. 104). E, após, foi lavrado termo de avaliação e destinação dos bens adjudicados no âmbito do ente municipal, conforme homologação pelo *Prefeito Municipal* em *08/10/2008* (fls. 105/107).

Após, verifica-se que apenas em *17/02/2009* foi expedido e encaminhado expediente subscrito pelo do procurador da Fazenda Nacional *EDSON FELICIANO DOS SANTOS* destinado à GRA em São Paulo para efeito de incorporação dos bens adjudicados ao patrimônio da *União*, e consignando-se, ainda, que deveria ser emitido *Termo de Doação* à *Prefeitura do Município de Piracicaba / Secretaria de Saúde*, com anuência da PSFN/Piracicaba.

Saliente-se que apenas em *18/03/2009* a *Prefeitura Municipal de Piracicaba* encaminhou ofício solicitando-se a doação, justamente, dos bens então adjudicados (fls. 01 – Apenso – Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19 - Anexo XXI).

E os *Termos de Doação*, depois de classificados os bens adjudicados como "*ociosos",* foram expedidos e assinados em *26/03/2009* (fls. 114/118).

Pois bem.

Infere-se da prova documental constante dos autos, assim como da sequência e dinâmica dos fatos nela reproduzida, que, tal como assinalado pelo *Parquet*, o objetivo do réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* era, desde o início, o de adjudicar os bens em questão para promover a respectiva doação à Municipalidade.

E tal fato redundou em extinção de crédito fiscal devido à *União* na ordem de *R$ 71.500,00* (setenta e um mil e quinhentos reais), eis que, apenas no início do exercício de *2009,* a GRA/SP - responsável pela administração de patrimônio no âmbito do MF/SP - Ministério da Fazenda em São Paulo - teve ciência da adjudicação, e, mesmo assim, já com pedido de destinação ao ente municipal, que, por sua vez, ainda em *10/2008,* já havia recebido e incorporado os bens adjudicados aos serviços municipais.

Além disso, há que se considerar a apresentação de petição conjunta entre o réu, na condição de procurador da Fazenda Nacional, e a empresa executada, reforçando as evidências de que o procedimento de adjudicação estabelecido nos autos redundou de prévio ajuste, de um lado, entre o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*, na condição de procurador da Fazenda Nacional, e a empresa executada, e de outro, entre o réu, na mesma condição, e a *Prefeitura Municipal de Piracicaba, à mingua de qualquer diligência no sentido de verificação do interesse da União no ato em questão.*

E a prova oral colhida reforça as presentes conclusões.

Inicialmente, tal como exposto alhures, reitera-se que o próprio réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*, *em síntese*, declarou que, com relação ao parâmetro utilizado para saber até onde ia o interesse público na adjudicação, *era considerada a necessidade da aquisição do bem por algum órgão*, e que o interesse público era comprovado pelos ofícios dos órgãos requerendo bens. E, quanto à escolha da empresa executada para fornecimento dos paletes, *que sabia a empresa que fabricava esse tipo de produto adjudicado e que entrava em contato com as empresas para verificar se poderiam e queriam oferecer os bens solicitados pelos órgãos.*

Declarou, ainda, que não chegou a pensar na possibilidade de a GRA não concordar com a doação dos *paletes* à Prefeitura de Piracicaba, sendo que declarou que ao procurador competia verificar o interesse público, e que não pensou que talvez a *União* tivesse que ficar com os paletes como pagamento de um crédito tributário.

Ora, tais elementos de prova bem demonstram que a *lógica subjacente ao ato de adjudicação* era o atendimento das necessidades previamente indicadas por algum órgão público, para que, então, fossem contatadas as executadas interessadas no fornecimento de bens - *sem que se avaliasse o interesse mais amplo da União* - para que, depois disso, fosse formalizada a incorporação e destinação dos bens.

E a testemunha *Paulo Roberto de Oliveira*, na condição de servidor da Seccional da PFN em Piracicaba, corroborou as conclusões acima expostas, eis que declarou, *em síntese*, que os pedidos dos órgãos requisitando as doações ficavam nos processos de adjudicação, e que, ao término dos procedimentos administrativos, geralmente o PFN *Edson FELICIANO* já colocava um ofício, antes de remessa para a GRA, em que era informado se os bens ficariam na Seccional ou se iriam ser destinados a algum outro órgão.

Ainda sobre os *paletes*, declarou a testemunha que o PFN *Edson FELICIANO* teria dito que tal material era muito específico e que iria para a *Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal*, o que evidencia o direcionamento prévio da adjudicação empreendida.

Além disso, temos que o corréu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS*, em sede de depoimento pessoal, declarou, *em síntese*, que, no caso em questão, o procurador *Edson FELICIANO "colocou a carroça na frente dos bois"*, ou seja, que entregou os bens antes do término dos procedimentos e que, embora o procurador *Edson FELICIANO* tenha adiantado o procedimento, *não via outra solução melhor do que a que foi feita*, e que não vê irregularidade no processo, a não ser a entrega antecipada, considerando-se que poderia ter causado grandes problemas para ir buscar os bens na *Prefeitura de Piracicaba*. *Declarou, inclusive, que o bem não teria serventia para a Fazenda, que há tempo utiliza arquivos deslizantes.*

E tal depoimento mais uma vez permite concluir pela *ausência de diligência no intuito de se verificar o interesse da União na adjudicação em cena, mas que havia, de fato, prévio ajuste para a destinação dos bens.*

E também as corrés *MARGARETE PEREIRA*, e *MARIA APARECIDA GOMES*, em sede de depoimento pessoal, declararam que os bens adjudicados antes mesmo da doação *já estavam em uso na Secretaria Municipal de Saúde de Piracicaba, assim como que não haveria espaço para sua guarda na GRA*.

A testemunha *Gizelda Brunassi*, da mesma forma, confirmou que os bens já estavam em utilização pela municipalidade e a testemunha *Sérgio Aparecido dos Santos* declarou que *o depósito de materiais da GRA não teria condições de armazenar o montante de bens descritos nos autos.*

Neste contexto, diante do conjunto probatório amealhado, *assiste parcial razão ao MPF.*

Ab initio, importa mencionar que o instituto da *adjudicação*, previsto no artigo 24 da LEF, como modo de satisfação do crédito exequendo preferencial em relação à alienação em hasta pública, consubstancia uma *potestade* gerada pelo *princípio da legalidade*.

Em outros termos, o *princípio da legalidade da Administração* outorga faculdades de atuação, autorizando a Administração para sua ação e conferindo poderes jurídicos para tanto, sendo certo que, por mais que expressem com naturalidade situações de poder público, *as potestades administrativas não são, nem logicamente podem ser ilimitadas, incondicionadas e absolutas, mas estritamente definidas em sua extensão e no seu conteúdo para salvaguarda da coerência do sistema legal*, o qual deve *atender a uma ordem racional e não a um casuísmo cego*[22].

22 *Curso de direito administrativo*. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O instituto em questão recebe, pois, o influxo dos *princípios da taxatividade ou mensurabilidade* de toda e qualquer competência pública, o que se desenvolve como um *princípio essencial do Estado de Direito contemporâneo, eis que deflui de sua condição de Estado que reconhece direitos alheios e não apenas os próprios, e da sua natureza de complexo organizacional com uma necessária distribuição de funções e competências entre órgãos diversos. Não há desta forma, poderes administrativos ilimitados ou globais; todos são e não poderiam deixar de sê-lo, específicos e concretos, estabelecidos, com uma esfera de exercício lícita (agere licere), atrás de cujos limites a potestade desparece, pura e simplesmente*[23].

Há, neste contexto, poderes implícitos, assim como, ressalte-se, deveres implícitos a delimitar o exercício de cada potestade.

Cumpre ainda mencionar que toda atividade administrativa deve ser direcionada à consecução de um fim, sempre determinado, expressa ou tacitamente (e, portanto, elemento necessariamente vinculado), pela norma que atribui a potestade para atuar, sendo certo que os poderes administrativos não são abstratos, passíveis de utilização para qualquer finalidade; *são poderes funcionais outorgados pelo Ordenamento tendo em vista um fim especifico, de forma que afastar-se deste seca a fonte de sua legitimidade.*

Neste aspecto, mais um ponto deve ser trazido a lume, posto que as *potestades-função*, isto é, aquelas que devem ser exercidas no *interesse alheio ao próprio e exclusivo do titular* fazem sobrelevar a qualificação das potestades administrativas como *poderes fiduciários*, eis que deve ser verificado se no exercício de sua liberdade decisória a Administração observou ou não os limites com os quais o Direito delimita essa liberdade e se, por último, *a decisão adotada pode ser entendida, consequentemente, como uma decisão racionalmente justificada ou, de forma contrária, como o simples fruto da vontade daquele que a adotou*[24].

Entende-se, neste contexto, que o *desvio de poder* se refere ao exercício de potestades administrativas para fins diversos dos estabelecidos pelo Ordenamento jurídico.

E é *certo que para que ocorra tal desvio não é necessário que o fim perseguido seja um fim privado, um interesse particular do agente ou autoridade administrativa, mas, sim, é suficiente que tal fim, ainda que público, seja diferente do previsto e estabelecido pela norma que atribui potestade*[25].

Neste sentido, a legitimidade do recurso ao *instituto da adjudicação* está a demandar, *no mínimo,* qualquer que seja a regulamentação adicional existente ou não à época dos fatos, *(i) pela existência de interesse do titular do crédito na aquisição dos bens penhorados como forma de satisfação do crédito exequendo*; e *(ii) pela conformidade da avaliação dos bens*, sendo certo que *o caráter preferencial do ato de adjudicação refere-se à concorrência em hasta pública e não ao modo de satisfação do crédito em si.*

Tais elementos, no entanto, *não* foram observados pelo réu no caso em questão à luz do conjunto probatório trazido aos autos, o que *está a caracterizar ato de improbidade administrativa, que, a par de causar dano ao erário, redunda da violação dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e dos deveres de imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, in casu, à Procuradoria da Fazenda Nacional em menor âmbito, e, num contexto mais amplo, à própria União.*

Explico-me.

23 *Ibid.*
24 *Ibid.*
25 *Curso de direito administrativo*. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Ora, do exercício do cargo de procurador da Fazenda Nacional espera-se, *no mínimo*, o exercício competente, eficiente, probo, legítimo, leal, honesto, ou seja, *virtuoso*, dos atos tendentes à exigência e cobrança do crédito público titularizado pela *União*, judicial ou extrajudicialmente, conforme o caso, *zelando por seus interesses*, a fim de que tais créditos, assim que satisfeitos, sejam regularmente colocados à disposição da *União* para destinação a cargo dos demais órgãos competentes, conforme preceitos de direito constitucional, financeiro, administrativo e políticas públicas existentes *em decorrência da natureza de complexo organizacional, com uma necessária distribuição de funções e competências entre órgãos diversos*.

Da mesma forma, *reitere-se*, do exercício legítimo da potestade materializada no instituto da *adjudicação* intenta-se, também *no mínimo*, como dito, a satisfação do crédito público mediante racional e fundamentada avaliação de *custo-benefício* em prol dos interesses primários do ente titular do crédito.

E tais deveres e limitações *não podem, de forma alguma, serem considerados alheios ao prévio conhecimento do réu, na condição que ostentava de procurador da Fazenda Nacional*.

Afinal, o *grau de exigência e conhecimento em relação ao agente é tanto maior quanto mais elevado é o cargo ou a função exercida, e tanto maior quanto mais excepcional for o ato praticado, razão pela qual não se escusa na inobservância dos deveres objetivos de cuidado*[26].

Neste contexto, o réu *EDSON FELICIANO,* atuando, *de forma consciente e deliberada*, com recurso aos poderes administrativos fiduciários outorgados pela *legalidade* da Administração ao seu cargo, no contexto da representação judicial dos interesses da Fazenda Nacional, ao lograr direcionar e adjudicar bens, sabidamente específicos, em prol do atendimento de necessidades de ente diverso e alheias ao interesse da *UNIÃO*, incorreu em flagrante *desvio de finalidade* do *ato de adjudicação* a caracterizar, a um só tempo, ofensa profunda aos *princípios da legalidade,* da *impessoalidade* e da *isonomia*, e aos deveres funcionais de *imparcialidade, legalidade* e, sobretudo, *lealdade* às instituições, desvirtuando, por completo, os deveres basilares de seu cargo de *advogado público*, especialmente, quanto ao zelo que deveria dispensar aos interesses primários da Fazenda Nacional e à cobrança do crédito público devido em seu favor.

De forma indene de dúvidas, houve *dolo,* pois, consoante comprovado nos autos, o réu atuou ciente de que estava, por óbvio, no exercício do cargo de procurador da Fazenda Nacional, assim como sabedor de seus deveres funcionais, ante, sobretudo, a hierarquia e posição do cargo no contexto organizatório da Administração Pública, e diante da excepcionalidade de que se reveste o instituto da *adjudicação* em sede de satisfação do crédito público em cobro, eis que o próprio réu declarou que não havia regulamentação suficiente do instituto à época.

Ora, é correto afirmar, neste sentido, que atuou consciente da amplitude do *poder* inerente as suas atribuições funcionais, o que está a corresponder, de outro lado e por óbvio, correlato grau de responsabilidade e vinculação às finalidades públicas subjacentes. O próprio réu declarou, no bojo da *acareação*, que ao procurador competia aferir o interesse público, sendo que a *GRA* não poderia, segundo o próprio réu, tolher sua atuação como procurador da Fazenda Nacional.

Ademais, logrou atuar, como visto, no intuito evidente e inequívoco de atender interesses completamente estranhos aos que deveria representar no caso, direcionando conscientemente, em decorrência de um casuísmo próprio, o exercício de potestade outorgada fiduciariamente pela *legalidade* de forma contrária à finalidade pública subjacente, ao esquema organizatório

26 ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

do regime jurídico da repartição de funções e competências da Administração, e em prejuízo da regular e legítima satisfação do crédito público titularizado pela Fazenda Nacional.

De forma mais específica, o *princípio* e o *dever* de *legalidade* foram ofendidos na medida em que, desvirtuando-se do escopo que deveria nortear sua atuação, o réu *EDSON FELICIANO, não* apenas exorbitou de suas competências, como usurpou competências de *ordenador de despesas*, e outras ainda mais amplas e afetas, no regime jurídico administrativo, à destinação e ao uso do crédito e do patrimônio público.

E *não* se pode olvidar que, *in casu*, estava em cobro crédito relativo ao *IRPJ*, importante fonte de receita derivada e não vinculada.

Na mesma medida, o *princípio da impessoalidade* e o *dever* de *imparcialidade* foram violados no ponto em que a atuação do réu visou favorecer determinada pessoa, *in casu,* o *Município de Piracicaba*, quando, na realidade, o interesse a ser resguardado era o da legítima cobrança do crédito público devido à *União*. E lesou-se o *princípio da isonomia* neste mesmo ponto, considerando-se que um ato desviado de sua finalidade pública pelo réu, por *sponte sua*, satisfez necessidade de aquisição de bens pela *Administração Pública Municipal*, favorecendo-se, inclusive, a pessoa jurídica da empresa executada - *fornecedora dos bens adjudicados* - em prejuízo evidente do *princípio da isonomia* que anima o regime jurídico-constitucional das *contratações públicas*.

E o *dever de lealdade*, por sua vez, *afeto ao respeito aos princípios que norteiam a honra, a probidade e a fidelidade aos deveres e compromissos assumidos pelo réu no exercício da função pública*, acabou por ser ofendido no ponto em que uma potestade – *in casu* o ato de *adjudicação* -, materializada com elevado grau de discricionariedade, e fiduciariamente deferida ao cargo de procurador da Fazenda Nacional, foi – *infiel e integralmente* – utilizada em detrimento dos interesses da esfera em favor da qual a *legalidade* outorgou o poder, e em favor de pessoa jurídica, ainda que de direito público, não integrante da relação jurídica administrativa e processual envolvidas na espécie, o que, tratando-se de ato praticado no exercício do cargo de *advogado público*, importa consubstanciação de conduta comissiva de reprovabilidade gravíssima e intensa, hábil, pois, a ensejar em seus próprios e inerentes termos o seu reconhecimento como ato de improbidade administrativa, consoante disciplina constitucional e infraconstitucional aplicável.

Neste ponto, urge destacar que *não* se trata de reconhecimento de ato de improbidade administrativa derivado de *corrupção* ou de *enriquecimento ilícito*.

Disso *não* se trata a imputação exposta na exordial.

Como cediço, a legislação de regência *não* limita a improbidade administrativa a tais aspectos, sendo que, de fato, como exposto alhures, cuida-se, de outro modo, da *reação jurídica à atuação desconforme a pautas como ética, boa administração, lealdade, que seja reveladora da inabilitação para o exercício de função pública*.

Não tem o intérprete e aplicador da lei, autorização para reduzir apenas para os *atos de corrupção ou enriquecimento sem causa*, sem lastro hábil para tanto, o evidente alcance hermenêutico do mandado constitucional e a regulamentação infraconstitucional de repressão aos atos de improbidade administrativa.

Ademais, cumpre assinalar que a homologação judicial da adjudicação *não* torna o ato intangível ou imune à posterior apreciação de validade, sendo cabível no ordenamento processual, inclusive, o recurso à *ação anulatória da adjudicação*.

Outrossim, a própria atuação dos agentes públicos envolvidos no ato não se afigura

inatingível ou infensa à apreciação, sendo certo que a legislação processual civil, assim como a Lei Orgânica da Magistratura asseguram a responsabilidade civil pelo procedimento doloso ou fraudulento inclusive do magistrado, e, da mesma forma, dos demais atores processuais no exercício das funções públicas.

Assim, na esteira da imputação exposta na peça exordial, os atos de improbidade ora reconhecidos em desfavor do réu acarretaram violação dos princípios constitucionais e dos deveres funcionais que regem a organização da Administração Pública (artigo 11, *caput* e inciso I, da *LIA*), assim como importaram lesão ao erário (artigo 10, *caput,* da *LIA*), no importe do valor da adjudicação descrita nos autos, qual seja, *R$ 71.500,00* (setenta e um mil e quinhentos reais), em valor atualizado para *06/2008* (fl. 100 – Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19, Anexo XVIII, Volume I, "C").

Importa destacar, quanto à lesão percebida pelo erário, que esta decorreu, *per si*, da adjudicação levada a efeito em relação a bens sabidamente desnecessários à Administração titular do crédito em cobro, considerando-se o correspondente abatimento experimentado junto à Dívida Ativa. E é em razão disso que incidiu o réu, especificamente, no artigo 10, *caput*, da *LIA* e *não* nos incisos indicados pelo *MPF*, a saber, III e X.

Ora, com relação aos incisos indicados pelo *Parquet* como fundamento legal da imputação, há que se considerar que a lesão ao erário foi provocada pelo réu antes mesmo da doação, quando trouxe para incorporação ao patrimônio da União, e posterior doação previamente ordenada, bens, sabida e efetivamente, desnecessários às suas atividades, tal como assinalado na prova oral colhida.

Contudo, a procedência do pedido, no ponto, é *parcial.*

Além do quanto já assinalado, com relação à pretensa conduta negligente na conservação do patrimônio público, há que se considerar que a falta de diligências adotadas para verificação de conformidade do valor de avaliação unilateral dos bens adjudicados, de fato, era um dever funcional inerente ao cargo de procurador da Fazenda Nacional e ao recurso ao instituto da *adjudicação*, *não tendo, entretanto,* logrado o *Parquet* comprovar, *especificamente*, que a avaliação desenvolvida e acolhida pelo réu sem maiores reflexões ou diligências pertinentes estava incorreta neste caso.

Desse modo, considerando-se que a lesão ao erário *não* pode se dar de forma presumida para caracterização de ato de improbidade previsto no artigo 10, incisos III e X da *LIA*, *não* assiste sustentação e razão jurídica à acusação *quando invoca a ocorrência de danos gerados pela negligência na avaliação dos bens.*

Prevalece, assim, no ponto, *apenas* a imputação referente aos comprovados danos gerados ao erário em virtude de adjudicação de bens - desnecessários à *UNIÃO* – dolosamente desviada de sua finalidade subjacente e da correlata *regra de competência* afeta aos deveres do *advogado público.*

Destarte, com juízo de certeza, *responde o réu como incurso no artigo 10, caput, e artigo 11, caput e inciso I, da LIA – Lei nº 8.429/92.*

II. III – Da doação dos bens adjudicados no âmbito da execução fiscal nº 91/2005 (146.01.2005.000959-2) – réus EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA, MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES.

II. III. A. Da imputação.

Com relação aos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS,* e *MARGARETE PE-*

REIRA, afirmou o *MPF* que os atos de improbidade ocorreram porque, na qualidade de chefes de diversos setores da Gerência Regional de Administração (órgão do Ministério da Fazenda responsável por administrar o patrimônio da *União*), teriam classificado e enquadrado os bens doados à Municipalidade como "*ociosos*", em descompasso com a realidade, para fins de viabilizar formalmente a doação anteriormente mencionada, violando princípios que regem a Administração Pública.

Aduziu-se que a participação dos requeridos - *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, e MARGARETE PEREIRA* - viabilizou o intento do requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA*, na medida em que teriam providenciado a incorporação dos bens em questão ao patrimônio da *União* sob a "*falsa*" classificação de bens "*ociosos*" (fls. 111 e 115/118 – Anexo XVIII), o que importou desvio de recursos da *União*.

Imputou-se, enfim, aos corréus *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, e MARGARETE PEREIRA* o art. 10, *caput* e inciso X e art. 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92.

Às fls. 446/450, o *MPF* requereu a emenda da inicial para incluir no polo passivo *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, MARILUCIA ANDRADE GOMES*. Naquela oportunidade, narrou o *MPF* que as requeridas, na condição de membros da *Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo da GRA/SP*, no exercício de 2009, teriam forjado uma avaliação para simular o procedimento de doação dos bens descritos nos autos à Municipalidade de Piracicaba, contribuindo de forma indispensável para a alienação prejudicial ao Erário. Reiterou o pleito de condenação dos corréus no dever de ressarcir o erário federal, *de forma solidária*, no montante de *R$ 78.093,13* (setenta e oito mil noventa e três reais e treze centavos), em valor atualizado.

II. III. B. Da defesa.

As defesas, por sua vez, instadas a se manifestarem, alegaram, *em síntese*, o que se segue.

Às fls. 111/123, manifestação dos requeridos *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, e MARGARETE PEREIRA,* por meio da qual se invocou a ausência de má-fé. Destacou-se que os réus seguiram os termos da disciplina aplicável ao procedimento de doação dos bens descritos nos autos; que a competência para classificação dos bens não pertencia aos réus, mas, sim, à *Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo*, sendo que a competência para autorizar a alienação era do Gerente Regional de Administração, não possuindo os réus, sob este prisma, qualquer autonomia. Pontuaram que a classificação dos bens pode ser considerada correta, e que a atuação de *EDSON FELICIANO DA SILVA*, em entregar previamente os bens à Municipalidade, provocou uma situação *sui generis,* pois não havia mais como ofertar tais bens a outros entes, sem que tal medida implicasse prejuízo ao erário federal e ao municipal. Apresentou documentos (fls. 126/378).

Às fls. 480/506, sobreveio manifestação dos requeridos *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, MARILUCIA ANDRADE GOMES,* por intermédio da qual, no mérito, afirmaram que não atuavam nas lides judiciais; que não possuem responsabilidade sobre os atos supostamente ímprobos do réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*; que agiram tendo por parâmetro os elementos que dispunham no momento específico, sendo que a documentação já teria percorrido o crivo de seus superiores hierárquicos. Apresentaram documentos (fls. 507/520).

Citado, às fls. 553/569, o réu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS* apresentou contestação, por intermédio da qual aduziu que a mera assinatura do contestante no documento de fls. 51 não poderia, por si só, constituir indício de participação em ato de improbidade; que não existiu conluio entre o réu *EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS* e o réu *EDSON FELICIANO*

DA SILVA; que a conduta imputada é atípica; que o procedimento de doação seguiu todas as diretrizes exigíveis; que o contestante teria observado as formalidades legais; que, sob o ponto de vista hierárquico, não seria o responsável pelos procedimentos descritos nos autos; que a realização de prévia vistoria não seria exigível na hipótese em cena; que a conduta do contestante não contribuiu para o resultado; que não havia qualquer impedimento na classificação dos bens como "ociosos"; que o pedido de condenação do réu é desproporcional em face dos atos supostamente praticados; que não há provas para condenação do contestante. Requereu, por fim, a improcedência do pedido exposto.

As corrés *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES* às fls. 642/682 apresentaram sua *contestação*, por meio da qual, no mérito, alegaram a inexistência de avaliação fictícia, e que não possuíam qualquer responsabilidade pelos atos supostamente praticados pelo procurador da Fazenda Nacional, baseando-se nos elementos que dispunham no momento específico, não se podendo falar em ato ímprobo na sua conduta. Citou precedentes. Quanto ao valor de ressarcimento, sustentaram não haver prejuízo, pois o interesse público fora resguardado com a doação de bens para atendimento das necessidades do *Município de Piracicaba – SP*.

Em sede de *alegações finais*, as defesas reiteraram os pontos debatidos, devendo-se apontar que a defesa das corrés *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES* apontou para a necessidade de observância do *princípio da congruência* entre a acusação, *in casu,* representada em relação às pela petição de emenda à exordial, e a sentença a ser proferida, *no que lhe assiste razão*, na medida em que, com a *devida vênia,* o *Parquet,* em sede de *alegações finais* apontou a prática de condutas pretensamente negligentes em face dessas corrés, quando, na realidade, a emenda à exordial de fls. 446/450 imputou *tão somente* a prática de eventual conduta *dolosa*.

II. III. C. Do princípio da congruência.

E a incidência do *princípio da congruência* está a estabelecer que o acusado se defende realmente apenas do conjunto de fatos que, da profusão de circunstâncias eventualmente contidas nos autos, o autor resolveu delimitar na peça inaugural e atribuir-lhe a autoria[27].

Atua, pois, referido princípio como concretizador de *direitos fundamentais*, na perspectiva de que "*existindo possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, que afete negativamente sua esfera jurídica, o contraditório é direito que se impõe, sob pena de solapado da parte seu direito do processo justo: desde o processo penal até o processo que visa o julgamento de contas por prefeito municipal ou àquele que visa a imposição de sanção disciplinar a parlamentar, todo processo deve ser realizado em contraditório, sob pena de nulidade, não há processo sem contraditório*"[28].

Decorre do *princípio do Estado de Direito* como da própria *dignidade da pessoa humana* a vedação de tratamento do indivíduo como mero objeto do processo estatal[29].

Além disso, cumpre anotar que a *ação de improbidade*, ainda que ostente natureza pública, *não* se converte em demanda de natureza objetiva, as que, por não envolverem interesses

27 GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

28 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, citado por GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

29 BLECKMANN, Albert, citado por GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

subjetivos, permitiriam ao órgão jurisdicional, à similitude do que ocorre com a jurisdição constitucional abstrata, desconsiderar a causa de pedir deduzida pelo autor[30].

Trata-se, enfim, neste contexto, de resguardar, como já exposto na presente oportunidade, *a aplicabilidade dos princípios gerais do direito penal ao direito sancionatório.*

II. III. D. Do caso concreto.

A inicial foi recebida em face dos corréus em *r.* decisão proferida nos seguintes termos:

> *Pois bem*. Em sede de *cognição sumária*, tal como já salientado na presente decisão, afigura-se possível a inequívoca extração da peça exordial, antes mesmo da emenda proposta, de elementos hábeis a infirmar a regularidade do procedimento administrativo de alienação dos bens descritos nos autos, sobretudo, na medida em que inequivocamente instaurado depois de já ter sido consumada – *meses antes* - a doação para a Municipalidade.
> Com efeito, extrai-se dos documentos trazidos aos autos, em especial do inteiro teor do procedimento administrativo nº 11761.000383/2009-77 (Apenso – Anexo XXI – Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19), que as ora requeridas - MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES – foram designadas pela Portaria nº 573, de 18 de dezembro de 2008, da Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda no Estado de São Paulo, para constituírem a Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de bens Móveis e Materiais de Consumo da GRA/SP, para o exercício de 2009 (fls. 02 - Apenso – Anexo XXI), sendo que em 24/03/2009 lavraram o termo de vistoria e avaliação dos bens descritos nos presentes autos (fls. 20/192), consignando-se o *valor da avaliação* de cada um dos itens componentes daquele patrimônio, assim como a *classificação* destes na condição de "ociosos", tendo sido ainda *proposta* a doação de referidos bens, para fins de atendimento da solicitação da Prefeitura Municipal de Piracicaba – SP descrita no Ofício nº 107/2009, de *18/03/2009* (fls. 01 - Apenso – Anexo XXI).
> Todavia, consoante teor dos documentos constantes às fls. 94/95 (Termo de Comparecimento e Penhora – execução fiscal nº 91/05), 104 (Decreto Municipal nº 12.857, de 18 de setembro de 2008), 105/107 (Ata de Reunião da Comissão Permanente de Avaliação de Bens Móveis da Secretaria Municipal de Administração da Prefeitura de Piracicaba em 08/10/2008), 108 (Despacho de encaminhamento de procedimento administrativo referente aos bens adjudicados na execução fiscal nº 91/05, para fins de incorporação ao patrimônio e posterior doação à Prefeitura de Piracicaba), 109/110 (Relatório de Lançamentos para fins de incorporação dos bens descritos nos autos ao patrimônio da União), todos do Apenso – Anexo XVIII, Volume I, "C", temos que os bens descritos nos autos já se encontravam incorporados ao patrimônio do Município de Piracicaba, sendo certo que o teor dos referidos documentos, assim como o conteúdo da manifestação defensiva ora em exame, permitem inferir que tal fato era conhecido pelas requeridas à época da instauração do procedimento administrativo destinado à doação daquele conjunto patrimonial.
> Sob este prisma, *não* lograram êxito as requeridas em comprovar de plano, elementos suficientemente hábeis a ilidir, ainda que minimamente, os indícios de irregularidades descritos na narrativa deduzida pelo MPF no presente feito, eis que, ainda em juízo preliminar, depreende-se dos autos que as requeridas praticaram os atos inerentes as suas atribuições funcionais, tais como a avaliação e a classificação dos bens descritos nos autos, sem prévio acesso ou mesmo visualização e inspeção do referido conjunto patrimonial, tendo sido então, aparentemente, elaborados e lavrados os termos necessários à concretização da alienação patrimonial em condições meramente formais, sem, contudo, a necessária e inerente verificação da compatibilidade fática entre o teor da avaliação e os respectivos objetos de avaliação,

30 GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa. *In: Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos* / Mauro Campbell Marques... [*et al*] – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

para fins de adequada valoração, classificação e eventual posterior destinação nos termos da legislação de regência.
Há que se destacar, neste sentido, que os termos foram lavrados *sem quaisquer ressalvas*, o que, em princípio, afigura-se passível de ofertar contribuição para a aduzida simulação de procedimento administrativo de doação e, consequentemente, para os danos percebidos pelo erário, caracterizando, em tese, em sede de cognição sumária, *a hipótese exemplificada no inciso X, do artigo 10, da Lei nº 8.429/92*, na linha do teor dos documentos já trazidos aos autos até esta oportunidade processual.
O Decreto nº 99.658, de 30/140/1990, que regulamenta, no âmbito da Administração Pública Federal, o reaproveitamento, a movimentação, a alienação e outras formas de desfazimento de material, estabelece no seu artigo 7º prevê a avaliação do material como requisito para a alienação, estatuindo, ainda, a necessidade de observância com os preços praticados no mercado, devendo-se registrar que o artigo 19 do regulamento prevê que as avaliações, classificação e formação de lotes e demais procedimentos que integram o processo de alienação de material serão efetuados por comissão especial composta de, no mínimo, três servidores integrantes do órgão ou entidade interessados, o que, por certo, evidencia o grau de importância desta etapa no contexto da alienação de bens integrantes do patrimônio da União.
Ora, neste contexto, ressalte-se que não se identifica no Ordenamento Jurídico pátrio, ou mesmo em sede de hermenêutica constitucional, autorização para que o agente público promova interpretação restritiva ao conteúdo e profundidade para o âmbito das atribuições previstas em sede de alienação de bens públicos, ou mesmo interpretações em descompasso com o rol dos princípios descritos no artigo 37 da Constituição da República, cujos bens jurídicos subjacentes são protegidos pela Lei nº 8.429/92, o que caracterizaria processo informal de relativização da supremacia e força normativa da Constituição, sobretudo, nos casos em que a alienação de bens, supostamente, passa a funcionar como instrumentos de ofensa ao erário e ao princípio republicano.
Dessa forma, à míngua de expressa motivação e comprovação de plano da regularidade dos elementos que conduziram à conclusão de mérito a que chegaram as requeridas no bojo dos trabalhos realizados no procedimento de doação dos bens descritos nos autos à Municipalidade de Piracicaba, na condição de membros da Comissão de Vistoria, Avaliação e Alienação de Bens Móveis e Materiais de Consumo da GRA/SP, *não* se pode concluir, a priori, que sua atuação tenha se verificado em conformidade com os preceitos vigentes na instituição.

No *caso dos autos*, como visto alhures, a imputação de conduta ímproba ofensiva ao patrimônio da *União* aos princípios da Administração Pública sustentou-se, em relação aos corréus *EDSON CARLOS ODA* e *MARGARETE PEREIRA*, na alegação de que teriam classificado e enquadrado bens novos como ociosos, entendidos *como bens que, embora em perfeitas condições de uso, não estiverem sendo utilizados*, de forma artificial, à míngua de comprovação de ausência de serventia para a *União*. Salientou o *Parquet* que, *primeiramente deveria ter sido tentada a atribuição de tais bens para uso por qualquer ente federal e, somente se nenhum órgão da Administração Pública Federal estivesse necessitando, tais bens poderiam ser classificados como ociosos e, consequentemente, doados aos demais entes políticos, como, por exemplo, os Municípios*. Pretendeu-se o enquadramento dos fatos no disposto no artigo 10, *caput* e inciso X e artigo 11, *caput* e inciso I, da *LIA*.

Em relação às corrés *MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES* o *MPF* sustentou a imputação de avaliação *fictícia* e *forjada* para simular procedimento o procedimento de doação, contribuindo para o prejuízo causado ao erário.

Pois bem. De tudo quanto apurado no conjunto probatório amealhado, é preciso assinalar

em primeiro lugar, que *não* logrou o *Parquet*, com a *devida vênia*, comprovar que a avaliação consignada no procedimento administrativo de doação estava *incorreta*, ou mesmo que tenha sido elaborada de forma *forjada ou fictícia* por qualquer dos corréus.

Há que se relembrar, neste ponto, que, em relação à prática de atos pretensamente causadores de danos ao erário, tal imputação *não* prescinde da comprovação da lesão.

E *não* se pode olvidar que, consoante reconhecimento no capítulo pretérito da presente sentença, os bens adjudicados eram sabidamente específicos e, à luz da conduta do réu *EDSON FELICIANO,* visavam tão somente à satisfação de necessidades do ente municipal. Alias, *não* comprovou, e *sequer imputou* o *MPF*, neste sentido, hipótese de associação e conluio entre o procurador da Fazenda *EDSON FELICIANO DA SILVA* e os corréus.

Reconhece-se, neste contexto, a plausibilidade das declarações prestadas pelos corréus *EDSON CARLOS ODA, MARGARETE PEREIRA, e MARIA APARECIDA GOMES* em sede de depoimento pessoal e pelas testemunhas *Sérgio Aparecido dos Santos,* todas ouvidas em Juízo, das quais se extrai a desnecessidade de tais bens no contexto das atividades daquele órgão federal. *EDSON CARLOS ODA,* neste sentido, foi específico em ressaltar que *os bens não teriam serventia para a Fazenda, que há muito tempo utiliza arquivos deslizantes.*

Ressalte-se, diante do teor das declarações prestadas, que a conduta do réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*, ao laborar pela destinação dos bens adjudicados ao ente municipal antes mesmo da instauração do procedimento de doação, de forma indene de dúvidas, acarretou impacto na avaliação de *custo-benefício* envolvida em cena, tendo-se em vista os custos públicos que seriam necessários para diversa disposição dos bens, já previamente adjudicados, reitere-se, de forma alheia ao interesse da Fazenda Nacional.

Tais elementos, à míngua de elementos de prova em sentido oposto, devem militar em favor dos corréus, consoante aplicação do *princípio da presunção de inocência*, como cediço, imanente ao *direito sancionatório.*

Além disso, e, com efeito, apesar de se afigurar incontroverso nos autos que a avaliação *não* foi realizada pelos corréus de forma presencial, sendo que poderia ter sido feita, inclusive, via servidores designados e localizados na Seccional, o que, de fato, a par da elaboração de *termos de vistoria e doação sem quaisquer ressalvas ou anotações* hábeis a conferir transparência efetivamente republicana e fundamentação às decisões tomadas, caracteriza, sim, irregularidade no exercício das referidas atividades funcionais, *por outro lado, há que se considerar que a posterior utilização dos termos, descrições e valores consignados em carta de adjudicação chancelada pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo, poucos meses antes*, no bojo do debatido procedimento administrativo de doação *não permite, sob este prisma, de forma proporcional e razoável, o reconhecimento de tais irregularidades como aptas ao seu enquadramento na condição de ato ímprobo quanto a este ponto específico.*

Ainda que com irregularidades, eis que *não* observados os mais cautelosos e estritos termos da regulamentação administrativa como exigido, diante do encerramento da instrução probatória, *não* decorre do procedimento adotado, nas bases alhures expostas, hipótese de *avaliação forjada ou meramente fictícia.*

As irregularidades verificadas, em todo caso, adequam-se ao objeto de apuração específica em procedimento administrativo disciplinar, mas *não* à materialidade exigida para condenação em *ação de improbidade administrativa.*

Ressalto, sem prejuízo, que a aposição do contexto e das razões dos atos lançados no bojo do procedimento de doação poderia despertar os órgãos de controle e, quiçá, os próprios

servidores administrativos para, justamente, a verificação do ato ímprobo ora reconhecido na adjudicação antecedente levada a efeito, prevenindo e mitigando os efeitos desta e de outras condutas ímprobas análogas e antecedentes.

No entanto, restou comprovado que, além da adjudicação ter sido homologada pelo Poder Judiciário Estadual, a proposição de doação estava já previamente chancelada pela Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional e despachada pelo Gerente Administrativo do MF/SP, autoridades de elevada hierarquia na estrutura administrativa envolvida em cena, tanto no que tange à interpretação das normas, quanto, em relação ao segundo, à tomada das decisões administrativas, sendo certo que cabia ao Gerente Administrativo, e *não* aos corréus, como comprovado nos autos (fls. 151 – *Portaria GAB/MF, nº 287, de 30/09/2004, art. 90, inc. XXX*), a decisão pela doação dos bens adjudicados.

A mera proposição de doação dos bens adjudicados, *sob todo este contexto*, *não* implica, *per si*, hipótese de ato ímprobo, à míngua de elementos de prova em sentido oposto. E o *ônus da prova* cabia, como cediço, ao *MPF*.

Ademais, importa mencionar, *não* logrou o *Parquet*, na perspectiva do *princípio da congruência* que anima a apreciação da *causa de pedir* exposta e dos *pedidos* deduzidos no feito, comprovar a existência de utilidade dos bens para outro órgão da *UNIÃO*, ou, ainda, a inconformidade da avaliação adotada. Tanto é assim, que *não* há imputação de enriquecimento ilícito ou sem causa da empresa executada fornecedora dos bens adjudicados, fato que ensejaria indisponível atuação do *Parquet*.

Destarte, o contexto em cena, a par das conclusões depreendidas da instrução probatória, e do quanto cognoscível à época dos fatos, *não* permite que a atuação dos corréus seja considerada, à luz de sua hierarquia subalterna, como adequada, suficiente e orientada como causa de lesão ao erário, e, em ainda menor grau, animada por *dolo* ou *culpa grave*, sendo, pois, *de rigor,* o reconhecimento da *improcedência* do pedido neste ponto.

II. III – Da utilização indevida de veículo oficial por EDSON FELICIANO DA SILVA.

II. III. A. Da imputação.

O *MPF* imputou, ainda, ao requerido *EDSON FELICIANO DA SILVA* o uso de veículo oficial, por mais de *02 (dois) anos*, em atividades *não* relacionadas com o serviço público para o qual foi investido.

Em relação a esta segunda conduta imputada a *EDSON FELICIANO DA SILVA,* manifestou-se o *MPF* no sentido de que teria restado apurado que aquele se utilizou do *veículo oficial GM/Astra, placa DQG 7833*, para seu *uso pessoal*, pelo período de *02 (dois) anos e 02 (dois) meses* (10/2006 a 02/2009).

Mencionou que o veículo oficial era, anteriormente, de propriedade da empresa executada *Colina Mercantil de Veículos S/A,* e que também teria sido objeto de adjudicação, no âmbito de processo de execução fiscal (nº 2006.61.09.008337-6), conforme PAJ 12219.000352/2006-92.

Noticiou ainda o *Ministério Público Federal* que *EDSON FELICIANO DA SILVA* apresentou requerimento administrativo para fins de formalização de cessão de uso do referido bem em seu favor (fls. 87 – Anexo XVI) por tempo indeterminado, sendo que, mesmo após o indeferimento do pedido administrativo (fls. 1297), teria utilizado indevidamente o bem em questão *para tratar de seus interesses particulares*, conforme denúncia formulada pelo servidor *Affonso Carlos Longo*, ex-Chefe da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Piracicaba – SP (fls. 52/59).

A partir de tais elementos, concluiu o *MPF* pela existência de dano ao erário no importe

de *R$ 87.758,84* (oitenta e quatro mil setecentos e cinquenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), *correspondente ao valor mensal de aluguel de veículo similar, durante o prazo de 26 meses.*

II. III. B. Da defesa.

Em sede de *contestação, EDSON FELICIANO DA SILVA* rejeitou as imputações, afirmando que jamais utilizou o veículo para fins particulares e que toda acusação se funda apenas no depoimento unilateral de *Paulo Roberto de Oliveira* e *Affonso Carlos Longo*, os quais, segundo o réu, em sede de declarações prestadas em procedimento administrativo disciplinar *não* teriam confirmado as denúncias.

Mencionou outros depoimentos prestados no PAD em referência no mesmo sentido.

Destaca que a solicitação de cessão do veículo, em si, não é ilícita e que jamais guardou ou estacionou veículos oficiais nas dependências de sua residência.

II. III. C. Da prova oral colhida.

Em sede de depoimento pessoal, o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA* declarou, *em síntese*, que nunca teve veículo oficial a sua disposição; que se lembrava das acusações falsas do *Sr. Affonso* no sentido de que utilizava o carro para passear, viajar ou dirigir-se para o curso de *pós-graduação;* que se recorda do requerimento de cessão do veículo por prazo indeterminado em seu favor, mas que foi cientificado da negativa; que não utilizou para fins particulares; que a imputação nesse caso se deve a algum tipo de vingança, pois o *Sr. Affonso* teria feito as denúncias após a exoneração de seu cargo de confiança; que dirigia o veículo a trabalho; que as chaves ficavam com o motorista terceirizado; que não se lembra de ter levado o veículo para sua casa; que acha que não havia algum controle de entrada / saída de veículos; que confirma que fez o requerimento de cessão porque estava sem veículo à época; que não pode ser atribuída má-fé apenas pelo requerimento; que se houvesse má-fé sequer teria feito o requerimento; que nega que a presença ou ausência do veículo tenha relação com a presença / ausência do depoente; que pegava a chave do veículo com o motorista terceirizado; que tinha a "*carteirinha*" necessária para utilização do veículo; que, excepcionalmente, poderia ter levado o veículo para casa no caso de ter sido o mesmo utilizado para audiência em outro município encerrada mais tarde; que não recebeu multa de trânsito; que o motorista terceirizado deve ter recebido, mas não se recordava quem fez o pagamento.

Affonso Carlos Longo, por sua vez, declarou, *em síntese*, que foram adjudicados alguns carros para uso na seccional; que o veículo *Astra* mais sofisticado ficava somente com o réu *EDSON FELICIANO*; que nunca viu o réu utilizando o veículo para fins particulares; que havia o comentário de que o veículo era utilizado pelo réu nos finais de semana; que também havia comentário de que o veículo seria somente do réu e ninguém mais poderia utilizá-lo; que o veículo não dormia na PSFN, inclusive nos finais de semana; que nunca perguntou ao réu os motivos da utilização do veículo; que quando o réu não ia ao trabalho, o veículo também não estava na PSFN; que não se lembra de ter feito denúncia também em relação ao veículo; que sobre o controle de utilização, havia uma planilha com o *Sr. Paulo,* e que o réu deveria conhecer; que via o réu chegar à PSFN com o veículo e que o mesmo era utilizado para saída para almoço; que na época o réu frequentava curso de pós-graduação, mas sabe que ele pegava carona; que no período de férias do réu, o veículo não ficava na PSFN, mas que ninguém perguntava, durante o período de férias do réu, sobre a localização do carro.

Paulo Roberto de Oliveira, a seu turno, declarou, *em síntese,* que o veículo *Astra* placa DQO-7833 não era de uso exclusivo do réu, apesar de utilizado pelo mesmo; que havia um controle, um mapa mensal de utilização dos veículos, mediante anotação de quilometragem, saída,

destino, volta; que o controle ficava dentro do veículo; que tal controle também se aplicava ao réu; que não sabe onde o veículo era guardado à noite, pois saía cedo, mas que o veículo estava lá quando chegava e saía do trabalho; que não tem o controle sobre quais períodos o veículo ficava com o réu; que o controle da quilometragem era feito ao final do mês; que não sabe se em algum mês houve caso de planilha de controle totalmente em branco, mas tal situação acontecia durante dois ou três dias, e até durante uma semana; que não sabe informar onde permanecia o veículo nas férias do réu; que sobre o curso de pós-graduação frequentado pelo réu, sabe que fazia uso de ônibus para deslocamento, sendo que o próprio depoente teria levado o réu até a rodoviária; que o veículo, quando não estava sendo utilizado por outra pessoa, era usado pelo réu para ir almoçar; que confirma que o réu poderia ter utilizado o veículo a serviço em horário de almoço.

Em sede de *acareação,* o réu declarou que o controle de utilização dos veículos era frágil, pois muitos dos usuários não o preenchiam.

Sobre a localização das chaves do veículo, *Paulo* afirmou que várias vezes teria visto a chave na recepção à disposição; que outras pessoas eventualmente utilizavam o veículo.

Affonso, por sua vez, disse não se lembrar da chave do veículo ter sido deixada na recepção e que teria ficado sabendo disso apenas nesta oportunidade.

Paulo disse que foi disponibilizada garagem em 2007 e que antes disso possivelmente o réu guardava o veículo em sua residência não sabendo dizer sobre os finais de semana. Sobre o comentário de que o carro seria de uso do réu, declarou *Paulo* que se comentava que "*era o carro do chefe*" porque era utilizado pelo réu, mas o mesmo ficava à disposição.

Affonso disse, também, que o réu utilizava o carro em serviço. Quando o réu estava trabalhando, o veículo estava lá.

Paulo confirmou que o réu não ia cursar a pós-graduação em São Paulo conduzindo o veículo, pois o deixaram esporadicamente na rodoviária para que pegasse um ônibus, não sabendo afirmar sobre férias e finais de semana.

O *réu*, sobre o ponto, disse que não sabe onde ficava o veículo, talvez na garagem, mas *não* o utilizava para deslocar-se até o local do curso que fez no período de 2007-2008.

Affonso afirmou que o réu não utilizava o veículo para deslocamento até São Paulo.

Paulo, sobre o ponto, declarou que não utilizava o veículo em questão para levar o réu até a rodoviária, utilizando outra viatura da PSFN, pois era horário de trabalho, não dirigia veículo automático e a rodoviária ficava a dois quarteirões da sede.

II. III. D. Do caso concreto.

No caso concreto, ab initio, a par da prova oral colhida, foram trazidos aos autos os documentos afetos ao controle de utilização do veículo mencionado nos autos (fls. 827/848), tendo sido noticiado às fls. 827 o extravio do documento de controle relativo ao mês de 08/2008, e, às fls. 828, que os documentos não possuem informação diária, apenas mensal, mediante controle de quilometragem inicial e final.

Neste sentido, extrai-se dos referidos documentos que às fls. 832/833, 835/841, e 843/845 há apenas anotações de quilometragem, sendo às fls. 842, 847/848 constam anotações de quilometragem e destino, dentre os quais unidades da *Justiça Federal, Estadual e do Trabalho, Delegacia de Polícia, Receita Federal, além de posto de combustível*. Verifica-se, ainda, a anotação de registros de utilização em favor de outros procuradores da Fazenda em serviço para deslocamento indicado a órgãos supracitados (fls. 847/848).

Pois bem.

Com *a devida vênia*, do conjunto probatório amealhado *não* se depreende lastro suficiente para a imputação deduzida.

Com efeito, ainda que os fatos narrados na peça exordial revelem indícios de prática de ato ímprobo, aptos, pois, a ensejar o recebimento da inicial, o que se fez, ressalte-se, *naquela oportunidade processual, in dubio pro societate*, o encerramento da dilação probatória *não* corroborou o teor das alegações tecidas e sustentadas pelo *Parquet,* mesmo em sede de *alegações finais*.

Ora, tratando-se de imputação de ato de improbidade pretensamente gerador de enriquecimento indevido, há que se questionar, no bojo da instrução probatória, se houve ou não a comprovação, e em que medida, de conduta ilícita do réu, que validamente se constitua como causa eficiente de um ganho patrimonial indevido.

A resposta é *negativa*.

Explico-me.

Ainda que o requerimento administrativo apresentado pelo réu, para fins de cessão de uso do bem descrito nos autos em seu favor (fls. 87 – Anexo XVI), afigure-se apto a evidenciar as razões típicas da *administração patrimonialista*, da mesma forma do que se depreende de atos pretéritos à adjudicação deste e de outros veículos em favor da PSFN, tal como narrado pelo *MPF* às fls. 986 e 990 (item 15.1), e mencionado em audiência, tais elementos *não* bastam para a comprovação de ato ímprobo, sobretudo no que tange ao imputado acréscimo patrimonial indevido.

Da mesma forma ocorre em relação à quase absoluta carência de informações e controle de utilização e local de guarda noturna do veículo debatido nos autos, eis que desta constatação exsurge nítida inobservância do *dever de cuidado* com a *res publica*, a demandar apuração em sede de procedimento administrativo específico, *sem, contudo, constituir evidência de que o veículo estava em uso particular pelo réu nos períodos em que meramente registrada a quilometragem*.

Ademais, como visto, da prova oral colhida *não* se extrai afirmação concreta – *delimitada no contexto espaço-tempo* - de que o réu utilizava o veículo oficial descrito nos autos para fins particulares, mas tão somente afirmações e comentários fluidos, ainda que indiciários, no sentido de que a presença / ausência do réu estaria relacionada com a disponibilidade ou não do referido veículo na unidade, ou que seria utilizado para deslocamento para almoço, tal como declarado pela testemunha *Affonso*. Neste ponto específico, além de *não* se poder verificar nos autos *exemplo concreto* desta alegação, deve-se considerar que a testemunha *Paulo*, por sua vez, declarou que o réu poderia ter utilizado o veículo para realizar algum serviço em horário de almoço, o que, a seu turno, *não* foi infirmado pelo *MPF* no curso da instrução probatória, mesmo em face do tempo de tramitação processual[31].

A testemunha *Paulo* declarou, ainda, que o veículo estava à disposição de outros servidores e que as chaves ficavam na recepção, tendo confirmado, inclusive, sobre o curso de pós-graduação frequentado pelo réu, que sabe que o mesmo fazia uso de ônibus para deslocamento, sendo que o próprio depoente teria levado o réu até a rodoviária com outra viatura da PSFN, pois não dirige carro com câmbio automático, e que o fazia no horário de trabalho, localizando-se a rodoviária em distância estimada de dois quarteirões em relação à sede da PSFN.

E a utilização de *diversa* viatura oficial para o fim apontado (deslocamento até a rodoviária), além não estar contemplada na *causa de pedir* exposta, a depender ainda do regime

31 Fatos imputados referentes ao período de 2007/2009, tendo sido ajuizada a presente ação em 03/07/2012.

jurídico em que autorizado, ou não, o réu a fazer tal curso – *elemento não trazido aos autos* -, constitui informação hábil a infirmar as imputações do *MPF* em relação ao ponto.

E tal conclusão afigura-se presente, mesmo em face da alegação que a presença do réu no trabalho correspondia à disponibilidade do veículo, na medida em que se o réu deslocava-se para a rodoviária, conduzido por outra viatura oficial, partindo da sede da PSFN, é possível afirmar que a viatura descrita nos autos permanecia à disposição da instituição e *não* do réu.

E quanto à guarda do veiculo, referida testemunha disse, inclusive, que foi disponibilizada garagem (para as viaturas) em 2007 e que antes disso, possivelmente, o réu guardava o veículo em sua residência não sabendo dizer sobre os finais de semana. Nada de concreto, no entanto, afirmou-se, pois, em relação ao lapso temporal da imputação.

Neste contexto, verifica-se que as imputações expostas na exordial *não* se confirmaram – *do modo concreto e suficientemente denso* exigido na legislação de regência - no curso da instrução processual, sendo certo que ao *Parquet* cabia se desincumbir do *ônus da prova*, consoante aplicação do *princípio da presunção de inocência*, como cediço, imanente ao *direito sancionatório*, no que, como exposto na presente sentença, *não* logrou êxito.

Afigura-se, pois, *de rigor,* o reconhecimento da *improcedência* do pedido neste ponto.

III – DA CONCLUSÃO E DA DOSIMETRIA DA PENA

Destarte, *em razão do ato ímprobo cometido através da adjudicação levada a efeito no âmbito da execução fiscal nº 91/2005 (146.01.2005.000959-2),* com juízo de certeza, *responde o réu como incurso no artigo 10, caput, e artigo 11, caput e inciso I, da LIA – Lei nº 8.429/92*.

Ab initio, cumpre reconhecer que o âmbito de vigência específico e determinado para o artigo 11 da *LIA* pressupõe estabelecer que o dispositivo não disciplina condutas subsumíveis aos artigos 9º e 10, afirmando-se na doutrina o caráter residual do artigo 11 e das sanções enumeradas no artigo 12, inciso III do referido diploma normativo, uma vez que tais normas apenas serão aplicadas nas hipóteses em que *não* for constatado o *enriquecimento ilícito* ou a *lesão ao erário*[32].

Feitas estas considerações, *passo*, em cumprimento ao mandamento constitucional, decorrente do *princípio do devido processo legal,* com fulcro no artigo 12, *caput*, inciso II e parágrafo único da Lei nº 8.429/92 à dosimetria das sanções aplicáveis.

Dispõe a legislação de regência que:

> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, *está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:* (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).
> (...)
> II - na hipótese do art. 10, *ressarcimento integral do dano*, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, *perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos*;
> (...)
> Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a *extensão do dano causado*, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (g. n.).

32 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, citado por NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2014.

Pois bem.

A primeira disposição, qual seja, o *ressarcimento integral do dano não* ostenta a condição de pena, sendo, em sentido diverso, medida com natureza reparatória, tratando-se de providência inerente ao mandamento constitucional estabelecido no §5º do artigo 37 da CRFB/88 decorrente do reconhecimento de ato ímprobo previsto no artigo 10 da *LIA*.

No *caso concreto*, à luz do quanto exposto na presente sentença, o ato ímprobo decorrente da adjudicação de bens em desvio de finalidade importou *lesão ao erário* (artigo 10, *caput,* da *LIA*), no importe do valor da adjudicação descrita nos autos, qual seja, *R$ 71.500,00* (setenta e um mil e quinhentos reais), em valor atualizado para *06/2008* (fl. 100 – Inquérito Civil nº 1.34.008.100006/2009-19, Anexo XVIII, Volume I, "C"), *o qual deverá ser suportado pessoalmente pelo réu, em valores atualizados para a data de liquidação, para efeito de recomposição integral do patrimônio público*, na forma do *artigo 18, da Lei nº 8.429/92*.

Importa ainda destacar que a finalidade, ainda que pública, alçada pela doação dos bens adjudicados ao *Município de Piracicaba/SP não* altera o presente quadro *fático-decisório*, e muito menos afasta a responsabilidade *civil-administrativa* do réu, eis que tal alcance decorreu *diretamente* do próprio desiderato de sua conduta - praticada com reconhecido *desvio de finalidade* em prejuízo da *União* -, a exigir, pois, a incidência na espécie do *princípio geral do Direito Nemo auditur propriam turpitudinem allegas,* segundo o qual *ninguém é ouvido alegando a própria torpeza.*

Com relação à aplicação das sanções de natureza *político-administrativa*, há que se considerar que, tal como exposto alhures que:

> (...) o réu EDSON FELICIANO, atuando, *de forma consciente e deliberada*, com recurso aos poderes administrativos fiduciários outorgados pela legalidade da Administração ao seu cargo, no contexto da representação judicial dos interesses da Fazenda Nacional, ao lograr direcionar e adjudicar bens, sabidamente específicos, em prol do atendimento de necessidades de ente diverso e alheias ao interesse da UNIÃO, incorreu em flagrante *desvio de finalidade* do ato de adjudicação a caracterizar, a um só tempo, ofensa profunda aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, e aos deveres funcionais de imparcialidade, legalidade e, sobretudo, lealdade às instituições, desvirtuando, por completo, os deveres basilares de seu cargo de *advogado público*, especialmente, quanto ao zelo que deveria dispensar aos interesses primários da Fazenda Nacional e à cobrança do crédito público devido em seu favor.
> De forma indene de dúvidas, houve *dolo*, pois, consoante comprovado nos autos, o réu atuou ciente de que estava, por óbvio, no exercício do cargo de procurador da Fazenda Nacional, assim como sabedor de seus deveres funcionais, ante, sobretudo, a hierarquia e posição do cargo no contexto organizatório da Administração Pública, e diante da excepcionalidade de que se reveste o instituto da adjudicação em sede de satisfação do crédito público em cobro, eis que o próprio réu declarou que não havia regulamentação suficiente do instituto à época.
> Ora, é correto afirmar, neste sentido, que atuou consciente da amplitude do poder inerente as suas atribuições funcionais, o que está a corresponder, de outro lado e por óbvio, correlato grau de responsabilidade e vinculação às finalidades públicas subjacentes. O próprio réu declarou, no bojo da acareação, que ao procurador competia aferir o interesse público, sendo que a GRA não poderia, segundo o próprio réu, tolher sua atuação como procurador da Fazenda Nacional.
> Ademais, logrou atuar, como visto, no intuito evidente e inequívoco de atender interesses completamente estranhos aos que deveria representar no caso, direcionando conscientemente, em decorrência de um casuísmo próprio, o exercício de potestade outorgada fiduciariamente pela legalidade de forma contrária à finalidade pública subjacente, ao esquema organizatório

> do regime jurídico da repartição de funções e competências da Administração, e em prejuízo da regular e legítima satisfação do crédito público titularizado pela Fazenda Nacional.
> De forma mais específica, o princípio e o dever de legalidade foram ofendidos na medida em que, desvirtuando-se do escopo que deveria nortear sua atuação, o réu EDSON FELICIANO, *não* apenas exorbitou de suas competências, como usurpou competências de *ordenador de despesas*, e outras ainda mais amplas e afetas, no regime jurídico administrativo, à destinação e ao uso do crédito e do patrimônio público.
> E *não* se pode olvidar que, *in casu*, estava em cobro crédito relativo ao IRPJ, importante fonte de receita derivada e não vinculada.
> Na mesma medida, o princípio da impessoalidade e o dever de imparcialidade foram violados no ponto em que a atuação do réu visou favorecer determinada pessoa, *in casu*, o Município de Piracicaba, quando, na realidade, o interesse a ser resguardado era o da legítima cobrança do crédito público devido à União. E lesou-se o princípio da isonomia neste mesmo ponto, considerando-se que um ato desviado de sua finalidade pública pelo réu, por sponte sua, satisfez necessidade de aquisição de bens pela Administração Pública Municipal, favorecendo-se, inclusive, a pessoa jurídica da empresa executada - fornecedora dos bens adjudicados - em prejuízo evidente do princípio da isonomia que anima o regime jurídico-constitucional das *contratações públicas*.
> E o dever de lealdade, por sua vez, *afeto ao respeito aos princípios que norteiam a honra, a probidade e a fidelidade aos deveres e compromissos assumidos pelo réu no exercício da função pública*, acabou por ser ofendido no ponto em que uma potestade – *in casu* o ato de adjudicação -, materializada com elevado grau de discricionariedade, e fiduciariamente deferida ao cargo de procurador da Fazenda Nacional, foi – infiel e integralmente – utilizada em detrimento dos interesses da esfera em favor da qual a legalidade outorgou o poder, e em favor de pessoa jurídica, ainda que de direito público, não integrante da relação jurídica administrativa e processual envolvidas na espécie, o que, tratando-se de ato praticado no exercício do cargo de *advogado público*, importa consubstanciação de conduta comissiva de reprovabilidade gravíssima e intensa, hábil, pois, a ensejar em seus próprios e inerentes termos o seu reconhecimento como ato de improbidade administrativa, consoante disciplina constitucional e infraconstitucional aplicável. (...)

Ora, da reconhecida *ofensa profunda aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, e aos deveres funcionais de imparcialidade, legalidade e, sobretudo, lealdade às instituições, desvirtuando, por completo, os deveres basilares do cargo* de *advogado público ocupado, especialmente, quanto ao zelo que deveria dispensar aos interesses primários da Fazenda Nacional e à cobrança do crédito público devido em seu favor decorre*, de modo peremptório, *a inabilitação para exercício de funções públicas, a abarcar (i)* a *relação jurídica existente entre o réu e a pessoa jurídica ofendida, in casu, a União*, a par da *(ii) suspensão de direitos políticos* e da *(iii) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, as últimas pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos*, eis que em todas estas hipóteses constata-se a indispensabilidade dos deveres e preceitos então violados, observando-se os termos do *artigo 20, da Lei nº 8.429/92*.

E o prazo *mínimo* fixado em relação aos itens *(ii)* e *(iii) supra* decorre da *gravidade, per si,* das sanções cumulativamente aplicadas, considerando-se ainda o valor total de prejuízo experimentado pelo erário (R$ 71.500,00 – atualizado para 06/2008), e reconhecendo-se, outrossim, que se encontram os bens adjudicados, em que pese o *desvio de finalidade* ímprobo apurado, afetados às atividades da *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba /SP*. Trata-se de justa medida a fim de que não se incorra em ofensa ao *postulado da proporcionalidade,*

enquanto inafastável de *direito sancionatório*.

Com relação à *função pública* abrangida, há que se extinguir, consoante doutrina majoritária e jurisprudência do C. STJ, *a relação jurídica existente no momento do transito em julgado da presente sentença*, ainda que diversa daquela exercida à época em que foi praticado o ato ímprobo[33], sendo certo que tal medida, ainda consoante termos da jurisprudência do referido Tribunal Superior, *abarca a cassação de aposentadoria eventualmente concedida*[34].

Neste diapasão, a sanção relativa à *(i) multa civil* e *não encontra pertinência na espécie* no contexto da improbidade reconhecida.

Com efeito, sua imposição desbordaria dos parâmetros de dosimetria elencados na legislação de regência, na exata medida em que, diante da *gravidade do fato* e da *extensão do dano*, as razões do reconhecimento da inabilitação para exercício da função pública e a lesão causada ao erário encontraram suficiente reprimenda nas sanções anteriormente impostas, que de forma indene de dúvidas, já estão a acarretar as devidas repercussões patrimoniais. Ademais, *neste específico ponto de análise,* cumpre assinalar, que os bens adjudicados, em que pese o prejuízo percebido pela *União*, encontram-se afetados às atividades da *Secretaria de Saúde do Município de Piracicaba /SP*.

IV – DISPOSITIVO

Ante o exposto, *JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO*, com resolução do mérito nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o efeito de:

I – CONDENAR o réu *EDSON FELICIANO DA SILVA*, qualificado nos autos em epígrafe, como incurso *no artigo 10, caput, e artigo 11, caput e inciso I, da LIA – Lei nº 8.429/92,* ao *(a) ressarcimento integral do dano ao erário*, e às sanções de *(b) perda da função pública*, *(c) suspensão dos direitos políticos* e *(d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário*, pelo *prazo mínimo de cinco anos* em relação aos itens *(b)* e *(c)*, *observando-se, em tudo, a fundamentação da presente sentença*, e;

II – REJEITAR os demais pedidos expostos para o efeito de *ABSOLVER* os réus *EDSON FELICIANO DA SILVA, EDSON CARLOS ODA DOS SANTOS, MARGARETE PEREIRA, MARIA APARECIDA GOMES, VANEIDE MARIA DE LIMA, e MARILUCIA ANDRADE GOMES* das demais acusações, *nos termos da fundamentação da presente sentença.*

Correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, sendo últimos devidos a contar da prática do ilícito, consoante teor do artigo 398 do Código Civil e Súmula 54 da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Custas *ex lege*.

Honorários advocatícios *indevidos* (art. 18 da Lei nº 7.347/85; e STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.386.342/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *j.* 27/03/2014).

Nada a prover em relação ao artigo 7º da *LIA* ante a ausência de requerimento ministerial ou da *UNIÃO* (TRF 1R, 3ª Turma, AC 2003.32.00.001627-0/AM, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, *j.* 23.03.2010; TRF 1R, 2ª Seção, MS 2007.01.00.007068-5/AM, Rel. Juiz Federal Convocado Ney Bello, *j.* 25.07.2007).

33 Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2014; e STJ, 2ª Turma, REsp 924.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, *j.* 06.08.2009.

34 STJ, 5ª Turma, RMS 22.570/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *j.* 18.03.2008.

V – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Promova a Secretaria a devida consulta do andamento processual dos recursos de *agravo de instrumento* interpostos, e, caso pendente a tramitação, certifique-se, e comunique-se a presente sentença à (o) EXMO. (a) Sr. (a) Desembargador (a) Relator (a), como nossas homenagens e cautelas de *praxe*.

Interposto (s) eventual (ais) recurso (s), proceda a Secretaria conforme os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 1.010, do Novo Código de Processo Civil.

Após o *trânsito em julgado*, oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo - TRE/SP, para que se proceda à suspensão aqui determinada (Artigo 15, inciso V, CRFB/88).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Piracicaba - SP, 15 de maio de 2017.

Juiz Federal Substituto FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO
0007401-39.2015.4.03.6100

Autor: DIEGO WIEZEL PEREZ
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: HERALDO GARCIA VITTA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2017

Relatório

Trata-se de ação de rito ordinário, ajuizada em face da Caixa Econômica Federal, objetivando a condenação em "prover o ambiente de trabalho com todos os recursos necessários à garantia de sua autonomia", bem como ao pagamento de danos materiais (a ser apurado em liquidação) e morais (no valor de mil salários mínimos), sofridos pela injusta reprovação em concurso público.

Alega o autor ser portador de tetraplegia CID-10:G82.4-W16. Em 23/10/2014, foi notificada pela requerida de sua *aprovação* no Concurso Público, para o cargo de Técnico Bancário Novo.

Contudo, foi *reprovado* no exame médico admissional sob a alegação: "*Tendo em vista as informações fornecidas pelo candidato, considero contra indicado para o cargo de TB*".

Não conformado, o autor interpôs "recurso administrativo", o qual fora indeferido, nos seguintes termos: "*Razões Administrativas e/ou técnicas julgadas pertinentes pela GIPES, médico coordenador ou junta média do recurso*".

Em seguida, o autor requereu cópia da Ficha de Inspeção de Saúde, negado pela requerida.

Contudo, prestou *concurso para vaga similar* – Cargo de Escriturário no Banco do Brasil, onde foi admitido, encontrando-se no exercício de suas funções.

Entende ter havido reprovação injusta pela CEF, o que lhe causou danos materiais e morais.

A *preliminar de inépcia da inicial* foi afastada no despacho saneador de fls. 147/148, ocasião em que foi *afastada a necessidade de produção de prova testemunhal.*

Pela Caixa Econômica Federal foram juntados os laudos médicos do autor.

O Ministério Público Federal opinou pela *procedência parcial da ação*, apenas quanto ao provimento do cargo e do ambiente de trabalho, com todos os recursos necessários à garantia da autonomia do requerente. Entendeu *improcedente a ação*, a respeito da indenização material e moral.

É o relatório.

Passo a decidir.

Antecipo o julgamento da lide, porque não há necessidade de produzir provas em audiência (art. 355, I, do Código de Processo Civil – Lei 13.105/15).

A preliminar trazida aos autos em contestação já foi analisada e afastada no despacho saneador de fls. 147/148, sem que tenha sido apresentado recurso dessa decisão.

Preliminarmente, verifico a *falta de interesse processual* do autor, quanto à manutenção, pela requerida, de ambiente adequado à pessoa com deficiência, uma vez que o pedido formulado na ação não é de admissão do autor na Caixa Econômica Federal, em razão do concurso

prestado, mas de *indenização* por danos que alega ter sofrido. Por decorrência, há falta também de *legitimidade ativa*, eis que eventual *proteção de direito difusos* compete a determinadas entidades, demarcadas na *Constituição* e nas leis – titulares da *ação civil pública*.

Passo, portanto, à apreciação do pedido de indenização por danos materiais e morais.

Em razão do Edital nº 1 – Caixa, de 22/01/2014, o autor concorreu às vagas para cargo de Técnico Bancário Novo, na qualidade de *candidato portador de deficiência*.

O autor recebeu telegrama e e-mail, por meio do qual a requerida informou a sua *aprovação e necessidade de apresentação de documentos* (fls. 62/64 e 65/68). Porém, novo telegrama foi-lhe enviado (fls. 70), comunicando-lhe que o laudo médico, emitido com base nos exames médicos admissionais realizados pelo autor, concluiu pela *impossibilidade de seu aproveitamento no cargo de Técnico Bancário Novo*, o que prejudica sua admissão no quadro de pessoal da Caixa.

Não conformado, o autor pediu reconsideração da decisão. Segundo o telegrama de fls. 78, o recurso referente ao resultado da etapa Exames Médicos Admissionais foi indeferido por "*Razões Administrativas e/ou técnicas julgadas pertinentes pela GIPES, médico coordenador ou junta médica do recurso.*". Mantido, pois, o resultado pela impossibilidade de aproveitamento no cargo escolhido.

Contudo, por meio de documentos juntados posteriormente, no bojo desta ação, foi possível perceber os motivos pelos quais a requerida entendeu ser o autor inapto para o exercício de seu trabalho.

O documento Ficha de Inspeção de Saúde – FIS (fls. 82/84), o de fls. 171/173 (Junta Médica 23/12/2014 Exame Pré-Admissional) e o de fls. 175/176, apontam que o autor depende de terceiros para cuidados pessoais, locomoção, deslocamentos e atividades da vida diária, com perda significativa de funcionalidade dos membros superiores e inferiores; dificuldades para atividades como segurar caneta, escrever, segurar objetos ou papel, necessitando sempre de alguém para auxílio mas tarefas, quer relacionadas ao trabalho ou de ordem pessoal. *Quanto a outros aspectos, sejam de ordem emocional, comportamental ou cognitiva, não foram constatados óbices.*

De acordo com o edital, à fls. 36, as principais atividades para o cargo ao qual o autor concorreu e foi *aprovado nas provas,* são *prestar atendimento e fornecer as informações solicitadas pelos clientes e público, efetuar todas as atividades administrativas necessárias ao bom andamento do trabalho na Unidade; operar microcomputador, terminais e outros equipamentos existentes na Unidade; instruir, relatar e acompanhar processos administrativos e operacionais de sua Unidade; efetuar cálculos diversos referentes às operações, programas e serviços da Caixa; elaborar e redigir correspondências internas e(ou) destinadas aos clientes e ao público"(...).*

São, portanto, "tarefas administrativas" inerentes à função para a qual o autor concorreu; exigem *capacidades que o autor detém, isto é, a emocional, a comportamental e a cognitiva* - estas são mais do que *suficientes para o desempenho da função.*

No ponto, cumpre salientar, o autor fora *aprovado* posteriormente para funções correlatas, no Banco do Brasil, no cargo de Escriturário, e lá está a exercer suas funções.

Isso reforça a *inexistência de incompatibilidade* entre a situação física do autor e as atribuições do "cargo" para o qual fora aprovado, na CEF.

O edital, que vincula as partes diante das condições nele impostas, prevê que no ato da inscrição a pessoa que se declara portadora de deficiência deve encaminhar, no ato da inscri-

ção, cópia do seu laudo médico, emitido nos últimos doze meses, atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doenças.

O laudo/relatório médico de fls. 34, de 14/08/2016, aponta: o "*paciente sofreu trauma raquimedular em acidente de mergulho ocorrido em dezembro de 2001. Apresenta quadro de tetraplegia espástica completa, nível funcional C5. Também de acordo com as anotações em prontuário, locomove-se em cadeira de rodas e necessita de auxílio nas atividades de vida diária. O esvaziamento vesical é realizado através de cateterismo intermitente*".

De acordo com o Guia do Fisioterapeuta, são características do nível funcional C5 (http://fisioterapiahumberto.blogspot.com.br/2011/02/lesao-medular-traumatica-objetivos.html):

> *NÍVEL C5*
> Indivíduos com tetraplegia C5 possuem uso funcional da flexão de cotovelo. Com a ajuda de dispositivos de assistência especializada, tais como órteses de punho ou a mão que lhes permitam segurar objetos, estas pessoas podem alcançar a independência na alimentação e higiene. A fisioterapia é importante para prevenir contraturas de flexão de cotovelo e supinação do antebraço causada pela atividade do bíceps sem oposição. Pacientes com lesão em C5 podem ajudar na mobilidade e vestuário.
> Embora possam utilizar cadeira de rodas manual com adaptações para serem tocadas, provavelmente uma cadeira de rodas motorizada com controles manuais será necessária para a maioria das suas necessidades de mobilidade. Os pacientes necessitam de assistência para a maioria dos auto-cuidados, para a mobilidade, transferência e para o manejo das funções vesicais e intestinais. A tecnologia assistiva desempenha um papel importante na maximização do controle do ambiente, ajudando o paciente a ajustar a altura da cama, atender telefones, usar computadores, acender e apagar luzes e televisores. Dirigir um veículo especialmente adaptado é possível.
> *Habilidades:* Normalmente tem o controle dos movimentos de cabeça, pescoço e ombros. Podem fletir os cotovelos e realizar supinação de antebraço.
> *OBJETIVOS FUNCIONAIS:*
> *Tarefas Diárias:* Independência para comer, beber, lavar o rosto, escovar os dentes, barbear rosto e cabelos após assistência na montagem de equipamentos especializados.
> *Cuidados de Saúde:* É possível realizar alguns dos auto-cuidados de saúde, como tosse auto-assistida e alívio de pressão ao inclinar-se para frente ou para os lados.
> *Mobilidade:* Pode empurrar uma cadeira de rodas manual em curtas distâncias sobre superfícies lisas. A cadeira de rodas motorizada com controles de mão é normalmente utilizado para as atividades diárias. Dirigir pode ser possível após serem avaliados por um profissional qualificado para determinar as necessidades de equipamentos especiais.

A lei nº 7.853/1989 dispõe, no artigo 1º:

> Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.
> § 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os *valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.*
> § 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais

> que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

A requerida, em cumprimento à determinação contida no artigo 37, §1º, do Decreto nº 3.298/99, (regulamento da referida lei) promoveu, no edital do concurso, a *reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência*.

Comprovada a deficiência, nos termos da lei, *não há como se eximir da contratação*, sob a alegação de que o aprovado seria deficiente físico e necessitaria das adequações necessárias, a fim de que pudesse exercer a função para a qual foi aprovado.

Se fosse o caso, eventual "desclassificação" deveria ocorrer apenas *durante o período de estágio probatório, mediante justificativa plausível*. Nesse momento, ou seja, *na prática*, no desenvolvimento da função propriamente, poder-se-ia verificar eventual falta de condições físicas do autor.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM VAGA RESERVADA A DEFICIENTE FÍSICO. EXAME MÉDICO ADMISSIONAL. FASE DO CERTAME. AVALIAÇÃO DA COMPATIBILIDADE ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO E A DEFICIÊNCIA APRESENTADA. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 7.853/89 E DECRETO Nº 3.298/99. *EXAME QUE DEVE SER REALIZADO DURANTE O ESTÁGIO PROBATÓRIO. PRECEDENTES DO STJ.* HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINORAÇÃO.
> 1. Remessa Oficial e recursos de apelação interpostos pela FUNDACAO UNIVERSIDADE DE BRASILIA - FUB - e pela UNIÃO FEDERAL em face de sentença responsável por julgar procedente o pleito autoral, declarando a nulidade do ato que eliminou o autor do concurso para Policial Rodoviário Federal (Edital nº 1 de 11.06.2013) na etapa de avaliação médica, assegurando-lhe o direito de prosseguir no certame, *devendo sua deficiência física ser avaliada, em relação à compatibilidade com as atribuições do cargo, no curso do estágio probatório, nos termos do parágrafo segundo do art. 43 do Decreto nº 3.298/99.*
> (...).
> 3. O Decreto nº 3.298/99, que vem regulamentar a Lei nº 7.853/89 e instituir a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, assegura ao candidato aprovado em vaga destinada aos portadores de deficiência física que o *exame da compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo seja realizada por equipe multiprofissional, durante o estágio probatório e não em uma etapa de concurso público. Precedentes do STJ.* (...)
> (TRF5 – Quinta Turma, APELREEX 08040243720134058300, Desembargador Federal Marcelo Navarro, 26/06/2014)

De todo modo, conforme ressaltado, o *autor foi aprovado em concurso similar*, no Banco do Brasil, onde exerce, regularmente, suas funções.

A Constituição Federal estatui, como um dos *fundamentos* da República brasileira, a *dignidade da pessoa humana* (art.1º, "caput", III). A par disso, no artigo 3º, estabelece os *objetivos fundamentais* da República, dentre eles: (I) *construir uma sociedade livre, justa e solidária*; (III) *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; (IV) *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.*

Já, o artigo 6º, XXXI, do Texto Constitucional, refere ao seguinte *direito social*: *proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.*

Sem falar na *assistência social*, consistente na *habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária* (art.203, IV), e na *educação*, na qual é dever do Estado dar *atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino* (art.208,III).

A esse arcabouço jurídico-constitucional, sobrevieram as legislações, dentre elas, a Lei 7.853/99, regulamentada pelo citado Decreto 3.298/99; e o Decreto 6.949/09, o qual promulgou a Convenção Internacional sobre as Pessoas Portadoras de Deficiência, assinados em Nova Iorque, em 2007; dispõe o artigo 27, 1, "a":

> 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:
> a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

Portanto, a ação procede, nesse aspecto.

A respeito dos *danos materiais*, solicitados pelo autor, deve-se consignar, ele não chegou a exercer as funções; não houve trabalho laboral. Dessa forma, pretende-se aplicar-se o *princípio geral de Direito* denominado "*proibição do enriquecimento sem causa*"; o Ministério Público Federal, no parecer, foi nesse sentido.

Mas a situação concreta não é tão singela assim, pois demanda *aspectos valorativos* importantíssimos, e todos *comportados pelo Direito*, conforme se verá.

O autor germânico, Karl Larenz, explica:

> Tanto a procura da decisão para um caso concreto como a interpretação e integração da lei por parte da ciência do Direito são, efetivamente, atividades criadoras.[1]

É que, no dizer, de *Ihering – Geist des romischen Rechts, 4º vol., 1864* - , citado por Karl Laurez:

> A vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida (...) a dialética jurídica, mesmo quando teve de *ponderar* as consequências dos conceitos e princípios em jogo, determinou-se, essencialmente, pela *adequação prática do resultado*.[2]

No caso, diante das circunstâncias fáticas (o autor, deficiente físico, após penoso e concorrido concurso, embora *aprovado nas provas*, não pôde assumir as funções), a *dignidade da pessoa humana* ressoa de forma a amoldar a aplicação daquele princípio [proibição do enriquecimento sem causa] aos ditames do sistema normativo; há, por assim dizer, *contenção* daquele princípio geral de Direito em face da *dignidade da pessoa humana*.

1 *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 81, 5ªed., Fundação Calouste Gulbenkian, trad. José Lamego, 2009.
2 Ob.ci., p. 58. Grifos não-originais.

Noutro dizer, num *juízo de ponderação*, verifica-se, claramente, a necessidade de o autor ser *indenizado*, por não ter exercido as funções para a qual prestou o *concurso e fora aprovado* – segundo "padrão mínimo" de *razoabilidade*, a *dignidade da pessoa humana*, na situação concreta, ajusta e contende o princípio da *proibição do enriquecimento sem causa*.

Além do mais, no confronto, *prepondera* outro princípio, o da *boa-fé*, que decorre do *princípio da segurança jurídica*, o qual, tanto quanto a *proibição do enriquecimento sem causa*, é *princípio geral de Direito*.[3] No caso, o autor esteve o tempo todo de boa-fé, e acabou *surpreendido* pela conduta da requerida, que interrompeu o acesso dele ao exercício das funções; houve *interrupção abrupta da expectativa certa* do autor (ingressar nos quadros da CEF).

Finalmente, aplica-se o regime de *Direito Constitucional* e, sobretudo, de *Direito Administrativo*, eis que o *concurso público*, exigência contida na *Constituição*, (art.37, II), é um *procedimento administrativo*. O regime, assim, é de *Direito Administrativo*.

Nessa seara jurídica, referindo-se à *responsabilidade civil do Estado*, expõem os autores franceses Laubadère, Venezia e Gaudemet:

> O prejuízo deve ser *certo*. (...). Exclui-se, pois, o prejuízo simplesmente possível e eventual. Mas a jurisprudência tem assimilado como prejuízo certo o *prejuízo futuro*, não apenas quando ele for inevitável, mas também nos casos em que houver chances sérias de sua realização.[4]

Dentre os exemplos citados pelos autores, destaco aquele que refere à "perda de uma chance séria de êxito num concurso, por fato de uma decisão ou de uma ação da Administração".[5]

Nesse campo, conforme se sabe, de regra, a *responsabilidade civil é objetiva*, mediante a aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Conquanto a requerida seja *pessoa jurídica de Direito Privado e não preste os serviços públicos*, sobressai essa *espécie de responsabilidade*, por conta de estar submetida, ao realizar *concurso público*, ao *regime de Direito Administrativo*.

Se a requerida praticou *atos de Direito Público*, se realizou *procedimento* na feição pública, somente a *responsabilidade objetiva* é equipolente às *prerrogativas* dela. O *regime de Direito Público* propicia certas *prerrogativas* à entidade que pratica a atividade pública; por outro lado, há o ônus identificado na *responsabilidade civil objetiva da entidade titular da atividade*.

Escrevemos:

> A nosso ver, o Brasil adota a *teoria do risco administrativo*. Como o nome indica, fundamenta-se no risco que a atividade pública gera para a sociedade, podendo acarretar danos a alguns, em detrimento de outros. Pelo princípio da igualdade, todos devem suportar o ônus, por intermédio do Estado, que é mantido pelo pagamento de tributos.
> Acolhe-se, assim, a responsabilidade objetiva do Estado: *não se perquire a culpa ou o dolo* do agente causador do dano; basta a existência do *nexo causal entre este e o ato*.[6]

---

3 Heraldo Garcia Vitta, *Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo*, p. 94, Malheiros, 2001: "A segurança jurídica liga-se à ideia de boa-fé...".

4 *Traitè de Droit Administratif*, Tome I, p. 949, L.G.D.J., Paris, 1996.. Grifos originais: "Le préjudice doit être certain (...).Est exclu par là le préjudice simplement possible et éventuel. Mais la jurisprudence assimile assez libéralement au préjudice certain le *préjudice futur*, non seulement lorsqu'il est inévitable mais aussi lorsqu'il presente des 'chances sérieuses de réalisation."

5 Ob.cit., p. 950: "(...). perte d'une chance sérieuse de réussite à un concours du fait d'une décision ou d'un agissement de l'administration (C.E. 8 févr 1984, Min.Ed.nat.c. *Dlle Guéninchault*, D.1986, I.R., 31, obs.Moder et Bom)".

6 Heraldo Garcia Vitta, *Responsabilidade Civil e Administrativa por Dano Ambiental*, p. 88, Malheiros, 2008, Grifos não-originais.

Dessa forma, na *responsabilidade objetiva*, há *inversão do ônus probatório*[7] - *compete à requerida* demonstrar ter atuado segundo os parâmetros do Direito, o que, na verdade, não ocorreu, em que pese *a ausência de dolo por parte dos empregados dela*. Estamos, portanto, no tema da *responsabilidade civil objetiva por ato ilícito* praticado pelo Estado.

A *ilicitude do ato* deve ser vista igualmente de forma objetiva, independe da intenção do agente, quanto ao tomar a medida tendo conhecimento de que ela é ilegal, ou não. Isso teria importância somente no tema de penalidades ao agente faltoso – que não é o caso.

De todo modo, houve, por parte do autor, *perda séria de uma chance*, porque o ingresso na função foi *obstaculizado*, de maneira abrupta, inesperada, por ato da requerida, a qual, *ainda que alegue boa-fé*, na medida em que teria interpretado o *laudo equivocadamente*, *impediu o acesso* do autor à função para a qual estudou com afinco e dedicação, tendo sido aprovado.

Percebe-se, o autor tem direito à indenização por *perda de uma chance*, além dos *danos morais*. Quanto a estes, sem razão o Ministério Público, ao asseverar a impossibilidade da indenização, ante os *meros agravos do cotidiano*. Não se pode dizer ter havido agravos de rotina a situação do autor, conforme já ressaltamos, e torna-se desnecessário repetir.

Nem se alegue, em face do pedido do autor, de julgamento *extra petita*; é que, pode-se admitir, os *danos materiais*, solicitados na inicial, referem à "expectativa de receber salários e acesso aos quadros da entidade", a qual fora "perdida em decorrência de ato da requerida".

Pode, o magistrado, ao *qualificar os fatos*, conferir-lhes a respectiva *feição jurídica*, definindo-a, perante o Direito:

> Não ocorre julgamento extra ou ultra petita quando o juiz, decidindo a causa, dá aos fatos, narrados pelo autor na inicial, definição jurídica, simplesmente, qualificando-os para, em decorrência, arbitrar o valor da indenização (STJ, 3ª T. Resp. 10002-SP, Rel.Min. Nilson Naves, j.9.12.1991, v.u., DJU 17.2.1992, p.1373).[8]

Fixo, portanto, o valor de *R$ 10.000,00 (dez mil reais)*, referente a indenização por *perda de chance do autor*, considerando a *probabilidade de êxito*. Reputo *razoável* esse valor, por conta das *condições do autor e da probabilidade exitosa* quanto ao exercício das funções a contento.

Quanto ao *dano moral*, verifico também sua configuração, considerada toda a sorte de desgaste imposto ao autor em razão da exclusão do certame.

O dever de indenizar prescinde da demonstração objetiva do abalo moral sofrido, porquanto decorrente da experiência comum, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano.

Passo à fixação do valor da indenização relativa ao dano moral, o que faço considerando seus fins reparatórios, punitivos e pedagógicos, bem como as circunstâncias do dano e as condições socioeconômicas, psicológicas e a culpabilidade das partes, atentando à proporcionalidade, não levando à indenização branda, a ponto de frustrar o desestímulo que dela se esperaria, ou ao enriquecimento sem causa do autor.

Destaco a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça:

---

7 *Idem, ibidem*, p. 86

8 Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, L. 13.105-2015, p.1165, RT, 2015.

> DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR.
> Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido.
> (Processo RESP 20010137595 - RESP - RECURSO ESPECIAL – 355392- Relator(a) -NANCY ANDRIGHI - Sigla do órgão - STJ - Órgão julgador - TERCEIRA TURMA - Fonte - DJ DATA:17/06/2002 PG:00258)

Posto isso, fixo a indenização pelo dano moral no valor de *R$ 15.000,00 (quinze mil reais)*, que entendo razoável, como forma de compensação a propiciar a reparação do dano moral sofrido pelo autor e como reprimenda à CEF para que evite ao máximo a repetição do fato lesivo.

A correção monetária, quanto à indenização por danos morais, conta-se desde a publicação desta sentença, inteligência da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça (*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*).

Diante do exposto,

1. JULGO EXTINTO O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, com relação ao pedido de manutenção, pela requerida, de ambiente adequado à pessoa com deficiência, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil;

2. JULGO PROCEDENTE o pedido, resolvendo o mérito, consoante artigo 487, I, do CPC (Lei 13.105/2015), para o fim de condenar a requerida no pagamento de *indenização de R$ 10.000,00 (dez Mil reais), por perda de chance do autor*. Quanto aos *danos morais*, condeno-a ao pagamento de *R$ 15.000,00 (quinze mil Reais)*. Ambos os valores serão acrescidos de juros *e correção monetária*, cumulativamente pela SELIC, art. 406 do Código Civil *(Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*), nos *seguintes termos*: quanto à *perda da chance*, a partir do momento em que foi negado ao autor o acesso às funções (05.01.2015, fls.78); no caso dos *danos morais*, a *partir da sentença*.

Observada a súmula nº 326 do Superior Tribunal de Justiça *(Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca)*, a sucumbência é plena, razão pela qual condeno a ré ao pagamento de custas e honorários à razão de 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Ressalto que não obstante a prolação da sentença já sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, as normas relativas aos honorários são de natureza mista, visto que fixam obrigação em favor do advogado, portanto direito material, além de se reportarem à propositura da ação, momento em que se firma o objeto da lide, que demarca os limites da causalidade e sucumbência, cuja estimativa é feita pelo autor antes do ajuizamento.

Nesse sentido é a doutrina de Marcelo Barbi Gonçalves, em *"Honorários Advocatícios*

e Direito Intertemporal", http://jota.uol.com.br/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal:

> Ora, se a causalidade é dotada de referibilidade ao ajuizamento da petição inicial, é natural que se aplique a regra tempus regit actum, de sorte que os honorários sejam disciplinados não pela lei em vigor ao tempo de prolação da sentença/acórdão, senão por aquela vigente àquele primeiro momento. Dessa forma, pode-se dizer que o capítulo condenatório, à semelhança do lançamento tributário (art. 144, CTN), reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, qual seja, a propositura da ação, e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente revogada.
> Veja-se, ainda, que a celeuma doutrinária quanto à natureza jurídica do ato de lançamento – se declaratório da obrigação, ou se constitutivo do crédito tributário -, é despicienda para a questão ora em debate. Com efeito, a despeito da natureza que se lhe queira atribuir, a obrigatoriedade de que os atos substanciais sejam regidos pela lei em vigor ao tempo de seu aperfeiçoamento é uma decorrência da tutela ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, CRFB), de maneira que não se pode retroagir o NCPC para colher sob seu manto de eficácia ato já consumado.
> (...)
> E, deveras, outra solução não é possível em um código que busca, incessantemente, evitar as decisões-surpresa. Como é cediço, a decisão de *terza via*, incompatível com o modelo processual comparticipativo preconizado pelo novo código,[12] é aquela que, em desrespeito aos deveres de cooperação processual, surpreende as partes quanto a aspectos fáticos ou jurídicos da demanda. Ora, se assim o é, o que dizer de uma decisão que frustra a legítima expectativa de despesa decorrente da improcedência do pedido? Essa calculabilidade também não está coberta pelo modelo cooperativo de processo?
> De fato, o custo *ex ante* de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado ínsito a um bom sistema jurisdicional, de forma que apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional os cidadãos socorrem-se do aparelho estatal para compor litígios sem poder antever as consequências possíveis de seu comportamento.
> Em palavras outras, o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.

Assim, em atenção à segurança jurídica, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, reportando a origem dos honorários e a avaliação da causalidade e dos riscos de sucumbência à inicial, pelo que as novas normas sobre essa matéria só devem incidir para processos ajuizados após sua entrada em vigor.

Indefiro o pedido de enviar cópias ao Ministério Público, para o fim de apurar eventual infração criminal, pois entendo, de forma cristalina, não haver os requisitos do tipo legal – não há o *mínimo de reprovabilidade no âmbito criminal*.

P.R.I.

São Paulo, ___ de dezembro de 2016.

Juiz Federal HERALDO GARCIA VITTA

AÇÃO PENAL
0009649-15.2015.4.03.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ré: DULCELAINE LUCIA LOPES NISHIKAWA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 06/10/2017

I - RELATÓRIO

O Ministério Público Federal denunciou DULCELAINE LÚCIA LOPES NISHIKAWA pela prática do crime de estelionato (art. 171, § 3º do Código Penal). A denúncia narra que no período compreendido entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009 a ré "(...) obteve para si vantagem ilícita em prejuízo da CAPES, induzindo-a e mantendo-a em erro mediante fraude, ao informar a existência de dedicação integral à atividade acadêmica a ser desenvolvida, o que lhe permitiu receber indevidamente, [...] quatro parcelas da bolsa". Na época, a CAPES exigia dedicação exclusiva às atividades acadêmicas, sendo vedada a percepção da bolsa com o exercício de outras atividades remuneradas, condição que constava em termo assinado pela ré. No entanto, entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009, concomitantemente à fruição da bolsa, a ré prestou serviços ao Departamento Autônomo de Águas e Esgoto de Araraquara — DAAE, sendo remunerada para tanto.

Ainda de acordo com a denúncia, não bastasse o descumprimento das condições para a fruição da bolsa, a ré tentou encobrir a fraude por meio de certidão do DAAE atestando que ela não percebeu remuneração entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009.

A denúncia foi recebida em 30/11/2015 (fl. 10).

Em resposta à denúncia (fls. 31-35) a Defesa sustentou que a conduta é atípica em razão da pouca expressão do alegado prejuízo. Com base nesse raciocínio, requereu a absolvição sumária da denunciada ou, alternativamente, a suspensão condicional do processo.

Os pedidos de absolvição sumária e de suspensão condicional do processo foram rejeitados.

Uma das testemunhas de acusação foi ouvida por carta precatória (fl. 44-46).

Em 7 de março último realizou-se a audiência para inquirição de testemunhas e interrogatório da ré (fls. 74-75).

Em alegações finais (fls. 82-85) o MPF discorreu sobre o conjunto probatório, concluindo que as provas colhidas confirmaram os fatos narrados na denúncia. Destacou que não se pode falar em aplicação do princípio da insignificância. Requereu a condenação da ré, bem como a fixação de valor mínimo para a reparação de danos, não inferior a R$ 10.800,00.

Os memoriais da Defesa foram encartados às fls. 94-110. Em resumo, a Defesa argumentou que as provas produzidas na instrução demonstraram que a autora não prestou serviços ao DAAE no período em que percebeu a bolsa. O que ocorreu é que seu contrato com o DAAE foi encerrado sem o pagamento integral dos valores devidos, débito que foi adimplido entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009.

Como os memoriais da Defesa foram acompanhados de documentos, abri vista ao MPF. Após examinar esses elementos, o MPF ponderou que "(...) os documentos juntados pela acusada não alteram o contexto delineado nas alegações finais oferecidas pelo Parquet, pois não

explica a prestação de serviços indicada a fls. 1258/1259 do apenso I, a qual ocorreu após o início do vínculo da acusada com a CAPES".

São essas as principais ocorrências do processo.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A denúncia imputa à ré a prática do crime de estelionato (art. 171, *caput*, c/c § 3º do Código Penal). Segundo a inicial, no período de setembro de 2008 a fevereiro de 2009 a ré exerceu atividades remuneradas junto ao DAAE ao mesmo tempo em que recebia bolsa de estudos do CAPES. O problema é que naquela época era vedado o exercício de atividade remunerada durante a fruição da bolsa, limitação que era de conhecimento da bolsista.

A comprovação do crime neste caso embaralha materialidade e autoria delitiva. Objetivamente, o que deve ser definido neste caso é se a partir de outubro de 2008 DULCELAINE continuou a exercer atividade remunerada junto ao DAAE (algo que a acusada nega) ou se os elementos que apontam a prestação de serviços concomitante ao pagamento da bolsa CAPES encerram um mal entendido. Correta a primeira assertiva, está configurado o crime de estelionato; ao revés, caso comprovada a tese do mal entendido, não se pode falar em vantagem indevida para a ré tampouco em prejuízo ao erário.

É disso que passo a tratar.

A investigação que desaguou nesta ação penal foi deflagrada a partir de notícias de irregularidades nos programas de concessão de bolsas da CAPES e do CNPq no âmbito da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho — UNESP levadas ao conhecimento do Ministério Público Federal pelos professores Augusto César Francisco e Diogo Ramos de Oliveira. Especificamente quanto à DULCELAINE, a notícia dava conta de que a ré percebia bolsa do CAPES ao mesmo tempo em que mantinha vínculo remunerado com o DAAE.

Para receber a bolsa a ré firmou termo de compromisso em que se comprometia a respeitar as cláusulas do programa, dentre as quais "I —dedicação integral às atividades do programa de pós- graduação"; e "III — quando possuir vínculo empregatício, estar liberado das atividades profissionais sem percepção de vencimentos" (cópia do termo de compromisso está juntada à fl. 979 do apenso). DULCELAINE também emitiu declaração em que afirmava "(...) para os devidos fins que não possuo nenhum vínculo empregatício remunerado" (cópia à fl. 980). Tanto o termo de compromisso quanto a declaração foram assinados em 29 de outubro de 2008.

Em março de 2008 a ré celebrou contrato com o DAAE cujo objeto era a prestação de serviços de coordenação de projeto social em áreas atendidas por obras do PAC (cópia às fls. 1314-1319 do apenso, quase no final do último volume). Segue a transcrição das cláusulas mais relevantes para esta ação penal:

> CLÁUSULA SEGUNDA — DOS PRAZOS
> 2.1 O período de vigência do contrato será de 06 (seis) meses contados a partir do dia 31/03/2008.
> CLÁUSULA TERCEIRA — DOS PREÇOS E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO
> O preço total para execução do objeto deste contrato é de R$ 7.943,33 (sete mil, novecentos e quarenta e três reais e trinta e três centavos), que será pago em seis parcelas mensais. Mensalmente, a contratante deverá apresentar RPA (Recibo de Pagamento de Autônomo) e o relatório das atividades desenvolvidas, contendo: data, atividade e horas dispendidas.

Considerada a data de início do vínculo (31/03/2008) e o período de vigência do contrato

(seis meses), o vínculo da autora com o DAAE deveria se encerrar em 30/09/2008, ou seja, *antes* do início da fruição da bolsa.

No entanto, documentos encaminhados pelo DAAE ao Tribunal de Contas da União mostram que em outubro de 2008 e janeiro de 2009 DULCELAINE foi remunerada por serviços prestados à autarquia municipal. As respectivas notas de empenho estão fundamentadas em relatórios que documentam atividades desenvolvidas pela ré em outubro, novembro e dezembro de 2008. Os documentos enviados pelo DAAE ao TCU estão encartados entre as fls. 1241-1260 do apenso; — deixo de fazer referência específica às folhas em razão de falhas na numeração dos autos.

Segundo a ré, esses relatórios não retratam a realidade. O que aconteceu é que o DAAE atrasou o pagamento de parte da remuneração ajustada, muito embora o serviço tenha sido concluído no prazo acertado, e para viabilizar os pagamentos emitiu relatórios de atividade cujos conteúdos não correspondem ao que ocorreu no plano dos fatos.

Tomo como ponto de partida para o exame da tese a prova produzida em audiência, começando pelo depoimento da testemunha Diogo Ramos de Oliveira. Diogo foi um dos alunos da pós-graduação que denunciou a ocorrência de supostas fraudes na execução dos programas de bolsas de estudo da CAPES e do CNPq no âmbito da UNESP Araraquara; — o outro foi o acadêmico Augusto César Francisco.

> Prestei concurso para doutorado em Araraquara na UNESP, tendo me classificado em segundo lugar na proficiência em francês. Dada minha colocação, acreditei que receberia bolsa, pois o edital estabelecia que os três primeiros colocados seriam agraciados. Mudei-me para Araraquara e em fevereiro fui atrás de informações sobre as bolsas. Porém, fui informado de que não tinha a mínima previsão para a bolsa. Conversei com o coordenador sobre a questão, quando fui informado que pelos critérios da UNESP os candidatos à bolsa deveriam entrar numa lista de espera, tanto para bolsa do CAPES quanto para o CNPq. Pelos critérios da instituição, novos alunos nunca teriam chance de conseguir a bolsa, pois sempre havia acadêmicos mais antigos na lista de espera. A ré obteve a bolsa, mas ela estava trabalhando. Era uma coisa tão normal para eles, que até colocavam no Currículo Lattes que trabalhavam e recebiam bolsa. Depois eles foram apagando isso, mas eu e meu amigo guardamos as versões mais antigas desses currículos. Eu e um amigo ligamos para a empresa informada pela ré e confirmamos que ela realmente trabalhava lá, de modo que não tinha dedicação integral. Ela trabalhava em alguma coisa de consultoria ambiental, se não em Araraquara nos arredores da cidade. Por conta dessa denúncia sobre irregularidades nas bolsas fui desligado do programa de doutorado. Condicionaram minha permanência no programa a um pedido de retratação sobre as irregularidades, mas eu não aceitei.

Transcrevo agora o depoimento da testemunha Simone Cristina de Oliveira. Simone foi a funcionária do DAAE que emitiu declaração segundo a qual a partir de setembro de 2008 a pesquisadora DULCELAINE não manteve vínculo funcional ou recebeu remuneração da autarquia (fl. 1240 do apenso).

> A ré trabalhou para o DAAE em 2008 num projeto vinculado ao PAC. Uma das exigências do programa era de que fosse contratado um profissional da área de ciências sociais que ficasse responsável pelo projeto socioambiental. Dulcelaine foi contratada para essa atividade e a desempenhou muito bem. Depois do encerramento do contrato ela me procurou dizendo que teve um problema com a CAPES, que fizeram uma denúncia de que ela acumulava a função no DAAE com a bolsa. Sei que quando da contratação ela não era bolsista, até porque essa

> era umas das condições do contrato. Como eu não tinha conhecimento de acúmulo de vencimentos pagos pelo DAAE entendi que não haveria problema em expedir uma declaração nesse sentido. A declaração foi redigida segundo as informações prestadas pela ré e com informações do setor financeiro do DAAE. Lembro que a execução das obras do PAC tiveram algum atraso, mas a parte da Dulcelaine foi feita conforme o cronograma. O que pode ter acontecido é ela ter recebido algum resíduo financeiro depois do encerramento do contrato, em razão da burocracia do setor financeiro. Pelo que me lembro, o trabalho de Dulcelaine foi concluído em setembro de 2008. [Depois de consultar os relatórios de atividades exibidos pelo MPF] Acredito que esses relatórios tenham sido elaborados pelas assistentes sociais. Não tenho conhecimento se o pagamento nessas condições aconteceu com outras pessoas.

Por fim, resgato o interrogatório da ré, também em transcrição livre.

> A acusação não é verdadeira. Entrei na pós-graduação e num primeiro momento não tinha bolsa. Posteriormente me comunicaram sobre o interesse na obtenção de uma bolsa. Eu tinha um contrato de prestação de serviço com o DAAE que ia de março a setembro. Quando me ofereceram a bolsa eu estava terminando o contrato com o DAAE e precisava de recursos para continuar pagando minhas contas. Então, em 29 de outubro eu assinei o termo de compromisso com a CAPES, informando que eu não tinha vínculo empregatício. Nesse momento meu contrato já tinha sido encerrado e eu não prestava mais serviços ao DAAE. Sobre os relatórios de atividades, aconteceu o seguinte: se somados os valores que recebi, vai dar exatamente o que estava previsto no contrato. Acontece que por um atraso do DAAE, eu só recebi as últimas parcelas em janeiro de 2009. Eu não tinha intenção alguma de receber algo ilícito. Uma das coisas que muito meu orgulho é meu caráter e minha dignidade; eu jamais tomaria algo que não fosse lícito. Na verdade estou sendo penalizada porque trabalhei direito, ter cumprido o contrato no período e ter recebido de forma posterior. Os relatórios eram assinados quando do pagamento. Quem elaborava os relatórios eram as assistentes sociais. Elas fizeram esses relatórios para viabilizar o pagamento do que o DAAE me devia. Meu contrato não teve nenhum aditamento; foi cumprido no prazo combinado, de março a setembro de 2008. O que recebi depois disso foi resquício do que deveria ter sido pago na vigência do contrato. Essa foi a primeira vez que participei desse tipo de contratação. Acho que o denunciante Diogo tinha o direito de investigar as irregularidades... o que ele fez de errado foi investigar a vida das pessoas, mas não ir a fundo nessas apurações.

Em linhas gerais, o depoimento da testemunha Simone corrobora a alegação da ré no sentido de que não houve prestação de serviço ao DAAE após o término do contrato. Aliás, a testemunha denotou segurança ao afirmar que o projeto desenvolvido por DULCELAINE foi concluído dentro do prazo de seis meses estabelecido no contrato; de acordo com Simone, se houve atraso isso se deu apenas em relação ao pagamento do que faltava para integralizar o valor ajustado no contrato.

Por outro lado, a testemunha Diogo afirmou que por meio de ligação telefônica confirmou o vínculo empregatício da ré junto à empresa "... que ela dizia que trabalhava na época". No entanto, arrisco-me a dizer que muito provavelmente o depoente se equivocou nesse ponto, talvez confundindo a ré DULCELAINE com outra pessoa.

Explico.

Conforme se depreende da representação que deu início às investigações no âmbito criminal, formalizada pelos doutorandos Augusto César Francisco e Diogo Ramos de Oliviera, os representantes apuraram indícios de irregularidades na concessão de bolsas da CAPES e do

CNPq a pelo menos sete alunos da pós-graduação da UNESP de Araraquara (Antônio Carlos Brunetta, Fabrício Antônio Deffacci, Rogério Fernandes Macedo, *Dulcelaine Lucia Lopes Nishikawa*, Renan Bandeirante Araújo, Moisés Augusto Gonçalves e Antonio Carlos Lopes Petean). Em quase todos os casos as principais irregularidades estavam na burla ao compromisso de dedicação exclusiva às atividades acadêmicas e vedação à manutenção de vínculo de emprego ou função com outra instituição ou empresa.

A representação aponta os elementos que na visão dos denunciantes comprovariam o exercício de atividade remunerada simultaneamente à fruição de bolsa da CAPES ou do CNPq. No caso do aluno Renan Bandeirante Araújo o suposto vínculo foi demonstrado pelo conteúdo do currículo Lattes conjugado com ato de nomeação para o cargo de professor publicado na Imprensa Oficial do Estado do Paraná; em outros três casos (Antônio Carlos Brunetta, Rogério Fernandes Macedo e Moisés Augusto Gonçalves) pela conjugação dos respectivos currículos Lattes com informações obtidas por telefone junto às instituições a que estariam vinculados; nos demais (*Dulcelaine Lucia Lopes,* Fabrício Antônio Deffacci e Antonio Carlos Lopes Petean) os representantes não indicam outros elementos que não as informações contidas nos currículos Lattes.

É importante realçar que a representação dos alunos Augusto e Diogo — intitulada "denúncia formal de corrupção" — deixa transparecer em sua forma e conteúdo o cuidado dos denunciantes em bem fundamentar a ocorrência das irregularidades que julgaram encontrar. Aproveitando dois ditos populares que caem bem ao caso, Augusto e Diogo se preocuparam em não deixar ponto sem nó; em contar o milagre e dar o nome do santo. Todos os atos normativos citados (portarias, resoluções etc.) e as atas de reunião referidas acompanham a representação na forma de anexos, o mesmo ocorrendo com os currículos Lattes dos representados. No caso das informações obtidas por telefone, os denunciantes tiveram a cautela de informar o número e os dados da pessoa que prestou as informações. O cuidado foi tanto que ao perceberem, depois de protocolada a representação, que uma das informações obtidas por telefone não era tão consistente como então se acreditava, os denunciantes requereram que a denúncia fosse desconsiderada em relação ao aluno Moisés Augusto Gonçalves (fls. 76-78 do apenso).

O desvelo dos representantes com a exatidão das informações que levaram ao conhecimento do MPF voltou a se manifestar com o avanço das apurações. É que depois de tomar conhecimento das notícias de irregularidades, o CNPq deflagrou auditoria com o propósito de apurar a concessão de bolsas pelo programa de pós-graduação em sociologia da Faculdade de Ciências e Letras da UNESP Araraquara. A auditoria concluiu que "... as acusações foram consideradas improcedentes por não ter encontrado nenhuma irregularidade que transgredisse as normas deste Conselho, tanto por parte dos alunos bolsistas quanto da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Sociologia-PPGS, da UNESP em Araraquara" (fl. 177 do apenso). Ao tomarem conhecimento do resultado da auditoria, os alunos Augusto e Diogo encaminharam nova manifestação do MPF, agora com o objetivo de "apontar contradições na auditoria do CNPq" (fls. 156-172). Nessa manifestação, os denunciantes não só revisitaram os elementos informados na representação inicial como trouxeram novos dados que confirmariam as supostas irregularidades, sempre tendo o cuidado de indicar as respectivas fontes. Porém, em relação à ré DULCELAINE, os denunciantes atacaram a auditoria do CNPq apenas com base nas informações expostas no currículo Lattes conforme a versão de fevereiro de 2009.

Denota-se, portanto, que as irregularidades concernentes à concessão da bolsa da ré DULCELAINE foram baseadas apenas no conteúdo de seu currículo Lattes em fevereiro de 2009, sem a realização de outras diligências que confirmassem o vínculo de emprego ao DAAE, em especial a consulta por telefone à suposta empregadora. Com efeito, se os denunciantes

tivessem confirmado o vínculo da ré junto ao DAAE certamente teriam detalhado essa informação na representação ou na manifestação que refuta as conclusões da auditoria do CNPq. Nessa ordem de ideias, parece-me que a testemunha Diogo se equivocou quando mencionou em seu depoimento que o vínculo fora confirmado por meio de ligação telefônica, provavelmente confundindo o caso de DULCELAINE com outro aluno arrolado na representação. A propósito disso, vale lembrar que o depoimento foi prestado cerca de oito anos depois do protocolo da representação, o que torna compreensível eventual lapso de memória.

Por aí se vê que os indícios que os alunos Augusto e Diogo reuniram contra a ré se resumiam às informações expostas na versão de fevereiro de 2009 do currículo Lattes da ré.

Todavia, a simples menção no currículo Lattes a respeito da existência de vínculo profissional é muito frágil para comprovar a irregularidade no recebimento da bolsa de estudo. As informações na plataforma Lattes são de responsabilidade do titular do cadastro, de modo que a exatidão de seu conteúdo depende apenas de seu interesse em manter a base atualizada. Aliás, a falta de controle rígido sobre o conteúdo é motivo de crítica na comunidade acadêmica; — é famoso o caso do falso currículo Lattes de Galvão Bueno, no qual se informa que o locutor esportivo, entre outros portentos, tem graduação em medicina pela Unifesp, mestrado em engenharia eletrônica pelo MIT, doutorado em física pela Caltech e é fluente em croata, chinês e guarani[1].

Está certo que a versão do currículo que serviu de base para a representação foi certificada pela autora em 25/02/2009. Ou seja, nessa data a ré atualizou seu currículo, inserindo ou retificando informações. Porém, não se sabe o que a autora alterou no currículo nessa oportunidade, muito menos se ela revisou de forma vertical seu conteúdo para sanar eventuais inconsistências, em especial o campo atuação profissional. Ainda nesse particular, é importante registrar que os denunciantes instruíram a representação com cópia parcial do currículo, deixando de fora a parte que compila as informações a respeito da produção acadêmica, justamente a porção que costuma ser alvo de especial atenção do acadêmico nas atualizações; — na versão atual do Lattes da ré, certificada em 05/12/2016, sete das 11 laudas são dedicadas à produção acadêmica[2].

De mais a mais, embora o currículo de DULCELAINE tenha sido importante para fundamentar a representação dos alunos Augusto e Diogo, não foi determinante para a denúncia que abre esta ação penal. O principal elemento que compromete a ré são os relatórios de atividades que descrevem atividades desenvolvidas entre 11 de novembro e 19 de dezembro de 2008 (cópia encartada entre as fls. 1258 e 1260 do apenso) e as notas de empenho e recibos que comprovam o pagamento de remuneração em outubro de 2008 e janeiro de 2009 (fls. 1250-1258, com falhas na numeração).

Tudo seria mais fácil se as irregularidades se limitassem aos pagamentos efetuados em outubro de 2008 (R$ 1575,76). É que não há registro de atividades desenvolvidas em outubro de 2008, o que faz presumir que esse pagamento diz respeito a atividades desenvolvidas no mês de setembro de 2009.

Cumpre anotar que o simples pagamento concomitante à fruição da bolsa não implica em irregularidade, se demostrado que essa verba decorre de atrasados. O que não se admite é que o pagamento seja efetuado em contrapartida ao exercício de atividade durante o período em que a doutoranda deveria estar se dedicando apenas às atividades de pesquisa.

1 http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe0807200901.htm, acessado em 05/09/2017, às 18h03.
2 http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4769023P8, acessado em 05/09/2017, às 16h.

Vistas as coisas sob esse ponto de vista, não há problema quanto aos pagamentos efetuados em outubro de 2008, uma vez que decorrentes de atividades seguramente desenvolvidas *antes* da concessão da bolsa de estudo.

Por outro lado, o pagamento efetuado em janeiro de 2009 é quase que indesculpável, uma vez que foi determinado com base em relatórios que documentam atividades desenvolvidas entre 11 de novembro e 19 de dezembro de 2008, quando a ré já era beneficiária da bolsa da CAPES.

Porém, a Defesa conseguiu estabelecer interessante contraponto aos indícios de irregularidade na fruição da bolsa. Segundo a tese exposta nas alegações finais, a autora prestou os serviços ao DAAE no prazo estipulado no contrato (de março a setembro de 2007), mas não recebeu integralmente a remuneração ajustada. Para viabilizar o pagamento do resíduo, o DAAE emitiu relatórios de atividades que na verdade não foram desenvolvidas pela coordenadora DULCELAINE, ao menos não nas datas ali informadas. Trocando em miúdos, o DAAE teria encontrado um *jeitinho* para pagar o que devia à prestadora de serviços.

A tese está bem resumida no seguinte trecho extraído das alegações finais da Defesa:

> Está claro nos autos que o RELATÓRIO juntado ao financeiro para pagamento de restos de salário foi feito com data anterior a janeiro de 2009 para cumprir exigência de normas internas do financeiro do DAAE e justificar o pagamento. A Senhora Dulcelaine esclarece em depoimento que não coordenou serviço de campo após a data de 30 de setembro de 2008. Os autos não trouxeram testemunhas cabais de que a Senhora Dulcelaine estava de corpo presente nos meses de novembro a dezembro de 2008 na obra mencionada no relatório. O Relatório apresentado apenas para cumprir burocracia de normas internas do DAAE não foi assinado pela acusada Dulcelaine, diferente de outros relatórios, como por exemplo os Relatórios dos períodos de 28/04/2008 a 12/05/2008; de 13/05/2008 a 16/05/2008, anexos dentre as folhas 1241 a 1259 do apenso I.

O primeiro indício de que o pagamento efetuado em janeiro de 2009 não corresponde a atividades desenvolvidas quando a autora ostentava a condição de bolsista da CAPES decorre do contrato celebrado entre a ré e o DAAE. Conforme visto, o contrato tinha validade até 30 de setembro de 2008, sendo que não há notícia de prorrogação.

Não é incomum que débitos atinentes a contratos firmados com o Poder Público sejam adimplidos após sua extinção por decurso de prazo. Nesses casos o pagamento constitui mero desdobramento de contrato findo, sem implicar em sua repristinação ou prorrogação tácita. Contudo, o que não é comum (até porque ilegal) é o contrato continuar vinculando as partes após sua extinção por decurso de prazo, sem que tenha havido novo acordo ou mesmo até de império determinando sua prorrogação.

O valor da parcela paga em janeiro de 2009 também apoia a tese de que esse pagamento correspondia a atrasados devidos à DULCELAINE. Como bem observado pela Defesa, até 06/10/2008 o DAAE emitiu notas de empenho cujo valor bruto somou R$ 7.109,76. Já o valor bruto da nota de empenho referente ao pagamento efetuado em janeiro de 2009 foi de R$ 834,12, ou seja, o montante que faltava para integralizar a remuneração estipulada no contrato (R$ 7.943,33); — para ser bem preciso, a soma do valor bruto de todas as notas de empenho supera o valor do contrato em R$ 0,55.

Os depoimentos da testemunha Simone Cristina de Oliveira e da ré fortalecem os indícios de que não houve prestação de serviços a partir de setembro de 2008.

A testemunha Simone Cristina de Oliveira cogitou que pode ter havido alguns atrasos pontuais na execução das obras do PAC que demandaram a contração da ré. No entanto, foi enfática ao defender que esses atrasos não repercutiram no projeto de DULCELAINE, que foi desenvolvido segundo o cronograma previsto. E justamente por ter convicção disso é que a testemunha emitiu a certidão que nega a prestação de serviços pela ré ao DAAE após a concessão da bolsa. A respeito dos relatórios que informam atividades nos meses de novembro e dezembro de 2008, acredita que foram elaborados pelas assistentes sociais para viabilizar o pagamento do resíduo devido à DULCELAINE.

No mesmo sentido foram as declarações prestadas pela ré em seu interrogatório. DULCELAINE foi categórica ao negar a prática de irregularidades na obtenção e fruição da bolsa CAPES. A propósito disso, abro um parêntese para registrar uma nota pessoal: revisitando o vídeo do interrogatório da ré conservei a impressão que tive quando presidi a audiência, no sentido de que DULCELAINE foi sincera quando negou que prestou serviços ao DAAE depois de setembro de 2008.

Se tais indícios não convencem de forma cabal sobre a inocência da ré ao menos colocam em dúvida a alegação de que DULCELAINE prestou serviços remunerados ao DAAE ao mesmo tempo em que recebeu bolsa da CAPES. Dito de outra forma, a conclusão a que chego pode ser sintetizada em duas perguntas: a ré prestou serviços ao DAAE ao mesmo tempo em que recebia bolsa da CAPES? Resposta: talvez sim, talvez não (pessoalmente acredito que não). As provas demostram de forma conclusiva algum desses cenários? Resposta: não.

Diante deste quadro de incerteza, não há outro caminho que não a absolvição da ré nos termos do art. 386, VII do CPP. Oportuno lembrar lição de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, transcrita por FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO[3], "El juez no duda cuando absuelve. Está firmemente seguro, tiene a plena certeza. De quê? De que lhe faltam pruebas para condenar...Não si trata de um favor sino de justicia...".

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, *ABSOLVO* a ré *DULCELAINE LUCIA LOPES NISHIKAWA* da imputação de estelionato, o que faço com fundamento no art. 386, VII do CPP.

Sem custas.

Fixo os honorários da Advogada Dativa no valor máximo da tabela. Com o trânsito em julgado, requisite-se o pagamento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 11 de setembro de 2017.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

3 Código de processo penal comentado: volume 2 – 13 ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010, p. 968.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0000041-23.2016.4.03.6131

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF
Réus: ESPÓLIO DE THARCILIO BARONI JUNIOR E VILSON JOSÉ INNOCENTI
Intervenientes: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE E MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2017

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação civil pública, por atos de improbidade administrativa, atribuídos a *THARCILIO BARONI JUNIOR*, ex-prefeito do munícipio de São Manuel/SP e *VILSON JOSÉ INNOCENTI*, ex-vice-prefeito do município de São Manuel/SP.

Aduz-se que tais autoridades públicas locais foram responsáveis, cada qual à sua época, pela implantação, coordenação e gestão dos recursos federais transferidos pelo *Fundo Nacional da Educação - FNDE* ao *Município de São Manuel* durante o período de 2009 a 2012, destinados exclusivamente à merenda escolar e vinculados ao *Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE/ Merenda Escolar*. Historia a inicial que esses requeridos, no exercício dos respectivos cargos públicos que ocupavam, praticaram atos violadores de preceitos constitucionais e legais, por meio dos quais constatou-se dano ao erário, no montante de *R$ 1.810.402,00*, o que consubstancia ato de improbidade administrativa, nos termos dos *arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92*. Que, supostamente, teriam praticado atos contrários aos princípios da Administração Pública de sua conduta resultou dano ao patrimônio público da União, que se pretende ver apurado e composto por meio da presente demanda.

Em despacho inicial preliminar (fls. 28-vº), determinou-se a coleta da manifestação inicial dos requeridos acerca dos fatos descritos na exordial (respectivamente fls. 52/57, com documentos juntados às fls. 58/84; 92/119), em que se sustentam preliminares processuais entre tais, inépcia da inicial, ausência de dano ao erário, além de, no mérito, sustentarem que não cometeram os atos de improbidade a eles atribuídos.

A petição inicial da ação foi recebida pela decisão de fls. 124/130-vº, que determinou, liminarmente, a decretação de indisponibilidade de bens e de direitos, até o limite dos danos materiais pleiteados pelo autor.

Devidamente citados, os réus apresentam suas contestações às fls. *170/177* (THARCÍLIO BARONI JÚNIOR) e *181/205* (VILSON JOSÉ INNOCENTI), em que, sucintamente, reiteram os termos da sua manifestação preliminar escrita, sustentando, em suma apertada, que não cometeram os atos de improbidade que lhe estão sendo imputados pelo órgão ministerial, e que não agiram, impelidos por dolo de locupletamento, impossibilidade de prestação das contas na forma pretendida pelo autor e aplicação integral dos valores relativos ao PNAE/ Merenda nas finalidades sociais por ele divisadas. Sustentam, mais, quanto ao valor indenizatório pretendido, que a petição inicial da ação ignora valores já devolvidos pelo Município, batendo-se, ao final, pela inexistência de prática de ato de improbidade administrativa por parte dos aqui réus.

Admissão à lide, na qualidade de assistentes litisconsorciais do autor do *FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE* e do *MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL*, por meio da decisão de fls. 281.

Réplica do MPF, refutando as preliminares alvitradas pelos requeridos, e, quanto ao mérito, pugnando pela procedência da ação (fls. 288/316).

Às fls. 431/432-vº proferi decisão saneando o feito, indeferindo a realização de prova pericial contábil pleiteada pelos réus, e indeferindo a oitiva das testemunhas pretendidas pela defesa do requerido VILSON JOSÉ INNOCENTI. Àquela oportunidade, admiti o traslado da prova produzida no curso da instrução criminal encetada nos autos da ação penal intentada pelo ora autor em face do primeiro co-réu (Processo *nº 0008880-42.2013.403.6131*), a título de prova emprestada, o que foi devidamente levado a efeito às fls. 448/456.

Às fls. 469/470 foi trasladada para estes autos cópia da certidão de óbito do co-requerido *THARCÍLIO BARONI JÚNIOR*. Às fls. 482/484 (com documentos juntados às fls. 485/498), comparece aos autos o espólio do de cujus, requerendo sua admissão à lide, em sucessão, o que foi concretizado por força de decisão proferida às fls. 499.

Alegações finais do MPF às fls. 512/550; do espólio de THARCÍLIO BARONI JR. às fls. 559/571; do FNDE às fls. 572; de VILSON JOSÉ INNOCENTI às fls. 574/601. A Prefeitura Municipal de São Manuel não se manifestou em alegações finais, conforme se colhe da certidão de fls. 602.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

A preliminar de litispendência ou coisa julgada suscitada pela defesa técnica dos ora requeridos não tem como ser acolhida. Bem observa, nesse ponto, o DD. Órgão Ministerial aqui oficiante que, *verbis* (*fls. 528*): "(...) os demais fatos/ pedidos que são objeto da presente demanda (causa de pedir) diferem daquele tratado nos autos nº 1000550-25.2016.8.26.0581, da 1ª Vara Cível em São Manuel, que inclusive sequer adentrou ao mérito". Com tais considerações, agregando, ademais, que não se trata de lide estabelecida entre as mesmas partes, e observado que o espectro do pedido aqui realizado é bem mais amplo do que aquele, com diversas causas de pedir, não se está diante de qualquer causa processual que configue empecilho ao desenvolvimento da presente demanda. Por tal razão, *rejeito* a preliminar de litispendência/ coisa julgada.

As demais questões preliminares suscitadas pelos requeridos aqui em testilha já foram, todas, devidamente analisadas pelo juízo quando da decisão que acabou por concluir pelo recebimento da petição inicial da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Nessa conformidade, remetem-se as partes à leitura do que ali ficou estabelecido, devendo a sentença que ora se prolata revolver o mérito da controvérsia formada no bojo dos presentes autos. Antes, porém, ainda merecem consideração os pontos a seguir, que dizem com os pressupostos processuais e as condições da ação.

DA LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO DO PARQUET FEDERAL.

Cumpre afirmar, *in casu*, a legitimidade ativa *ad causam* sustentada pelo D. Órgão da Procuradoria da República local.

Com efeito, inserem-se entre as atribuições constitucionais do Ministério Público o zelo pelo, *verbis* "efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (CF, art. 129, II).

Ora, não resta a menor dúvida de que a proteção das verbas envolvidas nos serviços sociais relacionados a programa governamental federal, se insere dentro da órbita de atuação

do Ministério Público Federal, sendo que o objetivo da lide em pauta é justamente escrutinar a regularidade e a juridicidade dos serviços públicos prestados durante a gestão dos requeridos, nos cargos de administração superior da gestão municipal.

De outro giro, encontro presente a nota essencial da metaindividualidade dos direitos subjetivos aqui em questão, na medida em que se veiculam, *lato sensu*, hipóteses de violação generalizada a interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Perfaz-se, nessa seara, o requisito da transindividualidade dos direitos discutidos no bojo da presente demanda, donde afigurar-se presente a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para os termos da demanda.

Isto bem assentado, verifico que não existem preliminares a decidir, nulidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. O feito em termos para receber julgamento pelo mérito, porquanto, analisados os requerimentos de produção probatória por meio da decisão de fls. 431/432-vº, restou a mesma irrecorrida, de forma que restou estabilizada a instrução processual, cabendo analisar as provas que constam dos autos. É o que se passa a fazer.

ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DA IRREGULARIDADE FUNCIONAL À IMPROBIDADE.

Em primeiro lugar, é necessário deixar bem assentada a diferenciação existente entre irregularidade administrativa e ato de improbidade.

A primeira consiste na prática do ato administrativo em desacordo com o figurino legal. Em se tratando de Administração Pública, e presentes os cânones da legalidade estrita, a prática do ato em desacordo com a lei se sujeita às sanções próprias constantes do ordenamento jurídico.

Encarece a doutrina que o ímprobo é o desonesto, o desleal, o imoral. É essa a nota distintiva da improbidade. Mais do que a comprovação da prática do ato viciado em si mesmo, deve-se caracterizar, para fins de enquadramento do sindicado nos ditames da improbidade, a falta ao dever ético de conduta de parte do servidor, a falta ou desvio de caráter da ação a qualificar a nulidade como ato imoral, ímprobo.

Sobre esse ponto, ensina a doutrina de *MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO*:

> Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isto significa que não basta a legalidade formal, restrita da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.
> [*Direito Administrativo*, 15 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 670].

Nesse sentido, também tem se posicionado a jurisprudência do *Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*, que, em julgado conduzido pelo voto do Eminente *Ministro LUIZ FUX*, então integrane dos quadros daquela Corte, assim se pronunciou:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92, ART. 11. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA)
> 1. Os embargos de declaração visam conceder efeitos infringentes do julgado sob a invocação

de que o elemento subjetivo do tipo não logrou ser examinado.
2. O aresto embargado, nos itens 3 e 4, versou acerca do elemento subjetivo do tipo, *verbis:*
A doutrina do tema é assente que "imoralidade e improbidade devem-se distinguir, posto ser a segunda espécie qualificada da primeira, concluindo-se pela inconstitucionalidade da expressão culposa constante do *caput* do artigo 10 da Lei 8.429/92" (Aristides Junqueira, José Afonso da Silva e Weida Zancaner). É que "estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão "culposa" inserta no *caput* do art. 10 da lei em foco é inconstitucional. Mas, além da questão sobre a possibilidade de se ver caracterizada improbidade administrativa em conduta simplesmente culposa, o que se desejou, primordialmente, foi fixar a distinção entre improbidade e imoralidade administrativas, tal como acima exposto, admitindo-se que há casos de imoralidade administrativa que não atingem as raias da improbidade, já que esta há de ter índole de desonestidade, de má-fé, nem sempre presentes em condutas ilegais, ainda que causadoras de dano ao erário" (Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais, coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 108). Destarte, "somente nos casos de lesão ao erário se admitiria a forma culposa — cumulativamente com a dolosa — de improbidade administrativa, porquanto teria o legislador silenciado quanto às hipóteses em que não houvesse prejuízo ao patrimônio público. Com efeito, a forma culposa de lesão aos princípios que regem a atuação dos agentes públicos, por si só, sem o correspondente prejuízo patrimonial efetivo, não basta para justificar incidência das sanções de improbidade administrativa, ante o princípio da reserva legal" (Improbidade Administrativa, Fábio Medina Osório, Porto Alegre, Síntese, 1997, pág. 82).
3. Consectariamente, são inacolhíveis os embargos de declaração com finalidade unicamente infringente, porquanto inocorrente qualquer omissão (precedentes) (g.n.).
[Processo: EDcl no REsp 939142 / RJ – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2007/0071808-0, Relator(a): Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento: 18/09/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 20/10/2008]

No voto condutor do Recurso Especial donde manejados os embargos acima indicados, Sua Excelência bem pontua que:

A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.
A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.
À luz de abalizada doutrina: "A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)" *in* José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.
[RECURSO ESPECIAL nº 797.671 – MG (2005/0179387-0)]

Em outro precedente, o mesmo Em. Ministro, que, atualmente, compõe o *C. STF*, assim se pronuncia a respeito desse tema:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE). MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.
> 1. A atipicidade dos fatos, à luz da prova produzida na fase de defesa prévia da ação de improbidade, decorrente da análise das atividades do prefeito, conducentes à rejeição da ação, interditam a cognição do Tribunal na forma da Súmula 7/STJ.
> 2. *In casu*, a instância *a quo* concluiu que: "AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. NÃO RECEBIMENTO DA INICIAL. 1. Os fatos, cujo enquadramento é proposto no art. 11, I, demais não caracterizarem a figura do desvio de poder, qualificam-se como meras irregularidades, incapazes de configurar improbidade administrativa, instituto inseparável da presença de desonestidade. 2. A verificação na aquisição de merenda escolar, de aquisições superiores a 3% do valor de mercado, não é hábil, só por si, para configurar o tipo do art. 10, XII, da Lei 8.429/92. 3. Inicial não recebida Sra. Presidente, quanto à questão da lei de improbidade, que é uma lei da máxima relevância, no entanto tenho uma certa preocupação com a aplicação da lei de improbidade. Essa preocupação nasce do próprio conceito de improbidade administrativa. O Professor José Fontes da Silva, quando entrou em vigor a Constituição Federal, se pronunciou pelo conceito de improbidade administrativa como uma ofensa qualificada à moralidade administrativa. De maneira que se pode concluir que uma irregularidade ou uma ilegalidade nem sempre poderá ser considerada improbidade administrativa. Os fatos narrados, a aquisição de produtos alimentícios no valor bem superior ao valor do mercado configuraria, a princípio, a improbidade administrativa. Creio que o fato de uma resolução regulamentar exigir um laudo de controle da mercadoria e, isso não foi realizado pela administração, penso que talvez essa desobediência que se enquadra no art.11, I, não configure o tipo da improbidade. O meu voto é no sentido de receber, apenas, o pedido no que concerne ao art. 10, XXII.. (...) Peço licença para retificar meu voto. Quando recebi a inicial, fi-Io com base no art. 10, XII. É certo que este inciso fala 'permitir, facilitar ou concorrer para que terceiros se enriqueçam ilicitamente'. No entanto, assim fazia em face de o inciso V ter um tipo que poderia representar a subsunção de uma das irregularidades narradas, que era 'permitir ou facilitar aquisição, permuta ou locação de bens ou serviços por preços superiores ao do mercado'. Considerando que dentro do conjunto do valor global do convênio o suposto excesso de valor de mercado fora de aproximadamente 2% (dois por cento), retifico meu voto acompanhando a maioria e não recebendo a inicial, pedindo vênia ao Relator".
> 3. Recurso Especial não conhecido (g.n.).
> [RESP 200501941946, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:13/10/2008].

Essas são as diretrizes de pensamento que, segundo vejo a questão, devem orientar e informar o critério diferenciador entre a prática de uma mera irregularidade administrativa e um ato de improbidade.

Bem de ver, por outro lado, que a constatação da má-fé nas condutas trazidas ao crivo da cognição judicial deve ser cabalmente comprovada pelo interessado.

Por ser a representação do senso médio de honestidade que se deve esperar das condutas em sociedade, é a boa-fé do agente que deve ser presumida no caso concreto, cedendo a presunção apenas quando sobrevier prova incontestável da situação oposta.

Quanto a esse ponto, entendo pertinente que se traga à colação as reflexões de nosso mais notável jurisconsulto, o emérito Professor *MIGUEL REALE*, que deixa bem clara essa posição: a grande baliza do intérprete do Direito é o pressuposto da boa-fé. Em suas própria palavras:

> Se há algo que me impressiona no evolver do Direito pátrio é a crescente perda de confiança no homem. Nossa legislação baseia-se, cada vez mais, no pressuposto da má fé. Desconfia-se de tudo e de todos, postos no mesmo plano os honestos e os que o não são, como se fosse possível esperar tudo da lei quando nada se espera da livre e espontânea cooperação do homem. Crê-se na lei, porque já não se crê no homem, quando aquela só vale como expressão objetiva das virtudes humanas.
> [*Horizontes do Direito e da História* – Estudos de Filosofia do Direito e da Cultura, São Paulo: Editora Saraiva, 1956, p. 10].

Assim, em atenção à exortação da doutrina, deve prevalecer sempre, no espírito do julgador, a orientação que prestigia a presunção da boa-fé nas relações jurídicas. Todas as outras situações devem ficar comprovadas nos autos.

Com isso em mente, passo à análise individualizada de cada uma das condutas apontadas inicial, explicitando que os temas foram aqui agrupados segundo sua similitude, seja em razão das situações fáticas evidenciadas, seja em razão da conclusão que, em relação a eles se impõe. Por este motivo, não se respeitou, necessariamente, à seqüência dos temas exposta na inicial. Dentro dessa estruturação, portanto, é que passarei à análise de cada um desses tópicos que indico na sequência.

DA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DO PNAE NO MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL/ SP. AUSÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO AOS DESTINATÁRIOS DA TUTELA JURÍDICA.

Quanto a este aspecto, é de se mencionar que, como forma de contextualizar o conteúdo das condutas dos gestores públicos às épocas dos fatos descritos na inicial, é necessário explicitar, preliminarmente, que não há nenhuma indicação objetiva, concreta, segura, de que a merenda escolar não tenha sido efetivamente fornecida aos alunos da rede pública de educação no Município de São Manuel no período de gestão dos requeridos mencionado na preambular. Observe-se, no ponto, que a petição inicial, a partir das constatações levadas a efeito pelas autoridades competentes da fiscalização federal, atribui aos requeridos a supressão completa das verbas relativas aos repasses efetuados para tais fins, tanto que, ao final, se pede a condenação dos mesmos à *devolução do valor integral repassado*, sem qualquer dedução ou abatimento, de sorte que é razoável assumir, considerada essa observação, que o D. Órgão do Ministério Público Federal se embasa na premissa de que nenhuma verba tenha sido destinada ao programa de alimentação escolar.

Sucede, entretanto, segundo penso, que a inexistência de documentação, em poder dos réus, que comprove, nos exatos termos exigidos pela legislação específica, a efetiva entrega dos gêneros alimentícios às unidades escolares destinatárias *não equivale* a demonstrar que a merenda não foi entregue. É preciso ter em mente, quanto a este ponto, que, no Brasil, merenda escolar é um tema que figura dentre as prioridades capitais da sociedade contemporânea, sendo que a absoluta ausência de seu fornecimento ou a sua dispensação de forma grosseiramente inadequada seriam assuntos tão relevantes e centrais que, dificilmente, passariam impunes, fosse qual fosse a esfera de governo envolvida com falha de tamanha gravidade, ou o matiz ideológico da posição política dominante. De ilegalidade desse jaez, certamente, haveria histórico relevante de reclamações perante o Órgão Estadual do Ministério Público local, a própria Prefeitura Municipal, Secretaria de Educação, Conselho Tutelar, entre outros. Ou, quando não, pelo menos teria sido objeto de divulgação pela imprensa, ainda que local, como frequentemente se verifica em face de algumas ocorrências congêneres que, infelizmente, ainda se constatam nos dias atuais.

Dessas circunstâncias, entretanto, o DD. Órgão Ministerial promovente não manejou fazer prova absolutamente nenhuma, limitando-se ao argumento – alicerçado, é verdade, nos depoimentos dos agentes que procederam à auditoria relativa à execução desse programa de alimentação estudantil junto ao Município – de que os então gestores municipais *não comprovaram, documentalmente, a efetiva entrega dos alimentos* (cf. nesse sentido, argumentação de fls. 533, tomada com base no depoimento da auditora do FNDE MARCÍLIA DE OLIVEIRA). Como já antes assinalado, considero, no entanto, *data maxima venia*, pouco viável essa conclusão, na medida em que uma falta administrativa dessa gravidade, e por período de tempo tão expressivo e relevante – que, aí sim, acaso configurada, permitiria o enquadramento da conduta para a tipicidade de ato de improbidade –, certamente, mostraria consequências que extrapolariam, e em muito, a simples constatação administrativa da ausência dos documentos pertinentes, ante o notório impacto social que esta conduta, substancialmente considerada, seria capaz de produzir.

Fico, assim, nesse ponto, com a conclusão que me parece mais razoável nesse quesito, no sentido de que – à revelia da exibição da documentação necessária à comprovação da efetiva entrega dos gêneros alimentares aos estudantes – a merenda escolar do Município de São Manuel foi, ao menos na parte principal ou relevante, dispensada aos estudantes beneficiários, de sorte que, por tal razão, reputo não haver prova satisfatória seja da tredestinação dos recursos que a tanto seriam alusivos, seja de sua absorção indevida por parte dos réus, a adjungi-los, já por este fundamento, às sanções de improbidade correlatas.

Assim, sedimentada, nos autos, a efetiva prestação do Poder Público Municipal relativamente à entrega da merenda escolar no período de incumbência de ambos os requeridos, não se vislumbra nenhum prejuízo aos destinatários da especial proteção legal, que – ainda que com irregularidades administrativas de caráter formal – receberam a alimentação que lhes era destinada, cumprindo-se, ainda que por vias transversas, o desiderato maior da legislação. Nessas hipóteses, vale registrar que a jurisprudência de nossas Cortes Federais vem reiteradamente se orientando no sentido da inexistência de configuração de improbidade por parte do gestor público, uma vez que afastada a má-fé ou o dolo a qualificar a conduta inquinada. Nesse sentido, arrolo precedentes:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. REMESSA OFICIAL. RECURSO MINISTERIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92 - LIA). EX-PREFEITO. GESTÃO. PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE). IRREGULARIDADES. PREJUÍZO AO ERÁRIO (ART. 10). ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO (ART. 11). DESCARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO E DE MÁ-FÉ. PARECER DO MPF PELA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO.
> - Foram imputados ao réu, ex-prefeito de Flora Rica/SP, as seguintes condutas: a) inobservância de procedimento licitatório para aquisição de merenda escolar; b) inconsistências em quantitativos de gêneros alimentícios adquiridos para merenda escolar; c) gerenciamento inadequado dos recursos federais repassados pelo PNAE, que não foram movimentados em conta específica do programa, consoante determina o art. 19, V, da Res./CD/FNDE nº 32/2006.
> - É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da LIA, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário.
> - Não há prova de que o réu, deliberadamente, dispensou indevidamente o procedimento licitatório, visando favorecimento próprio ou de terceiros. Igualmente, não há elementos que permitam analisar se as compras realizadas à margem do procedimento licitatório acarretaram prejuízo ao erário, ou se de algum modo prejudicaram os destinatários da merenda escolar.

- No que tange às inconsistências nos quantitativos de gêneros alimentícios adquiridos para merenda escolar, restou devidamente esclarecido nos autos que se tratou de desencontro de informações causado por meras irregularidades, uma vez que, não possuindo o Município um setor de compras e, sendo costume dos fornecedores locais expedirem notas fiscais únicas para diversos setores, estas eram empenhadas em rubrica exclusiva do orçamento municipal, dando a errônea impressão de que todos os gêneros alimentícios adquiridos eram empregados como merenda escolar quando, na verdade, também o eram para outras finalidades de interesse público.
- Em relação à ausência de manutenção dos recursos do PNAE em conta específica, a prova dos autos demonstra que a transferência para uma conta municipal se dava porque essa verba era insuficiente para suprir a demanda por alimentação, necessitando de complementação por outros recursos da Edilidade. Logo, ainda que certa a desatenção formal ao contido na Resolução que regulamenta a movimentação dos recursos repassados pelo PNAE, o fato é que tais valores, mesmo transferidos para uma conta do Município, foram efetivamente empregados na alimentação escolar, descaracterizando a ocorrência de improbidade administrativa.
- As condutas do réu, ora impugnadas pelo Ministério Público, encerraram prática de diversas irregularidades, sendo a ausência de licitação para a compra de merenda escolar, de fato, a que mais se aproximou de uma improbidade administrativa, uma vez que simplesmente foi descartada fora das hipóteses legalmente previstas para uma dispensa ou inexigibilidade.
- Entretanto, não descartadas eventuais punições nas esferas civil e administrativa, considerados os pequenos valores envolvidos, a dimensão do Município de Flora Rica, a boa-fé do requerido e a ausência de dolo e de locupletamento, não há falar-se em aplicação das rigorosas sanções previstas na LIA, até porque foi demonstrado que o serviço público em foco - fornecimento da merenda escolar aos alunos - foi satisfatoriamente provido, inexistindo controvérsia nesse ponto.
- Acolhido o parecer da Procuradoria Regional da República, nega-se provimento à apelação e à remessa oficial (g.n.).
[APELREEX 00021694920114036112, JUIZA CONVOCADA LEILA PAIVA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015].

Nesse mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE PROCESSO LICITATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. IRREGULARIDADES QUE NÃO TÊM QUALIFICATIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA REFORMADA.
1. Imputa-se ao apelante, então Prefeito, e assim foi entendido pela sentença (condenatória), a prática de improbidade na gestão dos recursos públicos federais advindos do Programa de Apoio a Alimentação Escolar na Educação Básica - PNAE, em razão da aquisição de gêneros alimentícios para a merenda escolar com dispensa indevida de processo licitatório (art. 10, VII - Lei 8.429/1992), no valor de R$ 41.977,77.
2. A despeito das irregularidades formais apontadas pela CGU quanto à dispensa de licitação para a aquisição dos gêneros alimentícios de terceiros, não houve a indicação do *quantum* da efetiva lesão aos cofres públicos em decorrência desses fatos, tanto que a sentença não encontrou elementos para impor o ressarcimento.
3. O que se extrai dos documentos é que, apesar da ausência do devido processo licitatório, houve a aquisição dos produtos e a efetiva entrega dos gêneros alimentícios necessários ao preparo da merenda escolar dos alunos da rede de ensino pública do município. A finalidade da lei foi cumprida, mesmo com desvio de rota.
4. O sentido do inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92 é o de propiciar à Administração a aquisição por preço menor, em face da concorrência. Mas o chamado dano *in re ipsa* (presu-

> mido), decorrente da ausência da licitação, não deve ser considerado diante da conclusão da sentença, que não vislumbrou danos indenizáveis.
> 5. É imprescindível o elemento subjetivo do agente para a configuração da conduta ímproba, admitindo-se a modalidade culposa somente nas hipóteses de atos que acarretem lesão ao erário (art. 10 - idem). Não houve comprovação de que o apelante agira com dolo ou culpa grave, nem que a utilização das verbas atentasse contra a moralidade, causasse desvio de recursos ou o enriquecimento ilícito do ex-gestor.
> 6. Provimento da apelação (g.n.).
> [APELAÇÃO 00006737820124013307, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:13/09/2016].

Nesse ponto, por certo, ainda insta frisar que a ausência de aquisição de gêneros alimentícios cultivados a partir de agricultura de base familiar, bem como a falta de planejamento de cardápio por responsável técnico do Programa não autorizam, por si apenas, a conclusão de que a alimentação escolar fornecida na gestão dos requeridos tenha sido deficiente ou inadequada. Quanto a este aspecto, considero relevante mencionar que não existe nenhuma comprovação – e nem qualquer alegação nesse sentido – de que, em função da dieta praticada na rede escolar municipal aqui em causa, os estudantes houvessem anotado algum tipo de *déficit* nutricional, que lhes causasse prejuízo à saúde ou ao pleno desenvolvimento biológico ou psíquico. Por tal razão, entendo que, aqui, ainda uma vez, o polo autoral se ressente da demonstração de lesão efetiva ao plexo axiológico tutelado pelas normas de improbidade, porquanto – ainda que a atenção integral à pauta regulatória inerente ao programa seja mandamento obrigatório destinado ao administrador público – a ausência de prova de sua observância não autoriza, senão, concluir pela presença de uma mera irregularidade administrativa, mas nada que autorize, apenas por isso, a configuração de lesão substancial, objetiva e principal aos cânones que tutelam a probidade na gestão da res publica.

Nesse particular, especificamente, é preciso muita cautela na avaliação das condutas administrativas sub escrutínio para que não se promova uma simples irregularidade administrativa à categoria de ato substancial de improbidade, naquilo que seria potencialização obviamente indevida, e, ulteriormente ilegal, do caráter sancionatório das normas incidentes sobre a gestão do programa. Justamente nessa direção, já se decidiu que, *verbis* (*APELAÇÃO 00019319720104013306, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 08/09/2015 PAGINA: 903*): "Não é razoável enxergar sempre, de forma automática, dolo, segundas intenções ou atos ímprobos nas irregularidades cometidas pela administração municipal, às vezes de caráter meramente formal. Cada caso deve ser avaliado no seu histórico e nas suas circunstâncias. Não é toda ilegalidade e/ou imoralidade que caracteriza ato de improbidade" (g.n.).

Daí porque, à míngua da demonstração de que a distribuição da merenda escolar não tenha se dado de forma escorreita no âmbito da Municipalidade de São Manuel, ou de que, por outro lado, da dieta ali praticada haja sobrevindo algum tipo de *déficit*, carência ou prejuízo aos discentes por ela atendidos, não vejo como se possa inculcar aos requeridos qualquer tipo de responsabilidade a título de prática de ato de improbidade.

DO DOLO NA CONDUTA DOS REQUERIDOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Um segundo aspecto que merece, a meu ver, destaque na avaliação das atitudes dos agentes públicos aqui em questão repousa na observação de que a petição inicial da presente ação civil não aponta um motivo, um móvel, interesse pessoal ou razão prática a justificar o agir dos sindicados, de forma a extrair, dos ilícitos por eles praticados na gestão do progra-

ma, o proveito pessoal – para si ou para terceiros, de caráter patrimonial, pessoal, político ou mesmo eleitoral – enfim, o ganho indevido almejado pelos requeridos como forma de, a partir daí, isolar-se a prática do ato adornado pela nota distintiva da improbidade.

Daí, ainda que efetivamente demonstradas as diversas irregularidades em que estiveram incursos os procedimentos de aquisição de gêneros alimentícios no Município de São Manuel, à conta do programa de alimentação escolar de que se trata (adoção de modalidade de certame em desconformidade com o valor total da contratação; fracionamento indevido do objeto do contrato; dispensa de procedimento licitatório (compra direta) em hipóteses em que seria exigível), em nenhum momento chegou-se a declinar – *subsídio indispensável para a correta apreensão do elemento anímico da conduta impugnada* – qual o ganho pessoal, interesse ou estratagema engendrado pelos agentes de sorte a retirar algum proveito ou contrapartida das ilicitudes relacionadas na inicial da presente demanda.

Mesmo porque, e esse dado me parece da maior relevância na aferição do dolo das condutas aqui em estudo, não existe prova absolutamente nenhuma de que tenha havido *sobrepreço*, ou *direcionamento*, favorecimento intencional de terceiros, nos contratos avaliados pela fiscalização que deram origem ao procedimento que ora desce a talho. Nesse sentido, é relevante mencionar os depoimentos, colhidos no âmbito da ação penal a esta correlata, e que, em suma, atestaram para a inexistência de prova de prática de sobrepreço ou de direcionamento dos contratos celebrados no âmbito da Prefeitura Municipal de São Manuel.

Postam-se nesse sentido, com efeito, as declarações, prestadas, sob compromisso, dos auditores da fiscalização vinculada ao *FNDE*. *MARCÍLIA DE OLIVEIRA* atesta que não houve pesquisa de sobrepreço relativamente à aquisição de gêneros alimentícios em São Manuel (59'09" do seu depoimento), não podendo afirmar que, a partir dos dados coletados durante o procedimento de auditoria, tenha percebido direcionamento ou favorecimento intencional de terceiros nos contratos celebrados pela Municipalidade (57'33" do seu depoimento). Em sentido coerente, também se postou o depoimento de *JÚLIO CÉSAR QUEIROZ CIGARINI*, também auditor, que confirma que, no caso aqui sob análise, não se deu a pesquisa de sobrepreço nas aquisições efetuadas pelo Poder Público Municipal (36'16"), tendo afirmado que, embora as empresas vencedoras desses certames fossem sempre mais ou menos as mesmas, não tinha como afirmar haver percebido algum tipo de direcionamento ou de favorecimento de algumas em detrimento de outras (35'11").

O teor de tais assertivas parece vir ao encontro das conclusões administrativas adotadas no âmbito do próprio *FNDE*, que, após a revisão/ consolidação dos dados compilados a partir do *Relatório de Auditoria nº 29/2013* acaba concluindo pela *inexistência de prova de dano ao erário*, nos termos das conclusões firmadas no *Parecer nº 761/2015-DAESP/ COPRA/ CGCAP/ DIFIN/ FNDE*. Nas considerações acerca da execução financeira do programa em evidência, a autoridade administrativa acaba por concluir, relativamente ao exercício fiscal de *2009*, que, *verbis* (*fls. 361/362*):

> 5.1. Em relação aos subitens 1.1 a 1.4 e 1.6 a 1.12 do Relatório de Auditoria nº 29/2013, *vale considerar que, apesar das irregularidades constatadas, não foram apresentados elementos que evidenciassem objetivamente a ocorrência de prejuízo ao Erário.*
> 5.1.1. *Se por um lado destacam-se irregularidades demonstrando flagrante descumprimento da norma, o elemento apresentado não expõe com convicção a ocorrência de prejuízo ao Erário.* Este último juízo é condição essencial para prosseguimento de medidas de exceção na fase de análise final de prestação de contas (g.n.).

Conclusão essa que se repete, *mutatis mutandis*, para o ano-fiscal de *2010*, consoante se colhe do *Parecer nº 786/2015- DAESP/ COPRA/ CGCAP/ DIFIN/ FNDE*, aqui acostado às *fls. 368/371*.

Essa consideração, aliás, pela ausência de lesão ao erário assume, nesse caso concreto, importância ímpar, porquanto, considerado o óbito do co-réu *THARCÍLIO BARONI JÚNIOR*, o seu espólio somente responde pela eventual recomposição dos danos causados ao patrimônio público, considerada, nesse particular, a natureza eminentemente personalista do plexo das demais sanções por improbidade. Não sobrevindo demonstração de que a lesão haja ocorrido, a pretensão reparatória ora dirigida em face do espólio do gestor falecido se mostraria esvaziada por inteiro.

De toda forma, e na linha daquilo que venho aqui sustentando, a ausência de demonstração de dano ao patrimônio público é mais um dos elementos que turvam a demonstração do dolo a animar a conduta dos então gestores municipais, circunstância essa indispensável à caracterização da infração como ato de improbidade. A ausência de qualquer lesão ao erário, reconhecido – como nesse caso – pela própria Administração Pública Federal, firma a presunção de que os recursos públicos foram empregados em benefício da coletividade, o que tanto mais se comprova à míngua da demonstração de absorção indevida ou desvio da massa patrimonial respectiva. Nessas condições, os repertórios de jurisprudência se orientam no sentido de excluir, nesses casos, o enquadramento nas hipóteses previstas no *art. 10 da Lei nº 8.429/92*. Indico precedente:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSOS DO FUNDEB. IRREGULARIDADES QUE NÃO CONFIGURAM VIOLAÇÃO À LEI DE IMPROBIDADE.
> I. Trata-se de apelações de sentença que, em ação civil pública de improbidade administrativa, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o réu PAULO FRANCINETTE DE OLIVEIRA (ex-Prefeito do Município de Masaranduba/PB), nas penalidades previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, decorrentes de atos previstos no art. 11, I da mesma lei citada, por aplicação irregular dos recursos financeiros do FUNDEB, determinando: a) a suspensão dos direito políticos, pelo prazo de 3 (três) anos e, b) o pagamento de multa civil no valor de R$ 5.000,00. Negou o pedido para o réu NIELSON FARIAS DE SOUSA (ex-tesoureiro do Município de Masaranduba/PB).
> *II. Apelam os réus alegando que o Juiz monocrático optou por condenar o réu PAULO FRANCINETTE DE OLIVEIRA pela mera conduta formal, sem observar a ausência de dolo e de que os valores foram imediatamente devolvidos à conta do FUNDEB antes de qualquer denúncia, notificação, ação, pois ao ser percebido o equívoco, realizou-se a conversão dos pagamentos a conta do tesouro municipal. Afirmam que o Tribunal de Contas do Estado já analisou as contas do Município dos anos de 2009 a 2011 e não fez qualquer ressalva a utilização dos recursos do FUNDEB, julgando regulares as aplicações das citadas verbas.*
> *III. A improbidade administrativa que dá ensejo à responsabilização correspondente materializa-se pelo ato marcadamente corrupto, desonesto, devasso, praticado de má-fé ou caracterizado pela "imoralidade qualificada" do agir, de acordo com a expressão empregada. Isto porque se entende que para que seja caracterizado o ato como de improbidade administrativa é forçoso que se vislumbre um traço de má-fé por parte do administrador, senão a ilegalidade se resolve apenas pela anulação do ato que fere o ordenamento legal. A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida também de má-fé do agente público.*
> IV. O FUNDEB foi regulamentado pela Lei nº 11.494/2007, a qual previu em seu art. 22, que "pelo menos 60% (sessenta por cento) dos recursos anuais totais dos Fundos serão destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em

efetivo exercício na rede pública". Com relação aos 40% restantes dos recursos do FUNDEB, nos termos do art. 23 da Lei nº 11.494/2007, é vedada sua utilização em atividades diversas da manutenção e desenvolvimento da educação básica.
V. No caso, a auditoria realizada pelo TCE/PB constatou que no exercício de 2009 e 2011 o réu PAULO FRANCINETTE DE OLIVEIRA se utilizou de parte dos 60% dos recursos do FUNDEB, destinados obrigatoriamente aos profissionais do magistério, para pagamento de servidores de categorias diversas da Secretaria de Educação. Observou-se, ainda, que foram realizadas despesas com finalidades diversas das previstas para a parcela restante dos recursos do FUNDEB (40%), que foram vedadas pelo art. 71 da Lei nº 9.394/1996 (aquisição de gêneros alimentícios e merenda escolar, fardamentos escolares, confecção de material para eventos festivos da Secretaria de Educação).
VI. Não há, no caso, comprovação de apropriação indevida ou desvio em proveito próprio ou alheio dos recursos do FUNDEB pelos réus, tendo sido a verba aplicada integralmente para a coletividade. Constam, nos autos, também, comprovantes de que os recursos desviados foram devolvidos à conta do fundo (fls. 304/361), na exata proporção do desvio reconhecido, não existindo qualquer dano ao erário a justificar o enquadramento dos réu PAULO FRANCINETTE DE OLIVEIRA nas hipóteses previstas no art. 10 da Lei de improbidade.
VII. Conquanto esteja configurada a conduta irregular do ex-Prefeito réu, quanto à observância das formalidades legais para o emprego da verba vinculada a um programa federal, não há nenhum elemento concreto que indique que tal ato tenha sido praticada de forma dolosa ou mesmo que o réu tenha agido de má-fé, ou seja, com o intuito de atentar contra os princípios da administração pública, não se justificando o enquadramento de sua conduta nas hipóteses do art. 11, I, da Lei nº 8.429/92.
VIII. Mesmo que não tenha se seguido de forma literal a legislação de regência, o fato não constitui ato de improbidade administrativa, mas de ilegalidade, não passível das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8429/92.
IX. Apelação provida (g.n.).
[AC 00005036020124058201, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 07/12/2016 - Página: 170].

Nesse sentido, aliás, o próprio valor envolvido nas glosas administrativas à prestação de contas referente ao programa (em valores da época, ano-fiscal *2009*, *R$ 4.071,83*, cf. fls. 569-vº), de diminuta expressão, mormente quando comparado aos montantes gerais empregados na execução financeira do convênio, indica para a descaracterização de ilícito por parte do administrador a ativar a cláusula que autoriza a imposição das sanções por improbidade. Quanto a esse particular, insta considerar, em primeiro lugar, que o valor das desconformidades apontadas pelo *Relatório de Auditoria nº 29/2013* sofreu considerável redução, por assim dizer, desidratando dos iniciais *R$ 1.810.402,00* (cf. fls. 24 da petição inicial) para a cifra *supra* reportada, obtida a partir da reanálise das conclusões daquele documento, levada a efeito no âmbito da própria administração pública federal (FNDE). Por tal razão, e à míngua de impugnação específica apresentada pelo autor, é de se concluir que, a despeito do vultoso montante inicial do prejuízo afirmado pelo autor, o evolver da instrução não deixou dúvida quanto ao fato de que as inconsistências existentes na prestação de contas relativas ao Programa versavam importâncias muito mais modestas, estimadas em *R$ 8.522,64*, valor atualizado para a data do pagamento efetuado pelos requeridos em *23/03/2017* (*fls. 570)*.

Ora, em sendo essas as circunstâncias de fato a permear o caso concreto, não consigo visualizar presente o dolo dos gestores públicos relativamente às condutas relacionadas na preambular, na medida em que não é razoável supor que algum agente público vá se dar à prática de atos graves de improbidade administrativa a perpetrar um ganho de extensão tão diminuta.

Nesse sentido, é particularmente profícua a jurisprudência de nossas Cortes Federais, já se tendo decidido que, *verbis* (*ACRIM nº 0008339-15.2012.4.03.6108/SP; 2012.61.08.008339-3/SP; Relator: Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW, Rel. p/ o acórdão: Desembargador Federal PAULO FONTES, Nº ORIG. : 00083391520124036108 – 1 Vr BOTUCATU/SP*):

> Ambos os réus, durante o exercício dos respectivos mandatos, para a aquisição de medicamentos e materiais médico-hospitalares com recursos públicos federais repassados ao município pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS), dispensaram licitação quando ela seria exigível sem a realização de procedimento de justificação da dispensa, causando prejuízo para a Administração Pública.
> Como visto, *são três anos de licitações de medicamentos e, nesses três anos, o prejuízo total apontado nos autos é de R$ 21.627,00 (vinte e um mil, seiscentos e vinte e sete reais), montante diminuto que se aproxima dos valores que esta E. Quinta Turma adota para fins de aplicação do princípio da insignificância.*
> *Nessa linha de raciocínio, referido valor, distribuído em três anos de compras, não comprova o dolo de causar prejuízo ao erário, principalmente à míngua de outros elementos que pudessem demonstrá-lo, como, por exemplo, se as compras narradas na peça acusatória tivessem sido feitas a uma determinada empresa, que tivesse surgido um elo qualquer de ligação entre os prefeitos e a empresa destinatárias dos valores.*
> *Desta feita, a modéstia dos valores* - não que seja lícito desviar qualquer valor dos cofres públicos ou que se considere insignificante a conduta delitiva - *lançam no julgador dúvida invencível quanto ao dolo exigido dos denunciados, razão pela qual devem ser absolvidos* (g.n.).

Embora entenda que, isoladamente, essa circunstância possa não revelar prova suficiente da ausência de dolo, não há como deixar de considerar que, em cotejo com os demais elementos de prova, objetivos e subjetivos, que circundam o caso concreto (*v.g.*, a ausência sobrepreço ou de direcionamento dos contratos, a efetiva dispensação da merenda às escolas sob responsabilidade dos réus, a inexistência de menção a qualquer vantagem ou contrapartida percebida pelos agentes públicos, inocorrência de dano ao erário), este é, sim, um elemento muito relevante a compor um juízo satisfatório pela exclusão da intencionalidade da ação a afastar o dolo da conduta aqui imputada aos requeridos.

DA PRESTAÇÃO DE CONTAS RELATIVAS AO PROGRAMA

O MPF arrola, em diversas passagens da sua petição inicial, atos – tidos por atentatórios aos preceitos atinentes à probidade na Administração Pública – consistentes em irregularidades administrativas observadas nas tomadas de contas efetivadas em face da Administração Pública Municipal de São Manuel referente ao Programa de alimentação escolar aqui em causa.

Entre os atos impugnados pelo autor, nesta categoria (fls. 18 da inicial), destacam-se, entre tantos, os seguintes: pagamentos com compras diretas sem observância ao que dispõe o art. 2º c.c. art. 23, II, "a" c.c. art. 24, II, todos da Lei nº 8.666/93; ausência de comprovação por meio de documentação de despesas (notas fiscais, recibos, empenhos e ordens de pagamento, certames licitatórios), relativos a pagamentos realizados por meio de cheques verificados na movimentação da conta específica do Programa (conta corrente nº 162205, agência nº 0302 do Banco do Brasil), em contrariedade ao art. 57 da Resolução CD/ FNDE nº 38/2009; apresentação de documentos sem a identificação do Programa; não garantir o registro formal de efetivo recebimento dos produtos adquiridos, em afronta ao que dispõe o art. 36, § 2º, "d" do Dec. nº 72/1986 c.c. art. 62 c.c. art. 63, §2º, III, ambos da Lei nº 4.320/64; inobservância da exigência de aquisição de produtos alimentícios referentes à Agricultura Familiar (art. 18 da

Resolução CD/ FNDE nº 38/2009); não realização de testes de aceitabilidade e formalização de Termo de Compromisso referente à inspeção sanitária dos gêneros alimentícios adquiridos (art. 25, § 5º, Res. CD/ FNDE nº 38/2009).

No entanto, da forma como estas situações ficaram documentadas nos autos, e, tendo em vista a prova que foi realizada durante a instrução, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que os atos aqui noticiados não passaram, ainda uma vez, de ser meras irregularidades administrativas.

Realmente, não há como negar que as denúncias efetivadas em face dos co-réus pelo órgão promovente da presente demanda torna visível uma certa situação de descontrole, desorganização, no que se refere à gestão das verbas relativas ao Programa aqui noticiado. Com efeito, em se tratando de recursos públicos de origem federal, era de rigor que o administrador levasse à risca todos os ditames legais e constitucionais no que se refere ao empenho, utilização e escrituração das despesas relativas ao emprego das respectivas verbas.

Não há dúvida de que a desatenção dos requeridos ao figurino legal exigido para fins de perfeita contabilização dos recursos destinados ao *PNAE – Merenda Escolar* pode mesmo configurar ilícito administrativo, a justificar, entre outras medidas, a aplicação das sanções correlatas aos infratores, a critério das autoridades administrativas comnpetentes. Quanto a este ponto, realmente, não resta a menor dúvida.

A questão, entretanto, é que esses fatos, isolada ou conjuntamente analisados, não trazem, em si mesmos, a nota qualificativa da improbidade a impressionar a tábua normativa constante da *Lei nº 8.429/92*. É que não ficou demonstrada, no curso da demanda, também nesse ponto, nenhuma vantagem de cunho pessoal, nenhum tipo de proveito, seja de natureza política, eleitoral ou administrativa a qualificar as condutas aqui descritas como configuradoras de atos de improbidade.

É certo que a prestação de contas efetivada pela Administração dos aqui réus pode não ter primado pelo amor à melhor técnica de demonstração contábil e financeira; pode, efetivamente, ter gerado dúvidas e perplexidades com relação ao destino que foi conferido aos valores repassados pela administração federal, e pode, finalmente, não se ter feito acompanhar de todos os documentos necessários à autenticação financeira das contas prestadas pelo Município.

Daí, a se configurar a prática de ato de improbidade administrativa, vai, *data venia*, uma grande distância. Era de todo necessário que o órgão autor, a aparelhar alegação deste jaez, trouxesse aos autos a prova robusta do dolo dos agentes, consubstanciado na prática de eventual desvio de recursos, apropriação de qualquer vantagem indevida ou até mesmo, do emprego irregular de verba pública.

Nesse sentido, é induvidosa a orientação pretoriana:

> APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AFASTADA PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. ART. 11, INCISO VI, DA LEI Nº 8429/92. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. NÃO OCORRÊNCIA. *CONTAS PRESTADAS COM IRREGULARIDADES*. DIFERENÇAS DE VALORES DE POUCA EXPRESSÃO ECONÔMICA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR. ART. 18 DA LEI 7.347/85. ISENÇÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA PREVISTA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE TAMBÉM SE APLICA À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXCLUSÃO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.
> 1. O apelado, ex-prefeito da cidade de Ivinhema/MS, prestou contas ao Tribunal de Contas da

União dos recursos federais recebidos relativos ao convênio nº 7874/97-PNAE, celebrado entre o município e o Ministério da Educação, não devendo prosperar a imputação de improbidade administrativa consistente em "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo" (artigo 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92).
2. *Não há se falar em falta de prestação de contas quando esta ocorreu mesmo sendo constatadas irregularidades*, no caso em tela foi apurado um débito no valor de R$555,71 (quinhentos e cinquenta e cinco reais e setenta e um centavos).
3. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa *não se confundem com simples irregularidades administrativas ou inaptidões funcionais*, devendo, além disso, demonstrar a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal - legalidade, impessoalidade, honestidade, imparcialidade, publicidade, eficiência e moralidade - *sendo indispensável a má-fé do agente, não estando configurada a improbidade diante da ausência de dolo. Não se pode confundir administrador inepto com o administrador ímprobo.*
4. O panorama fático exposto nos autos aponta *para uma situação de irregularidade, e não de improbidade administrativa, uma vez que o apelado prestou contas relativas ao convênio mas, por falta de aplicação dos recursos no mercado financeiro, houve um débito no valor de R$ 555,71 (quinhentos e cinquenta e cinco reais e setenta e um centavos) por parte do município. Não há evidências de desonestidade ou má-fé, que permita a incidência das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.*
5. Sentença absolutória mantida.
6. Quanto à verba honorária, não cabe a condenação da parte autora em honorários advocatícios, por força do art. 5º, incisos LXXIII e LXXVII, da Constituição Federal e do art. 18 da Lei nº 7.347/85, devendo ser aplicada a isenção da sucumbência tanto na Ação Civil Pública como na Ação de Improbidade Administrativa. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça.
7. Apelação parcialmente provida (g.n.).
[AC 00008005920114036002, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/03/2016].

Assim, e embora o DD. Órgão promovente tenha efetivamente manejado demonstrar irregularidades formais na escrituração das contas municipais atinentes ao PNAE, não veio aos autos a prova da lesão substancial aos bens jurídicos tutelados pela legislação da improbidade. A hipótese contempla apenas situação de erro, equívoco, ou dúvida na *escrituração* das contas públicas relativas ao programa. Não houve a indispensável demonstração da destinação irregular dos valores a tanto compreendidos.

E, apenas a partir das irregularidades verificadas nos demonstrativos de contas prestadas e respectiva documentação que os acompanharam, não há como concluir pela prática de atos de improbidade administrativa.

Por todas essas razões, e respeitando, sempre, o cultíssimo ponto de vista sustentando pelo Ilustrado Órgão Promovente, estou em que se mostra improcedente a pretensão inicial.

CONCLUSÃO

De tudo o quanto se verificou durante o contraditório estabelecido nos autos, conlcui-se que, conquanto, efetivamente, se relacionem algumas situações que podem ser tidas por irregularidades administrativas, o certo é que, em nenhum dos casos trazidos à cognição do juízo, foi possível concluir, com o D. Órgão Autor, pela prática de atos de improbidade sancionados pelo ordenamento jurídico.

Faltou, sobretudo, a prova da má-fé, parcialidade ou comprometimento dos gestores públicos municipais que, de forma a qualificar as suas ações como atos ímprobos, devem agir motivados por razões escusas e propósitos inconfessáveis. Aqui, não se verificou essa situação.

Ao fim e ao cabo, o que se viu foi que os réus ficaram responsáveis pela gestão de um programa social complexo, bastante burocrático e exigente do ponto de vista da sua execução orçamentária, e que, consabido, tem situações de implementação problemática em todo o território nacional. O que, frise-se, é uma realidade preocupante em muitos cantões da administração pública deste País de dimensões continentais.

Não pode o juízo ficar insensível a tudo isso. Pena de criar uma realidade nos autos totalmente afastada da realidade da vida. Pena de impingir ao administrador público toda a severidade das sanções legais, sem atentar se as devidas condições de implementação das políticas sociais de governo, *que também são previstas em lei*, estavam todas presentes. Fossem diversas as circunstâncias da organização do Estado Brasileiro, e, talvez, a óptica do julgador perante o caso concreto pudesse ser diferente. Da forma como está, não é possível exigir do gestor político que administre com mais do que aquilo que ele dispõe ou pode oferecer. Tudo isso considerado e sopesados todos os valores envolvidos, inclusive o fato de que em nenhum momento e por nenhum motivo pude constatar deslealdade, desonestidade ou má-fé nas várias condutas aqui sindicadas, inclino-me, sem qualquer sombra de dúvida, para a conclusão de que os fatos aqui arrolados constituem, se tanto, meras infrações administrativas. Tudo muito pouco para se concluir pela prática de atos de improbidade, nos termos da *Lei nº 8.429/92*.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido incial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC.

Sem condenção em custas e honorários de advogado, tendo em vista o que prescreve o *art. 18 da Lei nº 7.347/85*.

Sujeito a reexame necessário.

Ciência ao Ministério Público Federal.

P.R.I.

Botucatu, 29 de setembro de 2017.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO PENAL
0001096-87.2016.4.03.6105

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: LUÍS CLAUDIO SOARES E CLAUDIJALMAS DUARTE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS - SP
Juíza Federal: VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 13/02/2017

1. Relatório

LUÍS CLAUDIO SOARES e CLAUDIJALMAS DUARTE, qualificados nos autos, foram denunciados nos autos originais nº 0009611-48.2015.403.6105, juntamente com Ailton Ferreira da Silva, Lucas Fernandes Pimenta, todos como incursos nas penas do artigo 1º da Lei 9.613/98. Também foram denunciados Ivan Aparecido Martins e Luiz Carlos, como incursos *ambos* nas penas do artigo 35 da Lei 11.343/06. Além disso, Ivan Aparecido Martins também foi incurso, por cinco vezes, em concurso material entre si, nas penas do artigo 1º da Lei 9.613/1998; quatro vezes no artigo 18, c.c. artigo 19 da Lei 10.826/2003, em concurso material entre si; quatro vezes no artigo 16 da Lei 10.826/2003, na forma do artigo 70 do Código Penal; duas vezes, na forma continuada, nas penas do artigo 304, c.c. artigos 297 e 299, todos do Código Penal. Luiz Carlos Tijolim também foi incurso nas penas do artigo 16 da Lei 10.826/2003 e nas penas do artigo 1º da Lei 9.613/1998.

Narra a exordial acusatória:

> A investigação teve início a partir da prisão em flagrante de IVAN APARECIDO MARTINS e LUIZ CARLOS TIJOLIM, ocorrida no dia 14 de julho de 2015. Neste dia, Policiais Militares do 1º BAEP – Batalhão de Ações Especiais de Polícia desconfiaram de um veículo Jetta Preto, placa policial FJO-8061, estacionado em um posto de combustíveis nas imediações do Condomínio Alphaville. Tentada a abordagem, o veículo empreendeu fuga, logrando-se pará-lo apenas alguns quilômetros depois, próximo ao jardim Miriam. No interior do veículo estavam LUIS CARLOS TIJOLIM E IVAN APARECIDO MARTINS, que se apresentou aos policiais como "José Roberto da Silva", inclusive fazendo uso de CNH falsa. Como se descobriu posteriormente, a identidade falsa explicava-se pelo fato de IVAN ser foragido no processo penal 11290-36.2013.401.3801 – "Operação Athos", em que é processado, perante a Justiça Federal em Juiz de Fora, por tráfico internacional de entorpecentes e associação ao tráfico.
> Durante a abordagem, os policiais encontraram, no assoalho do veículo, 14 munições de calibre 9 mm, admitindo IVAN que guardava vários objetos da mesma natureza em dois endereços: numa casa localizada no nº 167B da Rua Ana de Nazaré Cavaleira, ali na região contígua do Parque dos Pomares, e no apartamento de nº 22, da Rua Clóvis Teixeira, nº 100, no bairro Mansões Santo Antônio, onde residia.
> Na casa situada na rua Ana de Nazaré Cavaleira, onde residia TIJOLIM, mas cujo aluguel, segundo este, era pago por IVAN, foi encontrado farto material relacionado à prática de delitos. Em um dos quartos da casa os PMs localizaram uma bolsa preta contendo uma máquina de contar dinheiro, 12 telefones celulares, 2 porta-carregadores de munições para fuzil, 2 balaclavas, 1 mira laser e 1 coldre. No fundo da residência, os PMs encontraram 3 tonéis plásticos vazios, com indícios de terem sido enterrados e desenterrados (envoltos em fitas adesivas pretas sujas de terra), e cujo exame por cães farejadores da PM apontou sua utilização para guarda e transporte de entorpecentes. Foi encontrada, ainda, uma motocicleta BMW modelo F800GS, placas FRR-0052, em nome de LUCAS FERNANDES PIMENTA. Observe-se que PIMENTA ainda consta, formalmente, no contrato de aluguel de residência,

que teria como locatários, segundo TIJOLIM, o próprio TIJOLIM, PIMENTA e um terceiro, de nome Leandro Campanha.
No apartamento localizado no bairro Mansões Santo Antônio, residência de IVAN, os PMs encontraram mais material relacionado à prática de delitos. Lá foram arrecadados uma mochila com vultosa quantidade de dinheiro (mais R$ 861 mil), 2 cadernos com anotações de contabilidade do tráfico de drogas, 3 pistolas e 1 revólver de grosso calibre, todos de fabricação estrangeira e de uso restrito, farta quantidade de munição e carregadores para aquelas armas de fogo, além de celulares.
No local foram encontradas, ainda, chaves de outros 2 veículos de IVAN em nome de terceiros, guardados num estacionamento próximo (na quadra de trás da Rua Clóvis Teixeira, estabelecimento de nome Auto Parque, no nº 93 da rua José Luís de Camargo Moreira). Neste endereço estavam estacionados o veículo Mercedes Benz ML63 AMG, placas FLV-0008, em nome de AILTON FERREIRA DA SILVA (em cujo porta-malas o cão farejador da polícia indicou o transporte de armas), e o Fiat Strada Adventure CD, placas FOV-4418, adquirido por SOARES TRANSPORTES LTDA. ME (cujos sócios são AILTON e LUÍS CLÁUDIO SOARES).
Posteriormente, durante a oitiva de IVAN da Delegacia, a autoridade policial identificou ainda um quarto veículo de propriedade deste em nome de terceiro, qual seja um Volvo XC60 3.0T Top, placas FLB-8514, em nome de CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE (nome falso utilizado por CLAUDIJALMAS DUARTE), abandonado por IVAN durante abordagem que sofrera na cidade de Analândia (BO de fl. 65/66) em 28/06/2015 (...)
2. DA LAVAGEM DE CAPITAIS
Como se evidenciou nas investigações policiais, IVAN, que auferia sua renda de atividade criminosa, sobretudo de tráfico internacional de entorpecentes, valia-se de terceiros para dissimilar a propriedade de bens provenientes, indiretamente, destas infrações penais. Neste desiderato é que atuou em conluio com AILTON FERREIRA DA SILVA, LUCAS FERNANDES PIMENTA, LUIS CLAUDIO SOARES, CLAUDIJALMAS DUARTE e LUIZ CARLOS TIJOLIM, responsáveis, pontualmente, por ocultar a propriedade de alguns dos seus bens, descritos adiante. (...)
2.2.3 Veículo Fiat Strada
Como apurado, IVAN ocultou, desde 8 de julho de 2015 a 14 de julho de 2015, com o auxílio de AILTON FERREIRA DA SILVA e LUIS CLAUDIO SOARES a propriedade do veículo Fiat Strada Adventure CD, ano (fab/mod) 2014/2015, placas FOV-4418, RENAVAM 01024342708, avaliado em R$ 55.000,00 (fls. 189/195) e adquirido com proveitos de atividade criminosa, circunstância qu era de conhecimento de todos. A ocultação ocorreu fazendo-se constar, no documento de transferência, que o veículo fora adquirido pela empresa SOARES TRANSPORTE LTDA. ME, de propriedade de AILTON FERREIRA DA SILVA e LUIS CLAUDIO SOARES, que emprestaram o nome da empresa com finalidade de ocultar o real proprietário do bem. A ocultação também contou com participação ativa de CLAUDIJALMAS DUARTE, que participou da negociação do veículo e apresentou-se, perante a loja que efetuou a venda, como futuro motorista.
A propriedade do veículo por IVAN é patenteada pelas circunstâncias de sua apreensão, tendo em vista que a chave encontrava-se em sua residência e que o veículo foi encontrado, após buscas policiais nos arredores do edifício, no estacionamento localizado na Rua José Luís Camargo Moreira, 123, Mansões Santo Antonio, Campinas/SP.
O concurso dos demais indivíduos no procedimento de ocultação também está plenamente demonstrado. Conforme apurado, a empresa utilizada no procedimento de aquisição é de propriedade de AILTON FERREIRA DA SILVA e LUIS CLAUDIO SOARES (f. 163/164), que a reativaram a partir do ano de 2010, quando AILTON ingressou no contrato social. Em vistoria no local da sede, entretanto, a Polícia Federal constatou que a empresa tem existência apenas jurídica (f.88).
A participação de CLAUDIJALMAS é demostrada pelo depoimento do funcionário da empresa revendedora responsável pela venda, bem como pelo documento de f. 121, emitido falsamente

em nome de CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE e apresentado no momento da compra. Conforme informado pelo vendedor, a compra pela Soares foi intermediada por um indivíduo de prenome "Luis" – ainda não identificado – enquanto um segundo indivíduo, indicado como empregado da Soares/futuro motorista do veículo e que forneceu ao intermediário a carteira em nome de CLAUDIO AUGUSTO DUARTE, permaneceu no veículo Toyota em que ambos chegaram, sem adentrar na loja. Posteriormente, a autoridade policial identificou que CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE é o nome falso utilizado reiteradamente por CLAUDIJALMAS DUARTE (f. 63/64 e f. 135/138).

2.2.4 – Veículo Volvo XC60

Conforme apurado, IVAN ocultou, desde 20 de março de 2015 até 28 de junho de 2015, com o concurso de CLAUDIJALMAS DUARTE, a propriedade do veículo Volvo XC60 3.OT Top Preto, ano (fab/mod) 2013/2014, placas FLB-8514, RENAVAM 00567013316, adquirido com proveitos de atividade criminosa, circunstância que era de conhecimento de ambos. A ocultação ocorreu registrando-se, nos órgãos competentes, que CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE era o proprietário do veículo, em realidade pertencente a IVAN e por este utilizado.

A propriedade do veículo por IVAN é patenteada pelas circunstâncias de sua apreensão, ocorrida no município de Analândia/SP, bem como pelo depoimento do próprio IVAN nos autos. Conforme Boletim de Ocorrência de fls. 65/66, o veículo, em nome de CLAUDIO AUGUSTO DUARTE (nome falso utilizado por CLAUDIJALMAS), envolveu-se em um acidente no mencionado município no dia 28 de junho de 2015 e havia relato de que dele estavam sendo descarregadas algumas armas. Embora os ocupantes do veículo tenham logrado escapar antes da abordagem policial, observe-se que o próprio IVAN admitiu, em seu depoimento, que além dos quatro veículos descritos nos itens anteriores, era proprietário também de um Volvo abandonado após acidente (fls. 280/299).

Foram arroladas seis testemunhas de acusação (fl. 300).

A denúncia foi recebida em 21 de agosto de 2015, em relação a todos os réus e todos os delitos, exceto aquele disposto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, que prevê inicialmente notificação dos réus para apresentação de defesa prévia. Na mesma ocasião, decretou-se a prisão preventiva dos réus que não foram presos em flagrante, para assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública (fls. 302/305).

Os réus presos em flagrante, Ivan Aparecido Martins e Luiz Carlos Tijolim, foram notificados e citados (fls. 394; 384 e 555) e apresentaram *defesas preliminares* (fls. 544/553 e 538/543).

Em 08 de outubro de 2015, houve o recebimento da denúncia com relação ao delito do artigo 35 da Lei 11.343/06, tendo sido determinada a citação de Ivan Aparecido Martins e Luiz Carlos Tijolim para apresentação de resposta escrita à acusação ou ratificação da defesa preliminar já apresentada (fls. 572/573). Ambos foram citados (fls. 693 e 696) e protocolizaram *resposta à acusação* em fls. 697/708, reiterando os termos das defesas preliminares.

Em 18/11/2015, determinou-se o desmembramento dos autos em relação aos demais corréus que não estavam presos (fls. 609/610).

Com a notícia da prisão de CLAUDIJALMAS DUARTE em 22/12/2015 (fls. 744), determinou-se o desmembramento dos autos apenas para ele (fls. 770).

CLAUDIJALMAS DUARTE foi citado (fls. 781) e não tendo constituído defensor, nomeou-se a Defensoria Pública da União em sua defesa, a qual apresentou resposta à acusação (fls. 792).

Com a notícia da prisão de LUÍS CLÁUDIO SOARES em 20/01/2016 (fls. 788), determinou-se sua inclusão na presente ação penal (nº 0001096-87.2016.403.6105), conforme decisão de fls. 789.

LUÍS CLÁUDIO SOARES foi devidamente citado (fls. 815) e não tendo constituído defensor, nomeou-se a Defensoria Pública da União em sua defesa, a qual apresentou resposta à acusação (fls. 818).

Decisão de 03/05/2016 determinou o prosseguimento do feito, designando audiência de instrução e julgamento (fls. 819/820).

Em 14 de junho de 2016 foi ouvida no Juízo de Itirapina a testemunha de acusação residente em Analândia, conforme mídia de fls. 873.

No dia 04 de julho de 2016, neste juízo, foram ouvidas as demais testemunhas de acusação e interrogados os réus, conforme mídia de fls. 866.

Na fase do artigo 402 do CPP, o Ministério Público Federal requereu a juntada de documentos referentes à empresa Soares Transportes Ltda, obtidos em consulta *on line* à JUCESP, além da expedição de ofício à mesma instituição solicitando a remessa de cópia oficial de todas as alterações cadastrais pertinentes à referida pessoa jurídica. Requereu ainda a obtenção junto à Receita Federal de cópias das DIRPJ apresentadas pela empresa nos últimos cinco anos (fls. 875). Por sua vez, a Defensoria Pública da União nada requereu (fls. 906).

Foi deferido o requerimento ministerial (fls. 906) e as respostas encontram-se encartadas em fls. 909/917 e 1012/1072.

Em sede de memoriais, a acusação requereu a condenação dos réus nos exatos termos da exordial, além da majoração da pena pelos antecedentes criminais. Pugnou ainda pela decretação da pena de perdimento dos veículos em face de ambos os réus que detêm a titularidade formal dos bens, a fim de que não pairem dúvidas sobre sua origem ilícita (fls. 1074/1079).

Em memoriais, a Defensora Pública requereu a absolvição de LUÍS CLÁUDIO SOARES porque não teria restado comprovada a autoria, visto que o réu alega desconhecer a inclusão de Ailton Ferreira da Silva no contrato social de sua empresa, que estaria inativa há anos. Além disso, não teria havido seu reconhecimento por parte dos vendedores do veículo Fiat Strada. Subsidiariamente requereu aplicação da pena mínima, vez que o acusado não obteve vantagem e não conhecia os fatos (fls. 1084/1087).

Em defesa de CLAUDIJALMAS DUARTE, a mesma Defensora Pública apresentou memoriais em que requereu a absolvição do réu, ante a ausência de comprovação de autoria, pois o réu alega não ter sido ele a utilizar o documento falso em nome de Cláudio Augusto Duarte na compra do Fiat Strada ou no registro do veículo Volvo. Teria sido vítima de "golpe" realizado por terceiros. Além disso, não teria havido seu reconhecimento por parte dos vendedores do veículo Fiat Strada. Subsidiariamente requereu aplicação da pena mínima, vez que o acusado não obteve vantagem e não conhecia os fatos (fls. 1088/1091).

Antecedentes criminais em apenso próprio.

Como referenciado pelo próprio réu em seu interrogatório e em vista da informação trazida aos autos pelo Ministério Público Federal em memoriais, requereu-se a certidão de objeto e pé referente aos autos nº 260/1996 – I.P. 196/1996 da 15ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, em nome de Luís Claudio Soares, conforme fls.17/18 do apenso de antecedentes criminais.

É o relatório.

2. Fundamentação

De acordo com a denúncia, o Ministério Público Federal imputa a ambos os acusados a prática do crime previsto no artigo 1º da Lei 9.613/1998, por uma vez, a saber:

> *Lei 9.613/1998*
> *Lavagem de dinheiro*
> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)
> Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012). (...).

No entanto, a descrição fática presente na exordial aponta a atuação do réu CLAUDIJALMAS DUARTE, não apenas em uma, mas em duas condutas de ocultação de propriedade de bem proveniente do tráfico de internacional de entorpecentes: a primeira delas na ocultação do veículo Volvo, pertencente a Ivan Aparecido Martins, mas registrado em nome de CLAUDIJALMAS DUARTE na data de 20/03/2015; e a segunda no auxílio à compra do veículo Fiat Strada, na data de 08/07/2015, o qual foi adquirido em nome da empresa Soares Transportes, mas com a apresentação da CNH em nome CLÁUDIO AUGUSTO DUARTE, documento falso utilizado por CLAUDIJALMAS DUARTE, conforme se apurou nos autos.

Embora o Ministério Público Federal tenha narrado a existência das duas condutas delitivas na exordial acusatória, não as fez constar da capitulação.

Como a narrativa fática permite verificar que as condutas imputadas são de crimes da mesma espécie e ocorreram em condições de tempo e modo de execução semelhantes, visto que as datas em que os veículos foram registrados e, no caso do Fiat Strada adquirido, compõem uma sequência próxima: 20/03/2015 e 08/07/2015; com fundamento no artigo 383, do Código de Processo Penal, procedo à "*emendatio libelli*", considerando que são imputadas ao réu CLAUDIJALMAS DUARTE duas condutas previstas no artigo 1º da lei 9.613/98, nos termos do artigo 71 do Código Penal.

Nesse sentido, a jurisprudência *in verbis*:

> PENAL PROCESSO PENAL. CRIMES DESCRITOS NOS ARTIGOS 297 DO CÓDIGO PENAL E *1º, §1º, INCISO I, DA LEI Nº 9.613/98*. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. SENTENÇA CONFIRMADA, SALVO QUANTO À PENA DE MULTA.
> (...)
> 8. A materialidade e a autoria do delito definido no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.613/98, em sua redação primitiva, restou comprovada pela prova colhida no transcorrer da instrução criminal.
> 9. O crime antecedente restou demonstrado, uma vez que esta Corte Regional manteve a sentença que condenou o denunciado Roberto Pedrani pelo cometimento do crime descrito no artigo 33, "caput" c.c. o artigo 44, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, nos autos da Ação Penal nº 2009.61.81.001591-6.
> 10. A prova coligida aos autos demonstra claramente que os valores eram provenientes do crime de tráfico, e que os apelantes dissimularam sua natureza e propriedade, convertendo-os em ativos lícitos.
> 11. A majoração da pena-se base restou bem fundamentada na conduta social desfavorável do acusado, na medida em que se dedica ao tráfico internacional de drogas.
> *12. O coeficiente de acréscimo derivado do crime continuado - ¼ (um quarto)-, de igual forma, se afigura consentâneo com o fito normativo do artigo 71 do Código Penal na medida em que foram praticados quatro delitos de lavagem de capitais - quatro compras de imóveis com o escopo de "lavar" dinheiro oriundo do crime de tráfico de drogas.*
> 13. A pena pecuniária observou a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. No tocante à quantidade do dia-multa, o magistrado, ao fixá-lo, levou em conta a situação eco-

nômica do denunciado, nos moldes do artigo 49,§1º, do Código Penal e, de fato, existindo nos autos demonstração inequívoca no sentido de que a sociedade a que pertence o acusado possui bens de significativo valor, fixou, com acerto, o valor do dia-multa em dois salários mínimos, não merecendo reparos a sentença também quanto a este ponto.
14. Mantido o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.
15. No tocante à acusada, o coeficiente de acréscimo derivado do crime continuado - ¼ (um quarto)-, de igual forma, se afigura consentâneo com o fito normativo do artigo 71 do Código Penal na medida em que foram praticados quatro delitos de lavagem de capitais - quatro compras de imóveis com o escopo de "lavar" dinheiro oriundo do crime de tráfico de drogas.
16. A pena de multa estabelecida, de início, em 34 (trinta e quatro) dias-multa, no entanto, não guardou proporcionalidade com a reprimenda corporal, uma vez que majorada acima do mínimo legal em decorrência da gravidade do crime a ela imputado e da natureza da infração penal, acréscimo que não constou na fixação da pena-base.
17. A pena de multa resta diminuída para 10 (dez) dias-multa e a majorada de ¼ (um quarto) em virtude da continuidade delitiva, resultando em 12 (doze) dias-multa.
18. Mantido o valor do dia-multa estabelecido na sentença em ½ salário mínimo, bem assim a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.
19. Mandado de prisão expedido em desfavor do acusado Roberto Pedrani (HC 126.292 - STF).
20. Apelo do denunciado desprovido, Apelo da corré a que se dá parcial provimento tão somente para reduzir a pena de multa.
(ACR 00117654920084036181, DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

2.1 Materialidade

Os réus foram denunciados como incursos no artigo 1º da Lei 9.613/1998 por terem ocultado a propriedade de veículos adquiridos com produto de tráfico internacional de entorpecentes.

O delito antecedente (tráfico internacional de entorpecentes) encontra-se configurado na ação penal nº 0013524-54.2014.4.01.3801 de Juiz de Fora/MG, na qual Ivan Aparecido Martins foi denunciado por associação para o tráfico internacional de entorpecentes e por dois delitos de tráfico internacional de entorpecentes: "por oferecer, em 16/02/2014, 150 kg de entorpecentes aos interlocutores identificados por "Conam Neguinho" e "José Paulo", a partir da cidade de Campinas/SP; bem como por concorrer, no dia 24/02/2014, para o transporte de 71,420 Kg de cocaína, ocasião em que foi preso em flagrante no município de Juiz de Fora/MG, Luís Fernando da Rocha Silva (Teco)", motorista que teria se dirigido até a cidade de Vargem Grande do Sul/SP, a fim de se encontrar com IVAN em um sítio no qual o entorpecente seria entregue para ser transportado até Juiz de Fora/MG.

Segundo se evidenciou na denúncia em face de Ivan Aparecido Martins, formulada no bojo da "*Operação Athos*" (mídia de fls. 301), o denunciado integraria organização criminosa voltada ao tráfico internacional de entorpecentes e de armas de fogo, vinculada ao Primeiro Comando da Capital – PCC. Tal organização teria núcleos em Juiz de Fora/MG, local onde a operação se deu, no interior paulista, no Rio de Janeiro e em Mato Grosso do Sul. Ivan Aparecido Martins atuaria no núcleo do interior paulista, liderado por Álvaro Daniel Roberto, como braço operacional, armazenando e distribuindo drogas para outros traficantes, além de receber dinheiro dessas negociações.

A materialidade do delito antecedente está presente naqueles autos, tanto na apreensão de mais de 71 (setenta e um) quilos de cocaína, quanto nos índices da interceptação telefônica lá realizada, revelando que Ivan Aparecido Martins negociava a venda de entorpecentes (es-

pecificamente cento e cinquenta quilos no dia 16/02/2014), e também seria o responsável pela entrega das substâncias e pelo recebimento dos valores (conforme mídia de fls. 301).

No que concerne à materialidade delitiva dos crimes de ocultação de propriedade dos veículos Volvo e Fiat Strada, adquiridos com produto de tráfico internacional de entorpecentes, verifica-se que restou plenamente comprovada nos autos, sobretudo pelos seguintes elementos: 1) Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 16/19), onde consta que foram localizados em um estacionamento de veículos na Rua José Luís Camargo Moreira, nº 123, Mansões Santo Antonio, próximo ao apartamento de Ivan Aparecido Martins, no qual estavam as chaves dos veículos: um automóvel Mercedes Benz, ML 63 AMG, cor prata, ano 2009/2010, placa FLV0008 e um automóvel FIAT/STRADA Adventure CD, cor cinza, ano 2014/2015, placa, FOV4418; 2) Boletim de ocorrência nº 188/2015 e Auto de Exibição e Apreensão da Delegacia de Polícia de Analândia/SP (fls. 416/425), onde consta apreendido um automóvel VOLVO XC60, RENAVAM 567013316, cor preta, ano 2013/2014, placa FLB8514, em nome de Cláudio Augusto Duarte; 3) cópia de CRLV e pesquisa INFOSEG (fls. 84/85) do automóvel VOLVO XC60, RENAVAM 567013316, placa FLB8514, registrado em nome de Cláudio Augusto Duarte na data de 20/03/2015; 4) cópia do CRLV-DUT (fls. 119/124) do veículo FIAT/STRADA Adventure CD, placa, FOV4418, RENAVAM 01024342708, bem como recibos, comprovando a venda para Soares Transportes Ltda/ME, CNPJ 43.772.557/0001-53, de propriedade de Ailton Ferreira da Silva e Luís Cláudio Soares, apresentando como motorista responsável Cláudio Augusto Duarte, na data de 08/07/2015; 5) laudos periciais nº 276/2015 (fls. 189/199) e 378/2015 (fls. 582/588) realizados nos veículos Fiat Strada e Volvo XC60, os quais concluem pela inexistência de adulterações nos automóveis.

Diante de todo o exposto, resta caracterizada a materialidade dos delitos de ocultação de propriedade de veículos provenientes do tráfico de entorpecentes, capitulados no artigo 1º da lei 9.613/98.

2.2 Autoria

2.2.1 LUÍS CLÁUDIO SOARES

Para a configuração do delito de lavagem de dinheiro é necessário que o bem, valor ou direito cuja origem se pretende ocultar ou dissimular seja proveniente, direta ou indiretamente, de infração penal.

No presente caso, conforme já devidamente fundamentado na análise da materialidade, o envolvimento do real proprietário do veículo FIAT STRADA, Ivan Aparecido Martins, com o tráfico internacional de entorpecentes restou configurado de acordo com a ação penal nº 0013524-54.2014.4.01.3801, desmembrada dos autos nº 11290-36.2013.401.3801, "*Operação Athos*", realizada na Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG.

A propriedade real do veículo Fiat Strada restou confirmada pelo próprio Ivan Aparecido Martins em seu depoimento em sede policial:

> (...) que o Jetta (2013), Mercedes (2009), pick-up Strada (2014) são de sua propriedade, porém estão em nome de terceiros; que questionado quem é esse "terceiro", alega não saber; que adquiriu todos os veículos em São Paulo, em estabelecimento que não se recorda; que todos os veículos foram pagos em dinheiro; que possui também um Volvo, entretanto, após uma batida abandonou o carro (...) (fls. 11).

Além disso, segundo os policiais militares que realizaram as diligências, a chave do veículo foi localizada no apartamento de Ivan Aparecido Martins. De posse da chave, os policiais

encontraram o veículo no estacionamento *Auto Parque* (Rua José Luís de Camargo Moreira, 93, Chácara Primavera, Campinas), próximo ao apartamento.

> (...) Num dos cômodos a gente encontrou uma grande quantidade de dinheiro, num corredor de acesso aos cômodos da casa tinha um armário planejado e lá foram encontradas quatro armas e munição. *Além dessas armas, nesse mesmo móvel foram encontradas duas chaves de veículos que não estavam no prédio. Fiz o contato com a equipe que estava com o IVAN detido e ele informou que estariam próximos num estacionamento. A gente prosseguiu em diligência até esse local em que localizamos uma MERCEDES, era um SUV, e uma FIAT STRADA*. As armas estavam guardadas e as chaves estavam de fácil acesso. Questionado, o IVAN disse que eram dele. (...) A gente se identificou no estacionamento, tinha só um vigia lá, porque já era noite, todos os policiais que participaram estavam fardados, então foi tranquilo e a gente acionou facilmente os veículos com os alarmes e inclusive os veículos foram alvo de vistoria pelo canil que a gente acionou pra fazer uma vistoria minuciosa (...) (depoimento do Tenente Fullmann em mídia de fls. 866).

No entanto, embora a propriedade real do veículo *FIAT STRADA* fosse de Ivan Aparecido Martins, havia sido adquirido formalmente pela empresa *Soares Transportes Ltda,* de propriedade de LUIS CLAUDIO SOARES e Ailton Ferreira da Silva (processado em autos desmembrados nº 0001197-27.2016.403.6105).

Conforme narram as testemunhas Paulo Sérgio Ribeiro, ex-proprietário do veículo *Fiat Strada*, e Antonio Gonzalez Veríssimo Fonseca, vendedor da empresa VEGA Veículos, na data de 07 de julho de 2015, um indivíduo denominado "Luís" iniciou tratativas para compra do automóvel que havia sido deixado em consignação na empresa por Paulo.

Na mesma data, após negociação sobre o preço (R$ 55.000,00), foi realizado depósito vinculado ao CPF de Cláudio Augusto Duarte, nome falso utilizado pelo réu CLAUDIJALMAS DUARTE, em dinheiro na conta da empresa VEGA Veículos e concretizada a venda (fls. 120 e fls. 122/123).

Segundo o vendedor:

> (...) O nome da pessoa que foi comprar o veículo era "Luís". Era um carro em consignação, ele viu o carro, negociamos, ele foi ao banco, fez o pagamento e voltou pra retirar o carro. Em um dia só. Ele transferiu o dinheiro para a conta da loja. Pagamento à vista. Quem negociou comigo foi apenas ele. Teve um momento que .... *a venda do carro foi feita em nome de uma pessoa jurídica*, não me recordo o nome. Ele se apresentou como uma pessoa que estava lá pra fazer a intermediação, mas não como sócio nem participante. *Na venda do carro quando é no nome de uma pessoa jurídica, um dos procedimentos que nós fazemos é pedir a CNH*. Aí ele se dirigiu ao carro pra pegar o documento dizendo que era do motorista da empresa. Como se tivesse uma segunda pessoa no carro. Mas eu não vi essa segunda pessoa exatamente. *Ele trouxe um documento no qual eu tirei cópia dessa CNH. Acho que o nome era Cláudio.* (...) O Luís disse que ia até o carro buscar o documento do motorista da empresa, e aí ele foi e voltou com esse documento, então essa pessoa teria entregado pra ele. Mas não vi essa pessoa. (...) Luís era branco, mais ou menos 1,70m, cabelo não era claro, mas um pouquinho mais claro, na faixa de uns 40 anos, trinta e poucos, magro, pessoa magrinha. Nenhum dos que estão presentes aqui foram à loja (...) (mídia de fls. 866).

Conforme se verifica do depoimento acima, o veículo Fiat Strada foi negociado em nome da empresa *Soares Transportes Ltda*, por um indivíduo denominado "Luís", que não foi reco-

nhecido pelo vendedor como o réu LUÍS CLÁUDIO SOARES, e no mesmo dia 07/07/2015 o pagamento foi realizado mediante depósito em dinheiro. O "representante" da *Soares Transportes Ltda-ME* apresentou Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (fls. 118) e contrato social da empresa, de acordo com o depoimento do vendedor às fls. 117.

De acordo com o ex-proprietário do veículo, Paulo Sérgio Ribeiro, no dia seguinte após a negociação, ele se dirigiu sozinho ao cartório para registrar a venda em nome de Soares Transportes Ltda-ME (recibo em fls. 119):

> (...) O veículo Fiat Strada era da empresa que é minha. Comprei no final de 2014. Deixei em consignação na loja pra vender pouco tempo depois que comprei. No começo do ano já deixei pra vender. Na época eu queria 58.000,00 e eles disseram que venderia por 58 e me dariam 56.000,00. *Daí quando vendeu tinha uma proposta de uma pessoa que pagava um pouco mais barato, pagava em dinheiro, por 55.000,00. Eles ficariam com mil e eu ficaria com 54. Aí eu aceitei. O valor foi depositado em conta, da loja para a conta da minha empresa.(...) Eu peguei o recibo de transferência na loja, fui até o cartório sozinho, reconheci e devolvi na loja de novo.* Não tive contato nenhum com o comprador. (...) (mídia de fls. 866).

A transferência formal para a empresa Soares Transportes Ltda-ME foi realizada no momento em que o vendedor declarou a venda no Documento de Transferência do Veículo e o veículo foi entregue aos novos proprietários: 08/07/2015 (fls. 119).

Ainda que o comprador não tivesse comparecido em cartório naquele momento, posteriormente deveria fazê-lo para que a transferência do veículo pudesse ser anotada no novo documento em nome da *Soares Transportes Ltda-ME*, com a assinatura dos sócios Ailton Ferreira da Silva e LUIS CLÁUDIO SOARES, os quais, conforme o contrato social encartado em fls.1063/1072, são os responsáveis pela gestão da empresa.

O réu LUÍS CLÁUDIO SOARES, no entanto, nega qualquer participação da ocultação do veículo Fiat Strada em nome de sua empresa Soares Transportes Ltda-ME.

> (...)Veja bem, essa empresa vem de pai pra filho, essa empresa tem mais de 40 anos. Essa empresa é a Soares Transportes. Ela teve atividade até 1996, porque o colégio no qual eu trabalhava que era o School Immaculate Chapel – Católica de São Paulo que é um colégio de elite. Então eu transportava filho de embaixador da Alemanha, Cônsul do México... como houve um desvio de conduta minha quando eu fui preso, eu perdi esse serviço de confiança. Eu tinha quatro ônibus, dois ônibus ficou pra acertar os funcionários antigos e causas trabalhistas. Um eu dei pra minha irmã, o outro eu vendi pra pagar advogado como vendi também um carro que eu tinha na época e uma moto pra pagar advogado e dar continuidade pra que eu respondesse solto. Nesse período em fiquei nove anos pra responder solto até que eu fui capturado. A minha prisão ocorreu em 2006. (...) *A empresa está inativa desde 2000. (...) Quanto aos sócios da empresa, hoje vigora o meu nome e o da minha irmã. O que me estranha, alguém efetuar a compra de um carro não sendo eu nem minha irmã. Eu li no processo judicial que consta como senhor Ailton meu sócio. Eu não conheço senhor Aílton, nunca foi meu sócio. Não tenho convívio.* Não conheço IVAN nem pelo nome. Também não conheço Luiz Tijolim. Não conheço nenhuma dessas pessoas que estão no papel que me foi entregue e não faço parte dessa corja. (...) Não transferi o Fiat Strada porque nunca foi proprietário desse carro. (...) *O endereço da empresa é o mesmo há 25 anos, Rua dos Cafezais, 279. (...) Não sei como conseguiram os dados da firma, mas hoje você compra isso na Praça da Sé, na Santa Efigênia. O que eu acho estranho é uma empresa vender esse carro sem exigir contrato, documentação, sem que o proprietário vá lá assinar. A senhora percebeu que o rapaz falou que não era eu que fui lá assinar.* Hoje com a crise quando alguém aparece com

> dinheiro pra tudo se dá um jeito. Esse jeito que deram eu estou pagando seis meses de uma cadeia que eu não tenho culpa. (...) (mídia de fls. 866).

Apesar da negativa de LUÍS CLÁUDIO SOARES, constam dos autos informações diversas. O comprovante de inscrição e situação cadastral da empresa (fls. 118) informa que a empresa estava "ativa" na data de 11/12/2008.

A ficha cadastral da JUCESP traz a informação de que em 07/12/2009 houve alteração do objeto social, do capital social, do endereço da empresa (para a Av. Professor Vicente Rao nº 1218, Bloco IV, Jd. Petrópolis, São Paulo) e redistribuição das quotas sociais entre os sócios Luís Cláudio Soares e Etelvina Ribeiro Soares. Posteriormente, em 16/04/2010, houve nova alteração do capital social com redistribuição das quotas sociais e mudança do quadro societário, tendo havido substituição da mãe do réu LUÍS, Etelvina Ribeiro Soares, por Ailton Ferreira Da Silva (fls. 1013/1015).

Estão encartados nos autos os contratos sociais com as mudanças acima referidas, todos assinados e registrados na JUCESP com visto de conferência aposto pela referida Junta Comercial.

Embora o réu alegue desconhecer tais mudanças e "ter sido vítima de um golpe", não houve qualquer contestação por parte da defesa dos referidos contratos, tampouco se requereu qualquer diligência que pudesse comprovar eventual falsidade ou o não envolvimento do LUÍS CLÁUDIO SOARES nesses registros.

Nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, cabe a quem a faz a prova da alegação. Não se desincumbiu a defesa de provar a versão apresentada pelo réu. Restou apenas a negativa genérica dos fatos.

Todavia, os documentos encartados comprovam que, ainda que não tenha sido LUÍS CLÁUDIO SOARES a negociar pessoalmente a compra do veículo Fiat Strada, visto que o vendedor não o reconheceu como o indivíduo que realizou a transação, o veículo foi adquirido em nome da empresa *Soares Transporte Ltda-ME*, com a apresentação dos documentos que a identificavam. Empresa cujos registros formais na Junta Comercial, comprovados por alterações contratuais devidamente assinadas e conferidas, apontam ser administrada pelo réu em conjunto com Ailton Ferreira da Silva.

Nesse sentido, colhe-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> EMEN: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. DETALHAMENTO MINUCIOSO DECORRENTE DO EXAME DO PLEITO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO COM BASE EM FUNDAMENTOS DIVERSOS DAQUELES APRESENTADOS PELAS PARTES. INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE. CONFIGURAÇÃO. AUTONOMIA. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. Na hipótese, o detalhamento minucioso do caso, inclusive acerca da existência ou não de indícios de autoria, deu-se em decorrência da análise do pleito formulado pelo impetrante, quanto à incompetência da Justiça Federal para processamento do feito.
> 2. Pode o magistrado prestar jurisdição solvendo o direito aplicável inclusive por fundamentos não apresentados pelas partes, sem que isto altere o limite do caso penal.
> 3. Permanece típica e punível a lavagem de dinheiro mesmo quando desconhecido ou isento de pena o autor do crime precedente, desde que presentes indícios suficientes da existência deste delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.613/98).

> *4. O sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro pode ser, não só o autor, o coautor ou o partícipe do crime antecedente, mas todo aquele que, de alguma forma, concorra para a ocultação ou dissimulação do lucro proveniente da atividade delituosa.*
> 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para a configuração do crime do artigo art. 1º da Lei n. 9.613/98, não é necessário que o acusado tenha sido condenado pelo delito antecedente, pois embora derivado ou acessório, o delito de lavagem de dinheiro é autônomo.
> 6. Recurso ordinário improvido.
> ..EMEN: (RHC 201303287101, NEFI CORDEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:12/05/2016 ..DTPB:.)

Destarte, plenamente comprovada a prática da conduta de ocultação de bem proveniente de crime, capitulado no artigo 1º da Lei 9.613/98, *uma vez*, por parte de LUÍS CLÁUDIO SOARES.

2.2.2 CLAUDIJALMAS DUARTE

Conforme anteriormente fundamentado na análise da materialidade, o envolvimento do real proprietário dos veículos *Fiat Strada* e *Volvo*, Ivan Aparecido Martins, com o tráfico internacional de entorpecentes restou configurado de acordo com a ação penal nº 0013524-54.2014.4.01.3801, desmembrada dos autos nº 11290-36.2013.401.3801, "*Operação Athos*", realizada na Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG.

O veículo *Fiat Strada*, conforme já descrito acima, foi localizado em um estacionamento (próximo ao apartamento em que residia) no qual Ivan Aparecido Martins guardava também seu outro automóvel (um *Mercedes*). Além disso, as chaves dos automóveis foram localizadas no referido apartamento.

Embora a propriedade real do veículo *Fiat Strada* fosse de Ivan Aparecido Martins, foi adquirido pela empresa *Soares Transportes Ltda* com o auxílio da CNH falsa, em nome de Cláudio Augusto Duarte, utilizada por CLAUDIJALMAS DUARTE.

Restou comprovado documentalmente nos autos que CLAUDIJALMAS DUARTE utilizava-se de documentos falsos em nome de Cláudio Augusto Duarte (fls. 509/513). Tal informação foi confirmada pelo réu CLAUDIJALMAS DUARTE em seu interrogatório:

> (...) Eu consegui um outro nome em Minas Gerais, em Belo Horizonte, pra me esconder da justiça porque eu tinha que trabalhar e tratar dos meus filhos que eram menores, e dependia de mim pra faculdade, universidade e uma série de coisas. E eu precisava trabalhar e com meu nome era inviável visto que eu estava com mandado de prisão (...) (mídia de fls. 866).

Conforme narrou o vendedor da empresa VEGA Veículos, Antonio Gonzalez Veríssimo Fonseca, a compra do *Fiat Strada* foi realizada por um indivíduo denominado "Luís", mas havia um segundo indivíduo no veículo que não participou das tratativas, mas estava de posse da CNH falsa (cópia em fls. 121) em nome de Cláudio Augusto Duarte, e a entregou ao vendedor para que constasse como o motorista do veículo que fora adquirido pela pessoa jurídica *Soares Transportes Ltda*.

> (...) O nome da pessoa que foi comprar o veículo era "Luís". Era um carro em consignação, ele viu o carro, negociamos, ele foi ao banco, fez o pagamento e voltou pra retirar o carro. Em um dia só. Ele transferiu o dinheiro para a conta da loja. Pagamento à vista. Quem negociou comigo foi apenas ele. (...) *Na venda do carro quando é no nome de uma pessoa jurídica, um*

> *dos procedimentos que nós fazemos é pedir a CNH. Aí ele se dirigiu ao carro pra pegar o documento dizendo que era do motorista da empresa*. Como se tivesse uma segunda pessoa no carro. Mas eu não vi essa segunda pessoa exatamente. *Ele trouxe um documento no qual eu tirei cópia dessa CNH. Acho que o nome era Cláudio* (...). (mídia de fls. 866).

Posteriormente se verificou que o pagamento do veículo *Fiat Strada* foi realizado em depósito em dinheiro para a conta da *Vega Veículos*, vinculado ao Cadastro de Pessoa Física – CPF de Cláudio Augusto Duarte, conforme documentos de fls. 120 e 639/645.

Assim, embora o automóvel *Fiat Strada* não esteja registrado em nome de CLAUDIJALMAS DUARTE, a aquisição e a ocultação do veículo em nome da empresa *Soares Transportes Ltda-ME* não teriam ocorrido do modo como se realizaram sem a interferência deste. Sua atuação foi imprescindível para que a conduta delituosa ocorresse, visto que forneceu a CNH falsa em nome de Cláudio Augusto Duarte para constar como motorista no contrato de venda e o depósito para pagamento em dinheiro foi realizado com a utilização de seu CPF.

Verifica-se, por sua vez, que o veículo *Volvo*, não foi localizado com Ivan Aparecido Martins, por ocasião da sua prisão em flagrante. De acordo com o Boletim de ocorrência nº 188/2015, lavrado Delegacia de Polícia de Analândia/SP, o veículo, registrado em nome de Cláudio Augusto Duarte (fls. 84/85), teria se envolvido em um acidente no trevo de Analândia e os ocupantes estariam descarregando armamentos em bolsas e escondendo-as no mato (fls. 416/425).

Observa-se que o mesmo Delegado de Polícia Civil de Analândia identificou e encaminhou a este juízo o Boletim de Ocorrência nº 20/2015, lavrado na Delegacia de Polícia de Sertãozinho poucos dias antes (25/06/2015), envolvendo CLAUDIJALMAS DUARTE que teria se apresentado aos policiais como Cláudio Augusto Duarte, fazendo uso de CNH falsa (fls. 429/430).

A despeito de estar registrado em nome de Cláudio Augusto Duarte, a propriedade real do veículo *Volvo* foi confirmada por Ivan Aparecido Martins em sede inquisitiva. Primeiramente no interrogatório prestado por ocasião de sua prisão em flagrante: "(...) que possui também um Volvo, entretanto, após uma batida abandonou o carro" (fls. 11). Posteriormente, ao ser questionado sobre o referido veículo nos autos da carta precatória 284/15, em 12/08/2015, pela Delegacia de Investigações Gerais de Avaré/SP, Ivan Aparecido Martins alegou "*não conhecer*" Claudijalmas Duarte ou Cláudio Augusto Duarte, mas confirmou a propriedade do veículo VOLVO: "(...) *Seu veículo Volvo pode estar em nome de Claudio Augusto Duarte por relação com o proprietário anterior, já que o interrogado nunca negociou seu veículo com Cláudio*" (fls. 266/267).

CLAUDIJALMAS DUARTE, em seu interrogatório, negou ter qualquer participação na ocultação de ambos os veículos, afirmando não ter comparecido a Campinas para a aquisição do *Fiat Strada* e ter sido vítima de uma organização criminosa que se utilizou de cópias de seus documentos para registrar veículos em seu nome, sem o seu consentimento.

> (...) As alegações são falsas. Eu nunca tive ciência desse veículo estar em meu nome. Eu tive uma empresa a Construagro. Depois por dificuldades financeiras eu vendi e fui trabalhar pro novo proprietário. Em determinado dia me procurou um cidadão de nome Fernando, que eu queria comprar um carro financiado, ele ficou de ver esse carro pra mim. *Eu dei pra ele os meus documentos concernentes ao financiamento de um veículo, atestado de residência, renda, documentos, carteira de habilitação, ele levou e não houve a compra do referido veículo. Aí eu comprei pelo Banco Santander que abriu uma linha de crédito um carro Toyota, ano 2009/2008 blindado e fiquei com esse carro.* Posteriormente esse Fernando me procurou e

> disse que precisava falar comigo com urgência, esse Fernando é de Mogi-Guaçu, no interior de São Paulo, ai ele me disse que tinha um carro que sem querer havia ficado no meu nome, porque tinha dois "Cláudios" e o cidadão colocou o carro no nome errado. No Cláudio errado. Quando eu fui lá pra transferir o carro, o carro estava preso numa cidade chamada Jacutinga, Minas Gerais, quando eu fui à Jacutinga eu tirei o carro estava apreendido, entreguei a ele numa cidade vizinha de Mogi Guaçu, visto que era ponto facultativo naquele dia, e dei uma procuração para que ele transferisse esse veículo, depois de até discutir com ele, porque isso havia acontecido. Depois disso eu fui saber posteriormente que a Polícia Federal me procurou, com eu tinha um mandado de prisão contra mim eu não apareci porque eu seria preso imediatamente. Mas eu nunca soube da existência desse carro, não tinha dinheiro pra comprar um carro nesse valor, não vendi esse carro por motivo nenhum, não coloquei em meu nome a pedido de outros. (...) *O Fiat Strada não sei, desconheço, nunca vi, não estava nada no meu nome. Desconheço a empresa Soares Transportes Ltda. Não tenho a mínima ideia de quem é Aílton Ferreira da Silva.* Isso pra mim é surpresa. Porque nos autos que eu li não consta que tenha uma empresa no meu nome Claudijalmas Duarte ou Cláudio Augusto Duarte. Eu nunca abri essa empresa. (...) Eu descobri a posteriori, depois desses fatos, que eu tinha mais ou menos quatro ou cinco veículos em meu nome, caríssimos, inclusive uma lancha e um reboque. E eu desconhecia esse fato (...) (mídia de fls. 866).

Apesar da negativa de CLAUDIJALMAS DUARTE, seus documentos foram apresentados e utilizados para ocultação de ambos os veículos (Fiat Strada e Volvo). Ressalte-se que, no caso do veículo Volvo, para que a transferência formal tenha se operado, houve a necessidade não só da apresentação dos documentos originais, e não meras cópias, de Cláudio Augusto Duarte em cartório, mas também de sua presença e assinatura, devido ao procedimento regular de registro e transferência de veículos. A utilização pelo réu dos documentos falsos em nome de Cláudio Augusto Duarte era reiterada, tanto que, quando fora abordado pela Polícia Civil de Sertãozinho em 25/06/2015, apresentou-se aos policiais como sendo Cláudio Augusto Duarte, fazendo uso inclusive, de CNH falsa (fls. 429/430).

Além disso, a versão apresentada por CLAUDIJALMAS DUARTE em juízo não é de modo algum verossímil, visto que, segundo ele, três veículos teriam sido indevidamente registrados em nome de Cláudio Augusto Duarte (nome falso utilizado por ele), sem seu conhecimento, após ter emprestado seus documentos a um certo "Fernando" para que este o auxiliasse no financiamento de um veículo. No entanto, ainda de acordo com ele, a compra não teria se efetuado e ele próprio teria adquirido o veículo Toyota/Corolla de sua propriedade (registrado em 04/02/2015 – fls. 66-verso).

Todavia, o registro do veículo *Volvo* em nome de Cláudio Augusto Duarte foi realizado em 20/03/2015 (fls. 514), portanto, após a compra do Toyota/Corolla para a qual certamente CLAUDIJALMAS DUARTE precisou utilizar os documentos que "havia emprestado ao suposto Fernando". Logo, tais documentos necessariamente já teriam sido devolvidos a ele.

Ademais, de acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal, cabe a quem a faz a prova da alegação. Não se desincumbiu a defesa de provar a versão apresentada pelo réu. Restou apenas a negativa genérica dos fatos que foram documentalmente comprovados nos autos.

Destarte, considero plenamente comprovada a prática das condutas de ocultação de bem proveniente de crime, capituladas no artigo 1º da Lei 9.613/98, por duas vezes (em relação ao Fiat Strada e em relação ao Volvo), na forma do artigo 71 do Código Penal, por parte de CLAUDIJALMAS DUARTE, utilizando-se do nome falso Cláudio Augusto Duarte.

3. Dosimetria da pena

3.1 LUÍS CLÁUDIO SOARES

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à *culpabilidade* do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, entendo que foi normal à espécie. À míngua de elementos quanto à *personalidade* e conduta social do agente, deixo de valorá-las. Nada a comentar sobre o comportamento da *vítima*.

As *circunstâncias*, as *consequências* e os *motivos* foram normais ao tipo.

O réu ostenta antecedentes criminais, pois apresenta condenação por tráfico de entorpecentes nos autos 0037143-15.1996.8.26.0050, da 15ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda, São Paulo/SP, com trânsito em julgado em 03/08/2000, cumprimento de mandado de prisão em 11/04/2006 (fls. 18 e 21).

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal em 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 43 (quarenta e três) dias-multa.

Na *segunda fase*, não há atenuantes ou agravantes a considerar.

Na *terceira fase*, inexistem causas de diminuição ou aumento, pelo que subsiste a pena de *03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 43 (quarenta e três) dias-multa*.

Ante as informações constantes dos autos sobre as condições financeiras e econômicas do réu, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos pelos índices oficiais até o efetivo pagamento.

3.1.1. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada e considerando o regramento estabelecido no artigo 387, § 2º, do CPP, o qual prevê o cômputo do tempo de prisão provisória do réu (364 dias – conforme certidão de fls. 1098) na determinação do regime de cumprimento de pena, fixo como regime inicial de cumprimento o ABERTO, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal.

3.1.2. Pena substitutiva

Presentes as hipóteses dos incisos I, II e III do artigo 44, do Código Penal, *substituo* a pena de reclusão por duas penas restritivas de direitos, consistentes no seguinte: *1)* prestação pecuniária de 05 (cinco) salários mínimos, direcionadas à "Casa da Criança Paralítica de Campinas", com endereço à Rua Pedro Domingos Vitalli, 160, Parque Itália, Campinas/SP, Banco Santander, Agência 4378, Conta corrente 13.000.430-7; *2)* prestação pecuniária de 05 (cinco) salários mínimos, direcionadas ao "Instituto Padre Haroldo Rahm", CNPJ 50.068.188/0001-88, Banco do Brasil, Agência 2913-0, Conta Corrente 23260-2.

Deve o acusado ser advertido de que o descumprimento implicará na conversão das penas restritivas de direito na pena de detenção fixada (artigo 44, § 4º, do Código Penal).

3.1.3 Direito de recorrer em liberdade

Em cumprimento ao art. 387 do CPP, considerando o tempo de prisão já cumprido, *a imposição de regime prisional aberto*, e as circunstâncias judiciais quase todas favoráveis, não mais vislumbro razões para o encarceramento do condenado, que poderá apelar em liberdade.

Dessa forma, revogo a prisão preventiva de LUIS CLÁUDIO SOARES.

Expeça-se imediatamente alvará de soltura clausulado.

3.2 CLAUDIJALMAS DUARTE

Passo à análise das diretrizes apontadas no art. 59 do Código Penal.

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante à *culpabilidade* do acusado, entendida como a reprovabilidade da conduta típica e ilícita, entendo que foi normal à espécie. À míngua de elementos quanto à *personalidade* do agente, deixo de valorá-la. Nada a comentar sobre o comportamento da *vítima*.

A *conduta social* do réu, por sua vez, revelou-se *desfavorável*, visto que fez da criminalidade seu meio de vida, estando foragido por anos da justiça e fazendo uso constante de documentos falsos.

Os *motivos*, as *circunstâncias* e as *consequências* são normais ao tipo delitivo.

O réu ostenta vários *antecedentes criminais*, com condenações transitadas em julgado por furto (4ª Vara Criminal de Campinas/SP – autos 2185/1989), estelionato (Vara da Comarca de Nova Granada – autos 417/1992 e Vara da Comarca de Paulo Faria – autos 324/1992) e receptação (5ª Vara Criminal de São José do Rio Preto – autos 1102/1992 e 2ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo – autos 836/1998), conforme certidão da Vara de Execuções Criminais de Araçatuba, encartada em fls. 74/77 do apenso de antecedentes. A última delas, autos nº 0047562-24.2003.8.26.0576 da 4ª Vara Criminal de São José do Rio Preto/SP (certidão de fls. 80), transitou em julgado em 26/09/2006, mas ainda se encontra em cumprimento de pena, haja vista ter estado o réu foragido. Assim, por forjar reincidência, será avaliada na segunda fase da dosimetria da pena.

Por isso, observando as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 86 (oitenta e seis) dias-multa.

Na *segunda fase*, não há atenuantes. Incide, no entanto, a agravante da *reincidência* prevista no artigo 61, I, do Código Penal, uma vez que o réu apresenta condenação transitada em julgado anteriormente ao cometimento do crime apurado nestes autos, conforme certidão de fls. 80 do apenso de antecedentes criminais. Aumento, pois, a pena em 1/6, fixando-a em 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Na *terceira fase de aplicação da pena*, ante a ausência de causas de diminuição, verifico a incidência da regra prevista no *artigo 71 do Código Penal*, porquanto os delitos foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo e forma de execução, conforme já exposto. Diante disso, ante a realização de duas condutas de ocultação de bem proveniente de infração penal, impõe-se um aumento da pena de 1/6 (um sexto), o que resulta na pena de *06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa*.

Ante as informações constantes dos autos sobre as condições financeiras e econômicas do réu, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos pelos índices oficiais até o efetivo pagamento.

3.2.1. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Mesmo aplicando o regramento estabelecido no artigo 387, § 2º, do CPP, o qual prevê o cômputo do tempo de prisão provisória do réu (393 dias – conforme certidão de fls. 1098) na determinação do regime de cumprimento de pena, tendo em vista a quantidade de pena aplicada e o fato de se tratar de réu REINCIDENTE em crime doloso, fixo como regime inicial de cumprimento, o FECHADO, nos termos do artigo 33, § 2º, "b", *a contrario sensu*, e § 3º, do Código Penal.

3.2.2. Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I e II, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada e o fato de ser o réu reincidente em crime doloso, mostra-se

inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

3.2.3. Direito de recorrer em liberdade

Em cumprimento ao art. 387 do CPP, *não assiste ao réu* o direito de apelar em liberdade, uma vez que permanecem inalteradas as razões de fato e de direito que ensejaram a decretação de sua prisão preventiva e ainda mais reforçados pela condenação ao regime inicial fechado, razão pela qual mantenho o decreto prisional por seus próprios e jurídicos fundamentos.

4. Dispositivo

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para:

a) *condenar o réu LUÍS CLÁUDIO SOARES*, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 1º da Lei 9.613/1998. Fixo a pena privativa de liberdade em *03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão*, a ser cumprida desde o início no regime ABERTO, e *43 (quarenta e três) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.*

d) *condenar o réu CLAUDIJALMAS DUARTE*, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 1º da Lei 9.613/1998, c.c. artigo 71 do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão*, a ser cumprida em regime inicial FECHADO, e *116 (cento e dezesseis) dias-multa.*

5. Destinação de bens

Já houve destinação dos veículos a) FIAT/STRADA Adventure CD, cor cinza, ano 2014/2015, placa, FOV4418 e b) VOLVO XC60, RENAVAM 567013316, cor preta, ano 2013/2014, placa FLB8514; assim como de outros bens apreendidos no interior do Volvo, nos autos principais nº *0009611-48.2015.403.6105.*

6. Disposições finais

Por serem os réus beneficiários da Justiça Gratuita, isento-os do pagamento das custas processuais.

Não há valor mínimo a fixar para reparação de danos em favor da vítima (artigo 387, inciso IV, do CPP).

Após o trânsito em julgado, oficie-se ao departamento competente para fins de estatísticas e antecedentes criminais, remetam-se os autos ao SEDI para as devidas anotações e comunique-se ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

No mesmo momento processual dever-se-á adotar as providências para que os nomes dos réus sejam incluídos no Rol dos Culpados, bem como para que seja formado Processo de Execução Penal.

Caso haja interposição de apelação com relação ao réu preso, expeça-se a competente Guia de Execução Provisória, nos termos da lei.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Campinas, 13 de fevereiro de 2017.

Juíza Federal VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO

AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO
0005534-35.2016.4.03.6113

Autor: IAN LUCAS RIBEIRO MIQUELINI (incapaz)
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE FRANCA - SP
Juíza Federal: FABÍOLA QUEIROZ
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/06/2017

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito comum promovida por *IAN LUCAS RIBEIRO MIQUELINI*, representado por sua mãe Gisele Aparecida Costa Ribeiro, contra a *UNIÃO*, em que pretende lhe seja assegurado, imediatamente, o fornecimento gratuito de medicamento de alto custo por tempo indeterminado, na forma e dosagem prescrita por seu médico. Pleiteia que ao final o pedido seja julgado totalmente procedente para (fls. 38/39) "(...) Reconhecer, como demonstrado, o direito do Autor, ao recebimento gratuito, urgente e por tempo indeterminado do medicamento Translarna® (Ataluren), bem como compelir a Ré a cumprir sua obrigação de fornecê-lo ao mesmo conforme prescrito pelo médico que o assiste, tornando definitiva, portanto, a tutela antecipadamente deferida; (...) Condenar a Ré ao pagamento das despesas judiciais, bem como dos honorários advocatícios, em valor a ser arbitrado por Vossa Excelência, monetariamente atualizado e corrigido. (...)"

Pede, ainda, a citação a ré, protesta pela produção de todos os meios de prova permitidos, prioridade na tramitação do feito nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Processo Civil, concessão dos benefícios da justiça gratuita, realização de audiência de tentativa de conciliação e intimação específica em nome de sua patrona.

Pede a antecipação da tutela, sob a alegação de possuir doença rara grave e progressiva, capaz de causar morte, denominada *Distrofia Muscular de Duchenne*, de modo que não pode aguardar o resultado da demanda, sob pena de perecimento de seu maior bem, que é a vida.

Aduziu que o único tratamento eficaz para lhe assegurar o direito de viver com dignidade se dá com o emprego do medicamento *Ataluren,* fabricado apenas por um laboratório e comercializado sob o nome Translarna®. Por se tratar de medicamento órfão (isto é, medicamento para tratamento de doença rara), a União teria obrigação em fornecê-lo, mas não o faz, sob o infundado argumento de que o medicamento "não é disponibilizado/padronizado pelo Ministério da Saúde, bem como não há alternativa terapêutica disponível no Sistema Único de Saúde – SUS para a doença indicada".

Juntou Parecer Técnico nº 137, no qual consta que o *Ataluren* (Translarna®) "não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e não está padronizado em nenhum dos componentes da Assistência Farmacêutica do SUS" (fls. 64). Ressalta, porém, que esse fato não impede a procedência da demanda, sobretudo porque esse medicamento já foi registrado na União Europeia.

Também carreou aos autos parecer do médico que o assiste, no qual é informado que o autor necessita rapidamente do tratamento com o Ataluren a fim de que mantenha a marcha autônoma, evitando que necessite utilizar cadeira de rodas, bem como a fim de interromper o avanço da doença que causa a perda progressiva dos movimentos dos membros inferiores, comprometimento cardíaco e respiratório, e que culmina com a morte do indivíduo.

Realça a existência de vários precedentes, inclusive do Tribunal Regional da 3ª Região, julgando procedentes ações em que se postularam o fornecimento dessa medicação.

O pedido de tutela antecipada foi deferido (fls. 117/122).

A União apresentou contestação e documentos (fls. 133/166). Preliminarmente, aduziu que é parte passiva ilegítima. Ressalta que promove o repasse dos recursos aos Estados e aos Municípios, motivo pelo qual incumbiria a estes entes federativos a disponibilização dos medicamentos de que necessita a parte autora. Roga que seja excluída do polo passivo. No mérito, sustenta que o medicamento "Ataluren" (Translarna®) não possui registro na ANVISA. Afirma que o fornecimento do "Ataluren" (Translarna®) afrontaria legislação pátria, especificamente as normas que regem o sistema brasileiro de vigilância sanitária, colocando em risco tanto a pessoa que pleiteia o medicamento judicialmente quanto a coletividade. Remete aos termos da Recomendação nº 31/2010 do CNJ. Diz que o referido medicamento foi rejeitado pela Comissão de Incorporação de Tecnologia do Ministério da Saúde – CITEC/MS após a análise técnica. Menciona os valores que são dispendidos no cumprimento de decisão judiciais para o fornecimento do "Ataluren" (Translarna®). Remete aos termos dos dispositivos da Lei nº 6.360/76, artigo 200 da Constituição Federal, Lei nº 8.080/90 e Lei nº 9.782/99. Indica e explica as etapas para registro de um medicamento junto à ANVISA. Assevera que a determinação de fornecimento de medicamento na via judicial sem registro na ANVISA constitui-se provimento jurisdicional em desacordo com a lei. Afirma que não há comprovação científica da eficácia do medicamento "Ataluren" (Translarna®), e que o fato de o medicamento ser registrado em outros países não confere garantia suficiente de sua segurança, eficiência e qualidade. Argumenta que somente em situações excepcionais a importação de medicamentos sem registro pode ser autorizada pela ANVISA. Diz que até o momento não houve pedido para registro do medicamento pleiteado, e que este possui vários efeitos colaterais. Afirma que não há comprovação de que o medicamento "Ataluren" (Translarna®) é seguro e eficaz, e que seu uso pode acarretar resultados negativos, e que na realidade os pacientes estão sendo submetidos a estudo clínico de interesse do fabricante. Ressalta que o SUS fornece outros tratamentos e medicamentos para a moléstia que o autor é portador. Remete aos termos dos Enunciados nº 3, 6, 8, 9, 12, 13, 16, 18 e 19 da I Jornada de Direito da Saúde. Sustenta que no caso em tela deve haver a aplicação da "cláusula da reserva do possível", pois o poder público deve escolher as opções que alcancem a maior parte da população, ainda que, para tanto, algumas situações específicas sejam excluídas. Diz que a concessão de medicamentos e tratamento médicos por meio de processos judiciais e liminares desestabiliza o sistema de saúde, com repercussão direta sobre a alocação de recursos públicos ao SUS, vulnerando a isonomia entre os beneficiários e criando enormes injustiças. Indica que a realização de despesa não autorizada pela Lei Orçamentária fere o artigo 167, incisos I, II, VI e VII da Constituição Federal. Alega que a atuação do Judiciário em situações como a destes autos viola o princípio constitucional da tripartição dos poderes. Insurge-se contra o pedido de concessão do medicamento por tempo indeterminado, rogando que, caso seja concedido o pedido, haja delimitação do termo *ad quem* para a obrigação que vier a ser imposta à União, mediante reavaliação clínica periódica. Ressalta a necessidade da realização de prova pericial. Pleiteia, ao final, que seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, extinguindo-se o processo sem apreciação do mérito, ou que o pedido seja julgado improcedente. Caso haja a concessão do pedido, que seja reconhecido o rateio em partes iguais para o custeio do fármaco entre as três esferas de gestão do SUS.

Às fls. 167/171 a União Federal apresentou seus quesitos e reiterou a necessidade da produção da prova pericial. Às fls. 172/201 informou a interposição de agravo de instrumento.

A parte autora requereu a juntada de documentos médicos atualizados (fls. 198/201).

Determinou-se a intimação da União Federal para que tomasse ciência da petição de fl. 198 e para que juntasse aos autos a Nota Técnica mencionada no item 7 da conclusão da contestação (fl. 157), no prazo de 05 dias. No ensejo, determinou-se ainda a intimação da parte autora para que se manifestasse sobre a contestação oferecimento de contrarrazões ao agravo de instrumento interposto da decisão que concedeu a tutela de urgência.

A União Federal apresentou documentos às fls. 204/217.

Às fls. 224/226 foi acostada cópia de decisão proferida em agravo de instrumento interposto pela União.

A parte autora apresentou sua impugnação às fls. 230/264.

FUNDAMENTAÇÃO

Cuida-se de ação processada pelo rito comum em que a parte autora pleiteia que a União seja condenada ao fornecimento do medicamento "Ataluren" (Translarna®)

Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela União Federal em sua contestação, bem como a necessidade de citação do Estado de São Paulo e do Município de Franca. É pacífico que, em se tratando de matéria relativa à saúde, a competência dos entes federativos é concorrente, podendo a parte autora demandar contra um ou contra todos, indiscriminadamente. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente" *(RE 855178 RG, DJe 16/03/2015).*

Passo ao exame do mérito.

A parte autora pretende que seja determinado ao Poder Público que lhe forneça, gratuitamente, e pelo tempo necessário, o medicamento "Translarna®", nome dado à substância "Ataluren", sustentando ser portadora de doença denominada Distrofia Muscular de Duchenne, (CID D G71.0). O medicamento pleiteado, ainda de acordo com a inicial, é eficaz no controle da doença. O pedido se funda, em síntese, no direito à saúde conforme consta do artigo 196 da Constituição Federal.

A definição mais adequada a respeito do que é direito, a meu ver, é a dada por Stephen Holmes e Cass R. Sustein, ao diferenciarem direito moral e direito legal. O primeiro é o que prescreve como seres humanos devem agir não mediante consulta a textos legais mas, sim, a que os seres humanos fazem do ponto de vista moral. Já direito do ponto de vista legal, é aquele interesse que uma sociedade politicamente organizada decidiu proteger. Nessa distinção, só é direito aquele que um sistema legal efetivo decide utilizar seus recursos para proteger.[1]

Os autores também afastam a condição de absoluto de qualquer direito no sentido legal do termo: nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cujo cumprimento pressupõe uma escolha de como será gasto o dinheiro do contribuinte pode, ao final, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem levar em conta as consequências orçamentárias pelas quais outros ramos do governo são responsáveis em última instância. Por isso, os limites financeiros excluem qualquer possibilidade de que os direitos fundamentais sejam aplicados ao máximo ao mesmo tempo.[2]

1 Holmes, Stephen e Sunstein, Cass. R.. The cost of rights – why liberty depends on Taxes, New York, Ed. Norton, 1999. 1ª edição, 16-17 pag.: (...) The first (moral) associates rights with moral principles or ideals. It identifies rights not by Consulting statutes and case law, but by asking what human beings are morally entitle to. (...) Instead it (legal right) is an empirical inquiry into the kinds of interests that a particular politically organized society actually protects. Within this framework, na interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it.

2 Holmes, Stephen e Sunstein, Cass. R.. The cost of rights – why liberty depends on Taxes, New York, Ed. Norton, 1999. 1ª

O direito invocado no caso presente é o "Direito à Saúde".

A expressão "Direito à Saúde" é equivocada. Saúde é *estado mental do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal; estado do que é sadio ou não.* [3] Considerando a definição retro, é possível considerar saúde como a ausência de doenças ou lesões ou, ainda, sequelas de lesões. Contudo, pode ser possível que uma pessoa, mesmo tendo à sua disposição o melhor tratamento disponível no mundo para tratar determinada doença, não conseguirá recuperar a saúde, tal como definida acima. Por isso, dizer que o ser humano faz jus à saúde não significa à saúde per se mas, sim, o direito ao tratamento adequado que lhe seja possível obter.

Tanto é que o artigo 196 acima especifica que o "direito a saúde" *será garantido mediantes políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção proteção e recuperação.*

Nesse sentido, o aventado direito a saúde só é direito na medida em que é garantido legalmente. E, como se constata, é garantido pela Constituição, em seu artigo 196:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não obstante sua abrangência e universalidade, não é absoluto e depende de regulamentação:

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
> I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
> III - participação da comunidade.

O que caracteriza a universalidade dos direitos fundamentais *é o fato de serem universais, ou seja, de valerem para todo homem, independentemente da raça, da nacionalidade, etc., mas não necessariamente de valerem sem exceções*[4]. Norberto Bobbio, em A Era dos Direitos, Editora Campus, 14ª Tiragem, pág. 187, Norberto Bobbio diz que *o único direito absoluto existente, que não admite limitações independentemente das circunstâncias, é o direito a não ser torturado, pois mesmo o direito à vida é relativizado em situações de guerra.*[5]

---

edição, 97 e 101 pag.: (...)Nothing that costs money can be absolute. No right whose enforcement pressupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regar to budgetary consequentes for which other branches of government bear the ultimate responsability.(...) Financial limits alone exclude the possibility of all basic rights being enforced maximally at the same time.

3 Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*/ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. Curitiba, Ed Positivo, 5ª ed., pag. 1899.

4 Mendes, Gilmar Ferreira e outros, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. 5ª edição, 220 p.

5 Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. Editora Campus, 14a Tiragem. 187 p.

Por isso, ao se analisar o direito à saúde, devemos ter em mente a possibilidade da sua restrição. E, ainda, atentarmos para o fato de que deve ser analisado dentro de um contexto social e econômico e não apenas do ponto de vista de uma única pessoa: aquela que o invoca para obter um provimento jurisdicional. O *conteúdo dos princípios, sua real dimensão e alcance com todos os matizes da ideia que encerram, só é plenamente possível de ser determinado ao ser invocada sua aplicação num determinado contexto.*[6]

As diretrizes para se auferir as limitações do direito à saúde estão na própria Constituição: necessidade de lei para sua regulamentação (artigo 197) e fixação de ações e serviços de saúde, a cargo do Poder Público, exercendo seu poder discricionário (artigo 198). Como não é possível nem viável o atendimento a todo e qualquer pleito relativo à saúde, dada sua abrangência, bem como o limite de recursos públicos, é necessário que sejam estabelecidas políticas públicas voltadas à saúde com fixação de prioridades.

A lei que regulamenta as ações relativas à saúde é a Lei de nº 8.080/1990.

Seu artigo 2º define o dever do Estado em garantir a saúde como sendo *a formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.*

Analisando mais detidamente o artigo 2º supra, nota-se que o acesso universal é aos serviços disponíveis e não a todo e qualquer serviço relacionado à saúde. Não caberia entendimento contrário pois é inviável e utópica a ideia de que compete ao Estado suprir todas as necessidades, de todas as pessoas, proporcionando tratamento particular para todos e para qualquer doença.

A mesma Lei 8.080/1990, também, em seu artigo 31, estabelece que os recursos destinados a dar efetividade aos objetivos e diretrizes da própria lei serão aqueles destinados pelo orçamento ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante receita estimada. Ou seja, o Poder Público estima os valores necessários à implementação das políticas públicas relacionadas à saúde e faz a proposta orçamentária para tanto. Não é autorizada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos para a saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer que não é dever do Estado proporcionar qualquer tratamento a qualquer pessoa, independentemente do valor. Seu dever consiste, na realidade, em promover ações que visem a amparar a saúde de forma tanto preventiva quanto repressiva mediante políticas públicas às quais deve ser assegurado o acesso de qualquer pessoa, tudo através do Sistema Único de Saúde.

Tal assertiva, aliada ao fato de que os recursos destinados à saúde são previamente inseridos no orçamento, vedada a transferência de valores, implica na escolha, por parte do Administrador, de quais políticas serão realizadas, como por exemplo: onde serão construídos hospitais, quantos leitos serão disponibilizados, quantos médicos contratados, quais procedimentos serão adotados e quais medicamentos serão disponibilizados. É impossível atender a qualquer pleito de qualquer pessoa, inclusive porque a Constituição não estabelece que o direito à saúde é apenas com relação aos hipossuficientes, universalizando a todos indistintamente o acesso às políticas públicas de saúde.

A jurisprudência, de forma quase que unânime, porém, tem entendido que ausência de recursos e falta de previsão orçamentária não são óbices a que decisões judiciais determinem

6 Derani, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. Ed. Saraiva, 2008. 25 p..

ao Poder Público o fornecimento de medicamentos, tratamentos, alimentos, dentre outros, custeando, se necessário, a realização dos procedimentos em estabelecimentos particulares.

Esse entendimento ignora, porém, que o gestor público, exatamente por lidar com valores que não lhe pertencem, está adstrito a regras rígidas, principalmente aquelas previstas na Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal. Seu artigo 1º, § 1º, estabelece que *a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoa, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.*

A responsabilidade do gestor público relativamente às finanças públicas é tão séria que sua inobservância pode fundamentar pedido de Impeachment de Presidente da República (artigo 85, incisos IV e V, da Constituição Federal). A lei que regulamenta o processo de Impeachment, Lei 1.079/50, inclusive, elenca como crime de responsabilidade contra a lei orçamentária, exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento (artigo 10, item 2).

Óbvio que se o Gestor Público cumpre ordem judicial, dado que não o fazendo incorrerá nas penas do crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal), não cometerá crime de responsabilidade. Contudo, para dar cumprimento à ordem judicial que lhe determina fornecer algum tipo de serviço ou insumo relativo à saúde, não disponível na Rede Pública, deverá se valer de recursos destinados à saúde, mas não especificamente àquele determinado para o tratamento estabelecido pela decisão judicial, pois os valores seriam direcionados a outras prioridades, levadas em consideração em razão do Poder Discricionário do Administrador. Ou, então, deverá se valer de recursos não previstos na lei orçamentária como destinados à saúde, fazendo a transposição vedada pelo artigo 10, item 2, da Lei 1.079/50.

A jurisprudência praticamente unânime dos Tribunais Nacionais não entende assim. Se há necessidade particular de determinado tratamento, seja ele cirúrgico, fornecimento de medicamento e/ou suplementos alimentares, ou quaisquer outros, a pessoa deverá ser atendida independentemente dos valores a serem dispendidos e sem qualquer consideração por regras orçamentárias e sem prévia verificação se o Poder Público pode dispor esses valores. E, em não havendo recursos extras para cumprimento da determinação judicial – e na maioria das vezes não o há – as decisões não questionam de onde esse valor será retirado e quantas pessoas ficarão sem atendimento exclusivamente para que o Poder Público possa atender a um número muito pequeno de pessoas. Simplesmente determinam que o Poder Público as cumpra, normalmente sob pena de desobediência.

Como salientaram os autores Stephen Holmes e Cass R. Sustein, ao se ver frente a frente com um problema urgente, como pode o juiz medir a urgência do caso que lhe é proposto comparando-a com aquela de outros problemas sociais competindo por atenção governamental, e sobre os quais ele não sabe praticamente nada? Como podem os juízes, ao decidir um único caso, levar em conta os tetos anuais dos gastos governamentais? E como eles não tem condições de ter uma visão geral das necessidades sociais em conflito entre si para após então decidir quanto alocar de uma para a outra, os juízes estão institucionalmente impedidos de considerar as potencialmente sérias consequências das suas decisões.[7]

7 Holmes, Stephen e Sunstein, Cass. R.. The cost of rights – why liberty depends on Taxes, New York, Ed. Norton, 1999. 1ª edição, 95 pag.: (...)Faced with a particularly pressing problem, how can a judge measure its urgency compared to that of other social problems competing for governamental attention, and about which he knows virtuallly nothing? How can judges, in deciding

Em suma, na tentativa de sanar o caso concreto que lhe é proposto, o Poder Judiciário, ainda que de boa vontade, tem reiteradamente ignorado que os valores gastos para cumprimento de suas determinações deixam de ser utilizados para prioridades, fixadas pelo Gestor Público em uso do seu Poder Discricionário, e deixando desamparado um número muito maior de pessoas, que ficarão sem atendimento dado ao deslocamento de recursos.

Ao assim agir, o Poder Judiciário ignora um termo cunhado por Nassim Nicholas Taleb em seu livro A Lógica do Cisne Negro (Editora Bestseller, 2008, 1ª Edição): a *evidência silenciosa:* aquilo que não levamos em consideração ao tomar uma decisão ou analisar um fato.

Para demonstrar o que é evidência silenciosa, o autor conta que após a devastação de New Orleans pelo furacão Katrina, congressistas norte americanos foram à televisão dizer que auxiliariam financeiramente a reconstrução das casas e da cidade. Obviamente que o auxílio seria com dinheiro público e não com o deles próprios. Só que não disseram de onde viria o dinheiro, quais atividades ou serviços deixariam de receber o dinheiro a ser utilizado na reconstrução. Taleb sugere, para desenvolver sua ideia, que o dinheiro para a reconstrução poderia vir de pesquisas a respeito da cura para o câncer: diminuindo-se o valor dispendido com as pesquisas para transferi-los para as vítimas. O auxílio das pessoas cujas casas foram destruídas, nessa hipótese, seria feito em detrimento dos milhões que sofrem silenciosamente em suas camas contra o câncer. Esse silêncio a respeito de onde vem o dinheiro e o que deixará de ser pago ou custeado por ele é o que o autor chamou de *evidência silenciosa*.

Imagine-se uma decisão judicial que determine que o Poder Público forneça medicamento de alto custo a uma determinada pessoa, como se pretende no caso presente, ao longo do todo o tratamento. Não havendo disponibilidade de valores no orçamento da saúde, o Agente Público utiliza valores que seriam utilizados em saneamento básico, mais especificamente para canalização de esgotos que estão a céu aberto em determinado bairro. A ausência da canalização do esgoto, em razão da quantidade de germes que lhe é inerente, tem o potencial de provocar surtos de doenças infecto contagiosas, que seriam evitadas com a devida prestação de saneamento básico. As pessoas doentes, normalmente vivendo em bairros pobres, necessitarão de se utilizar o Sistema Único de Saúde, sobrecarregando ainda mais o próprio sistema.

No exemplo acima, o que seria a prestação do serviço garantidor da efetividade do direito à saúde para o autor específico de uma determinada ação, como a presente, torna-se a violação do mesmo direito à saúde para todos aqueles prejudicados pela não implementação da canalização do esgoto.

É exatamente o que vem ocorrendo com a prolação de decisões pelo Poder Judiciário determinando que o Poder Público custeie, de forma indiscriminada, quaisquer tratamentos, para qualquer pessoa, desde que não esteja disponível no SUS. O fornecimento mediante decisões judiciais do medicamento pleiteado nestes autos, conforme dados trazidos pela parte ré à fl. 138, tem imposto um custo de R$7.677.841,85 (sete milhões, seiscentos e setenta e sete mil, oitocentos e quarenta e um reais e oitenta e cinco centavos) aos cofres públicos, para atendimento de apenas 09 (nove) pessoas.

Reportagens jornalísticas demonstram o rombo provocado por essas decisões judiciais determinando, de forma indiscriminada e sem considerações pelas regras orçamentárias, que o Poder Público custeie medicamentos e tratamentos para um número muito limitado de pessoas. Confira-se: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/04/1761615-por-remedios-

a single case, take account of anual ceilings on government spending? (...) Because they cannot survey a broad spectrum of conflicting social needs and then decide how much to allocate to each, judges are institutionally obstructed from considering the potentially serious distributive consequences of their decisions."

secretario-da-saude-de-sp-sofre-ameacas-de-morte-e-de-prisao.shtml.

A discrepância entre os valores gastos pelo Poder Público na implementação de políticas públicas voltas à saúde e os gastos para cumprir decisões judiciais foi demonstrada em Editorial do Jornal Folha de S. Paulo, publicado no dia 21/04/2016, de acordo com o qual são gastos R$900.000.000,00 (novecentos milhões de reais) para custear remédios para 2.000 (duas mil) pessoas apenas no Estado de São Paulo em cumprimento a decisões judiciais, enquanto são gastos R$600.000.000,00 (seiscentos milhões) para o atendimento a 700.000 (setecentos mil pacientes).[8] Diz a reportagem: *Salta aos olhos a iniquidade resultante da judicialização desenfreada. O conceito distendido de direito à saúde praticado por juízes, mesmo que com a melhor das intenções, conduz ao oposto do ideal de justiça, pois terminam favorecidos aqueles com mais meios de recorrer a tribunais, em detrimento da massa de pacientes.*

Um outro ponto de suma importância deve ser levado em consideração em ações como a presente.

A escolha de prioridades no uso de valores públicos é privativa do Gestor Público que os administra. Compete a ele decidir, atendendo ao que for previamente estabelecido na lei orçamentária, para onde determinado valor será destinado, a fim de dar cumprimento a políticas públicas.

Decisões Judiciais que obrigam o Administrador/Gestor a alocar valores de um determinado destino para os fins de cumprir determinação sua, vão de encontro à tripartição de Poderes conforme o artigo 2º da Constituição Federal: *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

A Separação de Poderes, em uma definição simplificada e sem qualquer pretensão científica é a divisão em três do Poder que governa o povo sendo, esses três, manifestação desse mesmo Poder: Legislativo, Executivo ou Administração e Judiciário. O Legislativo é composto por representantes que o povo elege com o objetivo de elaborar as normas que irão governá-lo e regulamentar as relações interpessoais; o Poder Executivo ou Administração é eleito diretamente ou pelo próprio corpo legislativo e sua função é administrar, cuidando da segurança, saúde, educação, relação com outros povos, recolhimento de tributos, fiscalização e prestação de serviços dentre inúmeros outros e, finalmente, o Poder judiciário resolve os conflitos, cuidando para que as normas sejam aplicadas adequadamente e de acordo com a Constituição.

Como bem diz o artigo 2º da Constituição, os três Poderes são independentes e harmônicos entre si. Não podem, de forma alguma, intrometerem-se na esfera de competência e atuação dos demais, salvo as hipóteses previstas na própria Constituição ou aquelas exigidas por situações apresentadas ao longo do tempo, pois em um *contexto de "modernização, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem como para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.*[9]

Ao interferir em políticas públicas, o Poder Judiciário está avocando o Poder privativo do Poder Executivo, que é o de decidir e implementar políticas públicas, fazendo uso do poder discricionário que lhe é exclusivo.

8 http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/04/1763301-molestia-judicial.shtml
9 Mendes, Gilmar Ferreira e outros, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. 5ª edição, 220 p.

Discricionariedade é um dos poderes conferidos à administração e que viabilizam sua atuação. Contrapõe-se ao ato vinculado, no qual não é deixada qualquer margem à atuação dos dois institutos.

No intuito de diferenciar vinculação de discricionariedade, cito Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> (...) a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.
> E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.[10]

Tal procedimento por parte do Judiciário, ainda que com o intuito louvável de solucionar a demanda que lhe compete decidir, prejudica imensamente o trabalho do Gestor Público que tem que se ver com rupturas em seu orçamento e alocação de recursos com os quais já contava para implementação de outras políticas públicas tão ou mais importantes do que o caso concreto decidido pelo Juiz.

Por estas razões, entendo que não compete ao Poder Público custear tratamento particular para particulares, devendo esses se valerem dos serviços disponibilizados na rede do SUS.

Contudo, seria um contrassenso afirmar que não há direito absoluto e, ao mesmo tempo, desenvolver um raciocínio com considerações absolutas. Intuitivo que todas as considerações acima, no sentido de que não cabe ao Estado custear tratamentos privados não disponíveis no SUS, admitem exceção.

Exceção *é o caso que não cabe no âmbito da* normalidade *abrangido pela norma geral corresponde outra, de que as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõe é um elemento básico do seu "valer". A* exceção *não está situada além do ordenamento. Na verdade, está posta no seu interior. Pois o estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade – zona de indiferença que, no entanto, deve ser capturada (=incluída) pelo direito. De sorte que não é a* exceção *que se subtrai à norma, mas esta que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – somente desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção (Agamben 2002:26-27).* (...) *Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando situações de* exceção. *Mas, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento. Exclui a aplicação da norma que em estado de normalidade incidiria sobre a exceção, de sorte a, com isso, incluí-la (a exceção) no direito.*[11]

Então, é de se fazer a pergunta: quando é possível e juridicamente viável a intervenção do Poder Judiciário em assuntos que, em uma primeira análise, são da competência do Poder Executivo? A resposta é simples: quando a discricionariedade, por meio da qual se opta por determinadas políticas públicas no lugar de outras, dá lugar à omissão pura e simples.

Em havendo omissão, passa-se a incidir o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, cujo texto diz: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

---

10 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, Editora Atlas, 22ª Edição, pag. 212

11 Grau, Eros Roberto *Por Que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), 7 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2016, 127 p.

Qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito pode e deve ser levada ao conhecimento do Judiciário e nenhuma lei o pode impedir, ainda que o agente que lesionou o direito seja um dos Poderes da República. É aí que a questão relativa à interferência do Judiciário, determinando que a Administração aja, torna-se pertinente e relevante, não podendo simplesmente ser resolvida pela teoria da Separação de Poderes e do ato discricionário. Comprovado o dano e o nexo causal entre ele e a omissão da Administração e tendo o Judiciário sido chamado a intervir, não há qualquer violação ao Princípio da Tripartição de Poderes.

A questão, de resto, já foi analisada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do AI nº 598.212, Relator Ministro Celso de Mello, no sentido de não configurar ingerência do Judiciário na esfera da Administração a determinação para instalação de defensorias públicas:

> Defensoria Pública. Implantação. Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do "direito a ter direitos" como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CE, art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos Juízes e Tribunais. O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria das "restrições das restrições" ou das "limitações das limitações"). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. Recurso extraordinário conhecido e provido.[12]

Constatada a possibilidade do Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo aja, ainda que o ato seja de competência da União e de natureza discricionária, passo a examinar se há, no caso, omissão da Administração e se essa omissão provoca dano aos administrados.

Não há um critério normativo para se verificar a omissão estatal. Porém, há diretrizes e dentre as existentes. Há doutrina que entende haver um núcleo de direitos que denomina de "*mínimo existencial*": são direitos sem os quais o ser humano não consegue ter uma existência digna.

Marcelo Novelino entende que "(...) na formulação e na execução das políticas públicas, o 'mínimo existencial' – entendido como o conjunto de bens utilidades básicas (saúde, moradia e educação fundamental) imprescindíveis para uma vida com dignidade – deverá servir de norte para se estabelecer os objetivos prioritários. Apenas depois de atendê-los é que deverá o Estado discutir, no tocante aos recursos remanescentes, quais são os outros direitos que estão a merecer atendimento".[13]

---

12 AI nº 598.212, Relator Ministro Celso de Mello (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+598212%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l87euhv).

13 Novelino. Marcelo. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007. 216 p.

Para melhor compreender a ideia de *mínimo existencial,* menciono o seguinte exemplo: O Poder Público, sem condições de proporcionar moradia a cada um dos habitantes que dela necessitam, constrói abrigos para acolher pessoas que residem nas ruas, para que não fiquem sujeitas às intempéries. Nessa hipótese, foi observado o mínimo existencial necessário.

A utilização desse critério do mínimo existencial soluciona a questão Direito à Saúde X Disponibilidade financeira. Se considerarmos o direito à saúde, assim entendido como tratamentos hospitalares, clínicos, exames e fornecimento de medicamentos ou quaisquer outros produtos necessários para tratamento de quaisquer doenças e/ou lesões, para quaisquer outras pessoas, a limitação dos recursos continua se impondo. Por isso é necessário que o Estado garanta um mínimo a todas as pessoas no lugar de garantir a algumas a totalidade do serviço e, a outras, não garantir nem ao menos esse mínimo necessário.

Verifica-se, portanto, que não basta apenas considerar o direito à saúde dentro desse núcleo de "mínimo necessário". A questão deve, sim, ser decidida primordialmente pelo Poder Público que administra os valores e não pelo Judiciário, que não tem noção – e não teria como ter – de como seria destinado o dinheiro que será gasto para cumprimento da decisão judicial.

Feitas todas essas considerações, passo a analisar o caso dos autos.

A parte autora pretende que seja determinado ao Poder Público que lhe forneça, gratuitamente, e pelo tempo necessário, o medicamento Translarna® (Ataluren). Esse medicamento não tem a sua eficácia cabalmente comprovada, ao contrário do que afirma a inicial. Conforme o documento de fls. 89/91 – análise feita pelo European Medicines Agency em 2014, *apesar dos dados limitados disponíveis e de não ter sido demonstrado qualquer benefício com a dose mais alta de 80 mg/kg por dia, o CHMP considerou existir alguma evidência de que o Translarna 40 mg/kg por dia abranda a progressão da doença e que o respectivo perfil de segurança não representa uma preocupação de maior.* Aquele órgão europeu concedeu uma autorização condicional para comercialização do medicamento, o que significa, ainda de acordo com o documento de fls. 89/91, que se aguardam dados adicionais sobre o medicamento.

Além da ausência de comprovação cabal da eficácia do medicamento, bem como ao fato de que o documento de fls. 66/87 informa que a doença é tratada com corticoides, o medicamento não tem registro na ANVISA.

A ANVISA é a agência reguladora que cuida para que os medicamentos (produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico – artigo 4º, II, da Lei 5.991/73), drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, assim como os produtos de higiene, cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros não ofereçam risco à saúde pública. Por isso, para que esses produtos sejam introduzidos no mercado interno, é necessário que obedeçam às regras da Lei 6.360/76. Por isso, o artigo 12 dessa lei é claro: Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Foi esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do 1.644.829, Relatora Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa transcrevo abaixo:

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECUSA À COBERTURA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. PLANO DE SAÚDE GERIDO POR AUTOGESTÃO. BOA FÉ OBJETIVA. MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA. FORNECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 284/STF.
> 1. Ação de obrigação de fazer e compensação por dano moral ajuizada em 14.06.2013. Recurso

especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/73.
2. A questão posta a desate nestes autos, consiste em aferir se é abusiva, cláusula contratual em plano de saúde gerido por autogestão, que restringe o fornecimento de medicamento importado sem registro na ANVISA.
3. Por ocasião do julgamento do REsp 1285483/PB, a Segunda Seção do STJ afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo.
4. O fato da administração por autogestão afastar a aplicação do CDC não atinge o princípio da força obrigatória do contrato (pacta sunt servanda); e, a aplicação das regras do Código Civil em matéria contratual, tão rígidas quanto a legislação consumerista.
5. Determinar judicialmente o fornecimento de fármacos importados, sem o devido registro no órgão fiscalizador competente, implica em negar vigência ao art. 12 da Lei 6.360/76.
6. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.
7. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, provido. (*grifei)*[14]

É importante mencionar, ainda, a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça que em seu item I b.2 recomenda que os magistrados evitem autorizar o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, a não ser nas hipóteses previstas na própria lei.

Relativamente à assistência dada a pessoas portadoras dessa doença, é importante mencionar que o SUS fornece o tratamento elencado às fls. 214/215, consistente em Assistência Ventilatória Não invasiva e os medicamentos elencados no último parágrafo de fl. 215. Verifica-se, portanto, que há tratamento disponível na rede pública, ainda que não seja o tratamento de escolha do paciente. E conforme fundamentação supra, o direito à saúde não implica na possibilidade de se conceder o melhor e mais avançado tratamento a todos mas, sim, ao tratamento disponível e que não vai sobrecarregar o sistema de forma a inviabilizar o tratamento de todas as outras pessoas que dele dependem.

Não se pode sequer afirmar que o medicamento pleiteado é superior ao tratamento fornecido pelo SUS já que está sendo comercializado em caráter experimental.

Não havendo comprovação da eficácia inconteste do medicamento, cuja comercialização foi autorizada na Europa de forma condicionada e em caráter experimental e como o medicamento não possui registro na ANVISA, o que nega vigência ao artigo 12 da Lei 6.360/76, os pedidos devem ser julgados improcedentes, bem como ao fato de haver tratamento disponível na rede pública, ainda que não seja o da escolha da parte autora, os pedidos devem ser julgados improcedentes.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, resolvo o mérito nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e julgo os pedidos improcedentes.

Sentença não sujeita a remessa necessária.

Custas, como de lei.

Fixo os honorários em 10% do valor dado à causa, a cargo da parte autora, ficando suspensa a execução conforme o § 3º do artigo 98 do Código de Processo Civil.

14 https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1574879&num_registro=201602094080&data=20170223&formato=PDF

Comunique-se o teor da presente sentença à E. Relatora do agravo de instrumento interposto.

Após a certidão de trânsito em julgado, arquivem-se os autos, dando-se baixa na distribuição.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Franca, 28 de abril de 2017.

Juíza Federal FABÍOLA QUEIROZ



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

1 **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista - revista@trf3.jus.br - Tel.: (11) 3012-1532