



Jurisprudência

Uniformização de jurisprudência



CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0011900-67.2014.4.03.0000

(2014.03.00.011900-0)

Suscitante: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Suscitado: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE JUNDIAÍ - SP

Parte Autora: FIRMINA COSTA TEIXEIRA

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: CC 17390

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO DE DAS AÇÕES EM CURSO. APROVAÇÃO DO ENUNCIADO DA RESPECTIVA SÚMULA.

1. Na sessão de 26.11.2014, o Órgão Especial desta Corte aprovou proposta para edição de súmula sobre o tema da impossibilidade de redistribuição das ações em curso no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

2. Ressalva feita na hipótese de redistribuição de causas entre JEFs instalados em uma mesma base territorial.

3. Aprovação de enunciado com o seguinte teor: “É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial”.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, aprovar a proposta de Súmula com o seguinte teor: “É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial”, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Na sessão realizada no dia 26.11.2014, foram julgados os conflitos de competência nºs 2014.03.00.011051-3, 2014.03.00.011900-0 e 2014.03.00.008629-8, de minha relatoria, cujos acórdãos restaram assim ementados:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. REDISTRIBUIÇÃO DE AÇÕES EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA

PERPETUATIO JURISDICTIONIS.

1. Em que pese a inexistência de previsão expressa a respeito do Regimento Interno da Corte, dada a crescente instalação de Varas de Juizado Especial Federal é imperioso o reconhecimento da competência do Órgão Especial com o fim de uniformizar a interpretação sobre a matéria controvertida tendo em vista a repercussão do tema sobre o destino de múltiplos jurisdicionados que não podem ser submetidos à insegurança jurídica advinda da prolação de decisões conflitantes, sob pena de gerar descrédito e o enfraquecimento da atuação institucional deste sodalício. Aplicação subsidiária do Art. 11, VI do RISTJ.
2. O Art. 3, § 3º, da Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), excepcionalmente, estabelece regra de competência absoluta pelo critério territorial, todavia, esta se encontra delimitada no tempo, de forma a abranger apenas as ações propostas a partir da instalação do novo Juizado, *ex vi* do Art. 25 da mesma Lei.
3. Estabelecido o órgão jurisdicional competente, este deverá conduzir o processo até o final, independentemente de futura alteração no critério de competência, ressalvadas aquelas hipóteses taxativas, indicadas no Art. 87 do Código de Processo Civil, em razão da prevalência do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.
4. O Art. 25 da Lei 10.259/01 tem como objetivo impedir que os órgãos recém-criados, que são destinados a prestar um atendimento mais célere, sejam abarrotados de causas antigas já no início do seu funcionamento, o que prejudicaria o seu desempenho e sua operacionalidade, vindo a comprometer sua finalidade, sem necessariamente implicar no descongestionamento das Varas originárias, considerada a multiplicidade de ações em trâmite. Precedentes do e. STJ.
5. A Resolução CJF3R nº 486/2012, ao dispor sobre a redistribuição das demandas em curso, em função da criação de novos JEFs em certas localidades, violou as disposições do Art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal, do Art. 87 do CPC e do Art. 25 da Lei 10.259/01.
6. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juízo suscitado.
7. Aprovada a proposta de edição de súmula nesta matéria, com fundamento no Art. 107 *caput*, §§ 1º e 3º do RITRF3, diante da multiplicação de conflitos idênticos que têm sobrecarregado os órgãos fracionários desta Corte.

À unanimidade, este Egrégio Órgão Especial aprovou proposta para edição de súmula sobre o tema em questão.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Nesta oportunidade, apresento a Vossas Excelências algumas sugestões para o referido enunciado:

- 1) As hipóteses de criação ou alteração dos limites territoriais de Juizado Especial Federal não autorizam a redistribuição das ações em andamento, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.
- 2) As hipóteses de criação ou alteração dos limites territoriais dos Juizados Especiais Federais não autorizam a redistribuição das causas anteriormente ajuizadas, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*;
- 3) É incabível a redistribuição de ações em decorrência da instalação ou alteração dos limites territoriais dos JEFs, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

4) A instalação de Vara do Juizado Especial Federal, ou a mera alteração de seus limites territoriais, não dão ensejo à redistribuição das ações anteriormente ajuizadas, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (Art. 87 do CPC).

5) A instalação de Vara do Juizado Especial Federal, ou a mera alteração de sua jurisdição, não autorizam a redistribuição das ações em curso, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (Art. 87 do CPC).

6) Aplica-se o disposto no Art. 87 do CPC para definir a competência dos Juizados Especiais Federais.

7) Aplica-se o disposto no Art. 87 do CPC quando o conflito de competência de estabelecer entre órgãos dos Juizados Especiais Federais.

8) Aplica-se o disposto no Art. 87 do CPC aos conflitos de competência entre Juizados Especiais Federais.

9) Aplica-se o disposto no Art. 87 do CPC para a definição da competência dos Juizados Especiais Federais.

Minha escolha pessoal recai sobre o item nº 3, com o acréscimo da ressalva sobre a possibilidade de redistribuição de causas entre JEFs instalados em uma mesma base territorial, em consonância com o Enunciado nº 1, Grupo 2 - Competência, aprovado pelo XI Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais - FONAJEF, realizado na cidade de Campo Grande/MS, entre os dias 12 a 14 de novembro de 2014. *In verbis*:

Enunciado 1

Não serão redistribuídas a Juizado Especial Federal (JEF) recém-criado as demandas ajuizadas até a data de sua instalação, salvo se as varas de JEFs estiverem na mesma sede jurisdicional.

A justificativa para a exceção é a de que, nesta hipótese, não existe nenhuma alteração da jurisdição. Ademais, permite-se um melhor equacionamento do volume de trabalho em uma sede administrativa com diferentes Varas atribuídas da mesma competência, o que já ocorre no caso das Varas Federais Comuns, em que o expediente tem surtido bons resultados.

A redação final do verbete seria a seguinte: “É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial”.

Nestes termos, é o que proponho a Vossas Excelências.

Em sendo aprovado, determina-se à Subsecretaria que cumpra o disposto no Art. 108 do Regimento Interno, no sentido de numerar serialmente o enunciado e publicá-lo três vezes no Diário Oficial, em datas próximas, e nos Boletins da Justiça Federal das Seções Judiciárias.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0004680-04.2003.4.03.6111
(2003.61.11.004680-0)

Apelante: MUNICÍPIO DE MARÍLIA - SP E EMPRESA DE DESENVOLVIMENTO URBANO E HABITACIONAL DE MARÍLIA - EMDURB
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe do Processo: AC 1230774
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/11/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO. REPASSE DE RECURSOS (ART. 320 DA LEI Nº 9.503/97, E ART. 6º DA LEI Nº 9.602/98). PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES E DE EDUCAÇÃO E SEGURANÇA NO TRÂNSITO. INTERESSE DIFUSO E COLETIVO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CRIAÇÃO DE FUNDOS MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE.

- Embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

- O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) estabelece que o percentual de 5% (cinco por cento) do valor das multas de trânsito deve ser depositado mensalmente na conta de um fundo destinado à segurança e à educação do trânsito.

- A Lei nº 9.602/98 criou o FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), atribuindo a sua gestão ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e definindo, dentre os seus recursos, o percentual de 5% (cinco por cento) do valor das multas de trânsito arrecadadas (conforme o art. 320, da Lei 9.503/97).

- A hipótese dos autos não se trata simplesmente de cobrar valores que não foram repassados ao FUNSET, mas de garantir programas de educação e segurança do trânsito. Trata-se de questão relativa à garantia de direitos fundamentais que pertencem a toda coletividade.

- A questão se submete ao disposto nos incisos III e IV, do art. 1º, da Lei nº 7.347/85 (lei da ação civil pública), que regula as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

- Tratando-se da defesa de direitos que pertencem a toda coletividade, exsurge, de forma clara, a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, a quem compete, entre outras funções, zelar pelos interesses difusos e coletivos, promovendo, para tanto, a ação civil pública.

- A criação de fundos independe de lei complementar, em face da inexistência de norma constitucional que imponha a criação e a regulamentação de fundos mediante

lei complementar. O inciso II do parágrafo 9º do artigo 165 da CF reserva para lei complementar apenas o estabelecimento das condições para a instituição e funcionamento de fundos.

- A execução de determinada atividade ou serviço público pelo agente delegado deve se dar conforme as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do Poder Delegante. A responsabilidade do Município de Marília é solidária.
- Remessa oficial, tida por interposta, e apelações desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, tida por interposta, e aos recursos do Município de Marília e da EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações interpostas pelo MUNICÍPIO DE MARÍLIA e pela EMDURB visando a reforma da r. sentença que, em sede de ação civil pública, julgou procedente o pedido para o fim de determinar que as apelantes cumpram a obrigação de fazer consistente em repassar, todos os meses, ao FUNSET, o percentual de 5% (cinco por cento) dos valores arrecadados com as multas de trânsito aplicadas pelo Município de Marília e pela EMDURB, bem como fazer o repasse no prazo de 90 (noventa) dias dos valores relativos às competências não transferidas ao FUNSET, devidamente corrigidas e acrescidos de encargos legais.

O Município de Marília, em recurso de apelação, sustenta, em síntese, a inconstitucionalidade do FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), por ter sido criado por meio de lei ordinária e não por lei complementar, conforme dispõe o artigo 165, § 9º da Constituição Federal. Aduz, ainda, que a Lei Municipal nº 4.453/98 determina que compete à EMDURB multar e arrecadar os valores constantes das multas. Desta forma, não pode ser responsabilizada solidariamente pela obrigação de fazer.

A EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília), por sua vez, alega a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, a inexistência de interesse difuso que justifique a ação civil pública, a impossibilidade jurídica do pedido (inconstitucionalidade da FUNSET) e a revisão da multa aplicada na concessão da liminar e mantida na r. sentença.

As contrarrazões foram apresentadas.

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento dos recursos interpostos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

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

Observo, de início, que, embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No presente feito, o Ministério Público Federal requer que o MUNICÍPIO DE MARÍLIA e a EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília), repassem mensalmente ao FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito) o percentual de 5% (cinco por cento) dos valores arrecadados com as multas de trânsito aplicadas pelo Município e pela própria EMDURB.

A liminar foi concedida a fls. 102/104.

Sobre as verbas não comprovadas, concluiu-se, de forma clara, que o Município de Marília e a EMDURB não repassaram ao FUNSET o percentual de 5% (cinco por cento) dos valores arrecadados em decorrência de multas de trânsito, à exceção das competências de janeiro a agosto de 2001 e de outubro de 2001 a dezembro de 2002.

Em razão disto, o pedido foi julgado procedente e o Município de Marília e a EMDURB foram condenados a cumprirem a obrigação de fazer constante em repassar para o FUNSET, todos os meses, o percentual de 5% (cinco por cento) dos valores arrecadados com as multas de trânsito, bem como fazer o repasse, no prazo de 90 (noventa) dias, dos valores relativos às competências não repassadas ao Fundo.

A r. sentença ratificou, ainda, que os efeitos da multa diária (fixada na concessão da liminar) permanecerão até o cumprimento efetivo dos deveres estipulados no parágrafo únicos do artigo 320, do Código de Trânsito Brasileiro (lei nº 9.503/97).

O Município de Marília, em recurso de apelação, sustenta, em síntese, a inconstitucionalidade do FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), por ter sido criado por meio de lei ordinária e não por lei complementar, conforme dispõe o artigo 165, § 9º da Constituição Federal. Aduz, ainda, que a Lei Municipal nº 4.453/98 determina que compete a EMDURB multar e arrecadar os valores constantes das multas, desta forma, não pode ser responsabilizada solidariamente pela obrigação de fazer.

A EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília), por sua vez, alega a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, a inexistência de interesse difuso que justifique a ação civil pública, a impossibilidade jurídica do pedido (inconstitucionalidade da FUNSET) e a revisão da multa aplicada na concessão da liminar e mantida na r. sentença.

A União, responsável por gerir a FUNSET (art. 5º, da Lei nº 9.602/98), ingressou no feito como assistente litisconsorcial e, após a interposição dos recursos, apresentou as contrarrazões.

O Ministério Público Federal firmara acordo com o Município de Marília e a EMDURB, todavia, em razão do não cumprimento de alguns requisitos, o mesmo não foi homologado.

Pois bem.

Passo à análise das alegações invocadas nos apelos do Município de Marília e da EMDURB, sem me ater, entretanto, à ordem em que foram colocadas.

Saliento, de imediato, que a hipótese dos autos não trata simplesmente de cobrar valores que não foram repassados ao FUNSET, mas de garantir programas de educação e segurança do trânsito. Trata-se de questão relativa à garantia de direitos fundamentais que pertencem a

toda coletividade, inscritos nos artigos 5º e 6º, da Constituição Federal (g. n.):

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

(...)

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ademais, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 1º, § 2º, estabelece que “o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito”.

Verifica-se, pois, que a questão se submete ao disposto nos incisos III e IV, do art. 1º, da Lei nº 7.347/85 (lei da ação civil pública), que regula as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Neste sentido, tratando-se da defesa de direitos que pertencem a toda coletividade, emerge, de forma clara, a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, a quem compete, entre outras funções, zelar pelos interesses difusos e coletivos, promovendo, para tanto, a ação civil pública, nos termos do art. 129, II e III, da Constituição Federal, e do art. 6º, VII, “d”, da Lei Complementar nº 75/93 (dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

A propósito:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

(...)

3. Agravo regimental não provido.

(STF, Agravo Regimental no AI nº 809018, 1ª Turma, Ministro Dias Toffoli, DJe de 10/10/12)

Ratificada a adequação da via processual eleita (ação civil pública) e a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, passo a enfrentar a questão de inconstitucionalidade do FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), por ter sido criado por meio de lei ordinária e não por lei complementar.

O art. 165, § 9º, II, da Constituição Federal, diz que à lei complementar cabe estabelecer as condições para a instituição e funcionamento dos fundos, a serem observadas na elaboração de lei ordinária que instituir o fundo e estabelecer o seu funcionamento:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

(...)

§ 9º - Cabe à lei complementar:

(...)

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

O dispositivo constitucional citado mostra que compete a lei complementar “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos” e não que compete a lei complementar a instituição ou criação de fundos.

Note-se que a exigência constitucional é que lei complementar estabeleça as condições para a criação de fundos e não a criação do fundo propriamente dito.

Conforme observado pelo Juízo *a quo* (fl. 293), “a criação de fundos independe de lei complementar, em face da inexistência de norma constitucional que imponha a criação e a regulamentação de fundos mediante lei complementar. O inciso II do parágrafo 9º do artigo 165 da CF reserva para lei complementar apenas o estabelecimento das condições para a instituição e funcionamento de fundos”.

Como não existe lei complementar que estabeleça as condições gerais para o funcionamento e financiamento de fundos públicos, nada obsta que lei ordinária crie novos fundos públicos desde que obedeça a legislação em vigor.

Assim, a lei ordinária que criou o FUNSET não ofendeu a nenhuma norma ou princípio constitucional, não podendo, portanto, ser qualificada de inconstitucional.

Neste sentido, reporto-me aos seguintes julgados:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. TECNOLOGIA. EXIGIBILIDADE.

(...)

4. É equivocada, por dois fundamentos, a proposição de que seria inconstitucional a Lei nº 8.172/91, que restabeleceu o FNDCT, para o qual são destinados os recursos auferidos com a CIDE (artigo 4º da Lei nº 10.168/00), em face do que dispõe o § 9º do artigo 165 da Carta Federal, Primeiramente, tal preceito constitucional não reserva à lei complementar a criação de fundos, mas apenas a fixação das condições para a sua instituição e funcionamento, ou seja, apenas as normas, destinadas a disciplinar a criação das normas concretas, são reservadas ao legislador complementar. Mas, ainda que admitida, por hipótese, a tese da inicial, a exigibilidade da CIDE não seria afetada, pois existe uma relevante autonomia entre as normas tributárias e as orçamentárias, pelo menos para o efeito em questão, mas bastante,

de qualquer modo, para afastar o pedido formulado.

5. Precedentes.

(TRF/3ª Região, AMS nº 241343, Processo 00204816120014036100, Rel. Carlos Muta, 3ª Turma, DJU de 03/03/2006)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. FUNDO NACIONAL DE SAÚDE. NÃO EXTINÇÃO. (...)

- Não há necessidade de criação de fundo por lei complementar, conforme o art. 165, § 9º da Constituição Federal. Na verdade, o que devem estar previstas são as diretrizes que serão observadas na criação de novos fundos.

(TRF/4ª Região, APELREEX nº 200072000004930, Rel. Sérgio Renato Tejada Garcia, 4ª Turma, D.E. 28/09/2009)

Resta, por derradeiro, examinar o argumento de que o Município de Marília não pode ser responsabilizado solidariamente pela obrigação de fazer consistente no repasse de verbas que não tinha em seu poder.

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB), instituído pela Lei nº 9.503/97, estabeleceu que o percentual de 5% (cinco por cento) do valor das multas de trânsito deveria ser depositado mensalmente na conta de um fundo destinado à segurança e à educação do trânsito:

Art. 320. A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito.

Parágrafo único. O percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança e educação de trânsito.

Posteriormente, a Lei nº 9.602/98 criou o FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), atribuindo a sua gestão ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e definindo quais seriam os seus recursos:

Art. 5º. A gestão do FUNSET caberá ao Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, conforme o disposto no inciso XII do art. 19 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Art. 6º. Constituem recursos do FUNSET:

I - o percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas, a que se refere o parágrafo único do art. 320 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Consoante informação prestada pelo órgão competente do Departamento Nacional de Trânsito, o Município de Marília, já integrado ao Sistema Nacional de Trânsito, passou a exercer as competências estabelecidas no Código de Trânsito Brasileiro.

Por outro lado, a Lei Municipal nº 4.453/98 autorizou que a EMDURB se apropriasse dos valores lançados e cobrados a título de multas de trânsito, conduta prevista em delegação municipal.

Entretanto, a execução de determinada atividade ou serviço público pelo agente delegado deve se dar conforme as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do Poder Delegante. A responsabilidade do Município de Marília, neste caso, é solidária.

Neste sentido, se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.

I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou “convênio” para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho.

II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei nº 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.

(STF, REsp 28.222/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 2ª Turma, DJ de 15/10/2001, p. 253)

Por fim, no tocante ao requerimento de adequação da pena pecuniária fixada em R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia, deferida em sede de liminar e confirmada na r. sentença, ressalto que a multa tal qual prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, é meio executivo de coação para cumprimento de obrigações de fazer e, desta forma, não possui “limite”, justamente para constranger o réu ao cumprimento de tal obrigação (STJ, RESP 1006473, Relator LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJE DATA:19/06/2012).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial, tida por interposta, e aos recursos do Município de Marília e da EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília).

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0004922-36.2007.4.03.6106
(2007.61.06.004922-0)

Apelantes: REGINA DE FÁTIMA DOURADO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 Apelados: OS MESMOS E UNIÃO FEDERAL
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
 Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
 Classe do Processo: AC 1713217
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/11/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. RETENÇÃO DE CARTÕES BOLSA ESCOLA/BOLSA FAMÍLIA. RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO INDEVIDAMENTE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS.

I. Em sede de ação civil pública, a sentença deverá ser submetida ao reexame necessário quando deixar de acolher integralmente a pretensão posta na peça inaugural, à semelhança do que se verifica no manejo da ação popular, aplicando-se por analogia a L. 4.717/65. Precedentes do STJ.

II. Com o objetivo de punir o agente público corrupto e desonesto, nos termos da L. 8.426/92, impõe-se a constatação, conjunta, de que a prática do ato de improbidade foi consciente, decorrente de conduta antijurídica, associada ao dolo e à má-fé. Precedentes do STJ.

III. A partir do conjunto probatório dos autos, detalhadamente apurado e cotejado, resta efetivamente configurada a prática dos atos de improbidade discriminados na peça inaugural, pois, valendo-se de sua atividade funcional, inseriu elementos falsos no cadastro do programa Bolsa Escola, obtendo ilegalmente o benefício, bem como teve acesso aos cartões e senhas de beneficiários e sacou os valores a eles pertencentes. As referidas condutas foram enquadradas no artigo 10, VII, X e XI e no artigo 11, inciso I e II, ambos da Lei nº 8.429/92.

IV. Face à comprovação das condutas, está configurada a prática de atos de improbidade administrativas, pelo que deve incidir as penalidades insculpidas no artigo 12, inciso II, III, da Lei nº 8.429/92.

V. Assim, mantenho a sentença quanto à condenação de devolução dos valores recebidos indevidamente e a perda do cargo, pelo que deve ser desprovida a apelação da ré, dando-se parcial provimento à apelação do autor e à remessa oficial para determinar a condenação de multa civil no montante de R\$ 2.400,00; a suspensão dos direitos políticos por cinco anos (artigo 12, inciso III, da LIA) e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direto ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de cinco anos (artigo 12, inciso II, da LIA);

VI. Incabível fixação de honorários advocatícios em razão da interpretação sistemática e isonômica do art. 18 da L. 7.347/85. Precedentes do STJ.

VII. Após o trânsito em julgado, oficie-se à Justiça Eleitoral, relativamente à suspensão dos direitos políticos, ao Banco Central do Brasil para comunicar às instituições financeiras oficiais sobre a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios segundo o CPF da ré e, em derradeiro cumpra-se o disposto no artigo 3º da Resolução nº 44/2007 do CNJ.

VIII. Apelação da ré desprovida. Apelação do Autor e Remessa oficial, tida por submetida, provida em parte.

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 da ré, e por maioria, dar provimento em parte à apelação do Autor e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Vencida a Desembargadora Federal Mônica Nobre, que lhes negava provimento.

São Paulo, 06 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se de *ação civil pública* ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em 23/05/2007, objetivando o reconhecimento da prática de atos de *improbidade administrativa* por parte de REGINA DE FÁTIMA DOURADO, consoante previsão contida no artigo 10, VII, X, XI, artigo 11, inciso I e II c/c artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/92, vez que atuou irregularmente no exercício de sua atividade funcional, nos anos de 2001 a 2004, assim como, valendo-se das facilidades da função, inseriu elementos falsos no cadastro do Programa Bolsa Escola, obtendo ilegalmente benefício.

Com a emenda da inicial (fls. 20/22) requereu a condenação do réu (fls. 21/22), cumulativamente, em 1) ressarcimento integral aos cofres da União da quantia de R\$ 803,00 acrescidos dos juros e correção monetária; 2) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; 3) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do dano; 4) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédios de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 anos e 5) na condenação de custas e demais ônus de sucumbência.

Atribuído à causa o valor de R\$1.000,00 em maio de 2007.

Narra o autor que as referidas condutas deram ensejo a processo administrativo disciplinar (nº 004/2005) o qual culminou com a demissão da funcionária em 22/08/2005. Narra, ainda, que a ré aproveitando-se de sua função pública e da responsabilidade que lhe havia sido delegada para cadastrar pessoas no programa Bolsa Escola/Bolsa família, reteve consigo os cartões de diversos beneficiários e sacou indevidamente alguns benefícios, bem como que se cadastrou no Programa Bolsa Família e Auxílio Gás, inserindo declarações falsas, e recebeu indevidamente o benefício.

O procedimento administrativo que culminou com a demissão da ré foi encaminhado ao MPF e encontra-se apensado ao presente feito. Foi instaurado procedimento de investigação

nº 1.34.015.000935/2005-14, (fls. 453, do apenso, vol. II).

Determinada a notificação do réu nos termos do artigo 17, § 7º, da LIA e da União para os fins do artigo 17, § 3º, do mesmo diploma (fl. 23).

Às fls. 24/27 o autor apresentou comprovantes do pagamento referentes aos meses de agosto e setembro de 2002, fornecidos pela CEF, quando informou também que os demais pagamentos foram efetuados através de Cartão Magnético, não tendo recibos assinados pela beneficiária.

A requerida apresentou manifestação às fls. 79/85. Preliminarmente, aduziu ilegitimidade de parte, vez que se tratando de ação em que pede o ressarcimento de dano econômico ao patrimônio público, cabe a Ação Popular para qual o Ministério Público não possui legitimidade ativa. Quanto aos fatos, sustentou tratar as acusações de mera conjectura e que a requerida era apenas a digitadora para a inclusão da população carente de Cajobi/SP nos Programas Sociais distribuídos pelo Governo Federal.

Assegura que o único contato mantido com os beneficiários ocorria quando os acompanhavam até a Caixa Econômica Federal, quando necessário, ou por ocasião da entrega de seus cartões, quando sempre estava acompanhada por algum funcionário da CEF. Assevera que nessas oportunidades quem fazia a entrega era o funcionário da Caixa e ainda assim sempre esteve acompanhada do motorista da Prefeitura, Sr. Wilson de Souza Safra, bem como que era uma simples funcionária cumpridora de ordem, principalmente da Assistente Social. Aduz que o benefício foi por ela percebido porque reunia todos os requisitos para a concessão do benefício e que em razão da perseguição que vem sofrendo do atual mandatário, por conta própria deixou de receber o benefício que tinha direito. Pugnou pelo acatamento das preliminares e, sucessivamente, pela improcedência da ação. Apresentou rol de testemunhas e formulou pedido de justiça gratuita.

O MPF apresentou réplica à contestação às fls. 96/99 defendendo sua a legitimidade ativa e, no mérito, a procedência do feito.

Em manifestação de fls. 102/105 a União requereu a concessão de prazo para se manifestar sobre seu ingresso na lide, pois depende de prévia e expressa autorização do Procurador-Regional da União (Ordem de Serviço nº 27 de 29/05/2007).

Às fls. 106/110, o magistrado *a quo* afastou a matéria preliminar de ilegitimidade e determinou as partes que especificassem as provas que pretendiam produzir.

O MPF requereu às fls. 111/112 a oitiva das testemunhas de acusação arroladas na inicial e a realização de perícia contábil. Por fim, observa que a ação não objetiva apenas o ressarcimento ao erário público, mas também requer a condenação da responsável nos termos dos artigos 10, VII, X e XI; 11, I e II c/c artigo 12, II e III da Lei 8.429/92.

Por seu turno, a ré requereu (fls. 114/115) produção de prova testemunhal, bem como prova pericial.

Às fls. 119/120 a União Federal requereu o ingresso no feito na qualidade de assistente litisconsorcial, o que foi deferido (fls. 131).

Às fls. 121 foi determinado que a ré especificasse em dez dias qual prova pretende produzir, sob pena de preclusão. Às fls. 130 o MM. Juízo declarou preclusa a oportunidade para a realização da prova pericial requerida pela ré e indeferiu a produção de prova pericial requerida pelo o autor.

A testemunha Mauro José Cavalleti, indicada pela ré, foi ouvida às fls. 162/164 nos autos da carta precatória nº 2008.61.05.011790-7. A oitiva da testemunha Wilson de Souza Safra foi

dispensado, ante o não comparecimento do Patrono da ré (fls. 177/188).

Às fls. 193/197 foram ouvidas as testemunhas Tereza Magali Gil Ferreira (testemunha do autor); Angela Maria Bottino Geraldo da Costa (testemunha comum) e Gustavo Sebastião da Costa (testemunha da ré) - Carta precatória nº 400.01.2008.009481-0/000000-000 (fls. 149/198).

As. Fls. 214/232 o MPF apresentou alegações finais. Argui questão de ordem para requerer que a manifestação de fls. 79/80 fosse recebida como contestação, haja vista que a mesma se tratou de mérito. Assim não entendendo seja a ré citada para apresentar contestação.

A União apresentou alegações finais às fls. 238/246.

A ré por seu turno apresentou alegações finais (fls. 250/260), pleiteando a nulidade do procedimento em razão da ausência de citação para apresentar contestação a que alude o § 9º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92. No ponto, assevera que a inobservância do preceito aludido gera prejuízo para defesa e que tal prejuízo é presumível. No mérito, requer a improcedência do pedido.

Conclusos os autos, sobreveio sentença que afastou a preliminar de nulidade por ausência de prejuízo e julgou *procedente em parte o pedido*, condenando a ré a devolver a União os R\$ 800,00 recebidos indevidamente, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Decretou também a perda do cargo público, por ela ocupado. Por considerar a pouca extensão do dano, bem como as circunstâncias do caso concreto deixou de aplicar outras penas, dentre as previstas. Fixou a sucumbência recíproca. Custas e despesas processuais *ex lege*.

A ré apresentou apelação (fls. 280/285). Aduziu que não se sente culpada e espera provimento do presente recurso. Isso porque as acusações lançadas contra a apelante são frágeis e insustentáveis não podendo servir de embasamento para a condenação imposta. Assevera que em momento algum a Apelante atuou irregularmente em sua atividade profissional para valer-se das facilidades de sua função. Alega que a Assistente Social Magali era a única responsável pelo preenchimento dos cadastros sendo ainda a pessoa que os avaliavam e a orientava, o que comprova ser a ré inocente. Todas as testemunhas foram seguras ao afirmar que a Apelante reside em cômodo cedido pelos pais. Nenhuma prova fora produzida no sentido de que teria sido a recorrente quem preencheria os campos constantes nas guias de admissão dos beneficiários do Bolsa Escola. Quanto à entrega dos cartões e respectivas senhas foram entregues na Câmara Municipal, onde beneficiários compareceram em data agendada, bem como que os saques somente poderiam ser feitos pelos próprios beneficiários. Pede sua absolvição e a recondução ao cargo de funcionária pública municipal antes ocupado.

O MPF, por seu turno, requer a condenação da ré pela retenção de cartões de diversos beneficiários do programa Bolsa Escola/Bolsa Família e violação de sigilo de suas senhas, para recebimento dos benefícios em lugar dos seus legítimos titulares. Requer, ainda, que sejam aplicadas todas as sanções previstas no art. 12, incisos II e III, da Lei 8.429/92, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica. Alternativamente, mantida a sentença, seja feita a readequação da dosimetria condenando a ré também ao pagamento da multa civil, na forma do art. 12, III, fixada, observado o princípio da proporcionalidade.

Com contrarrazões do MPF (fls. 303/309v) e da União (fls. 313/316), refutando os argumentos das razões recursais da ré e pleiteando a negativa de provimento ao apelo e manutenção da sentença, subiram os autos a esta E. Corte Regional.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 319/323v, no sentido do desprovimento do recurso da ré e de provimento do recurso do autor.

É o relatório. À Doutra revisão.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Ab initio, registre-se a sentença estar submetida ao *reexame necessário*, à semelhança do que se verifica no manejo da ação popular, consoante a jurisprudência assente do C. Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se por analogia a Lei nº 4.717/65, a qual prevê, em seu artigo 19, que “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição”. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.

1. “Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). 2. Agravo Regimental não provido. (AGREsp 1219033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, v.u., DJe 25/04/2011).

Nesse passo, constado expressamente da inicial o pedido do Ministério Público Federal no sentido de ser a requerida condenada a: 1) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; 2) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do dano e 3) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédios de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 anos (fl. 21/22), não tendo este sido contemplado pelo *decisum* recorrido, de rigor submeter o provimento ao duplo grau obrigatório.

A ação civil pública é instrumento processual de defesa da tutela coletiva, consistindo a Lei nº 7.347/65 em conjunto de diretrizes processuais e procedimentais a dar supedâneo a tal proteção, complementadas pela Lei Adjetiva Civil, as quais devem ser somadas às normas materialmente protetivas dos direitos difusos e coletivos, tutela patrimonial e moral, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, da legislação de proteção ao meio ambiente e à probidade administrativa, dentre outras.

A ação civil pública tem índole constitucional, e representa um dos mais legítimos instrumentos processuais do ordenamento jurídico brasileiro, destinado à efetivação da justiça social. Mais do que um conjunto de técnicas processuais, a Lei 7.347/85 consagra o resgate e esperança de uma justiça mais digna, mais próxima possível dos anseios da população brasileira. (Marcelo Abelha Rodrigues, *in* Ações Constitucionais, A Ação Civil Pública, Organizador Fredie Didier Jr, Ed. Jus Podivm, 5ª edição, 2011)

Tal via processual, entretanto, não constitui “remédio para todos e quaisquer problemas da sociedade contemporânea”, pois não se pode através de seu ajuizamento pretender minar o sistema político, jurídico e institucional, sob pena de serem inclusive violados os preceitos

fundamentais do processo civil brasileiro, condizentes com a liberdade assegurada em âmbito da Lei Maior, os quais contemplam como regra geral a ação individual (Meirelles, Hely Lopes; Mendes, Gilmar Ferreira; Wald, Arnoldo. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. Malheiros Editores. 34^a Ed. 2011).

Especificamente quanto à *ação civil pública por ato ímprobo*, impende discorrer acerca da tipicidade na Lei de Improbidade Administrativa.

A edição da Lei nº 8.429/92 partiu da necessidade de se combater a corrupção e a malversação dos recursos públicos. Com base em tal concepção, o legislador elaborou um conjunto de normas que dita, embora em abstrato, um conteúdo de intenso rigor, visando orientar o julgador diante da amplíssima gama de condutas dos agentes públicos suscetíveis de reprovação.

Não obstante ser uma norma aberta, porquanto defina apenas os tipos de improbidade (artigo 9º: atos que importam em enriquecimento ilícito; artigo 10: atos que causam prejuízo ao erário; artigo 11: atos que afrontam os princípios da administração pública), é essencial a presença de um elemento para o manejo das ações por improbidade, o dolo, pois a exegese legal demanda a prova da prática de ato ilícito doloso, caracterizado pela conduta consciente e intencional.

O objetivo de punir o agente público corrupto e desonesto, bem como o particular que com ele atua, impõe a constatação, conjunta, de que a prática do ato de improbidade foi consciente, decorrente de uma conduta antijurídica, associada ao dolo e à má-fé. Sem a prova robusta desse comportamento, não se pode falar em improbidade administrativa.

No entanto, uma vez ser impossível adentrar o psiquismo do agente, o elemento subjetivo deve ser aferido de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e.g., considerando se o agente tinha conhecimento do fato e das consequências de suas ações, qual a responsabilidade demandada pela função por ele ocupada e o nível de discernimento para tal exercício exigido, sendo que do cotejo desse conjunto advirão as balizas para o convencimento do julgador acerca da consciência do agente quanto à conduta ímproba.

Feitas tais ponderações, *passo ao exame do caso dos autos*, analisando, inicialmente, a coexistência dos pressupostos processuais de desenvolvimento válido do processo, especialmente no que toca ao preenchimento dos requisitos preconizados no art. 17, §§ 7^a e 9º da Lei 8.429/92, matéria não arguida pela defesa nessa sede recursal, mas de ofício cognoscível.

Observe que, tendo em vista a qualidade de funcionário público à época em que ocorreram os fatos, a requerida foi notificada para apresentar manifestação nos termos do art. 17, § 7º da Lei 8.429/92.

Às fls. 79/87 a requerida apresentou manifestação em que alega a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público e que, no mérito, ação é improcedente, vez que nenhuma “atitude ilícita cometeu a requerida que pudesse atribuir-lhe a prática de atos ilícitos”.

Às fls. 106 o MM. Juízo *a quo* afastou a preliminar arguida em “contestação” por entender que o Ministério Público detém legitimidade ativa para a propositura de ação e determinou que as partes especificassem as provas que pretendessem produzir, justificando-as.

Inferre-se da decisão proferida que a dita manifestação fora recebida como se contestação fosse. Não havendo recurso da r. decisão, seguiu-se a presente ação pelo rito ordinário, consoante previsto no art. 17, *caput*, do citado diploma legal.

Em sede das alegações finais, o Ministério Público Federal, em questão de ordem, requereu a citação da ré para apresentar a contestação, ou, assim não entendendo, recebesse a manifestação como contestação. Por seu turno, a ré argui a nulidade por ausência de citação,

consoante preconizado no artigo 17, § 9º, da Lei 8.429/92. Ao seu entender o prejuízo decorrente da ausência de contestação é presumido.

O juiz sentenciante afastou a nulidade por entender que não estar demonstrado qualquer prejuízo para o exercício da defesa da requerida, que compareceu ao processo, apresentou defesa técnica e tomou conhecimento de todo o procedimento deste o início, a despeito de não ter sido formalmente citada.

Há entendimento em nossa jurisprudência, também no tocante à ação de improbidade administrativa, quanto à aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*. No caso dos autos, notificada à ré para se manifestar sobre a improbidade administrativa, apresentou-a como se contestação fosse, adentrando em mérito, afirmando ter praticado o ato mencionado, opondo que o fez por entender ter direito aos valores dos quais se apoderou, porque preenchia os requisitos legais do benefício. Demonstrou aquiescência, processualmente, em todos os atos processuais posteriores.

Neste sentido, quando o Ministério Público apresenta réplica à contestação (fls. 96) e, bem assim, quando o juízo *a quo* (fls. 106) “aprecia a preliminar arguida na contestação”, nada opôs ou recorreu.

Deste modo, interpreto que o requisito inobservado foi justamente o previsto no art. 17, § 7º, da LIA. E, quanto ao referido requisito, o entendimento sedimentado é no sentido da necessidade de demonstração de prejuízo para declaração da nulidade, como se vê:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE NÃO DECLARADA. QUESTÃO PRECLUSA COM A SENTENÇA CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ARTIGOS DE LEI NÃO PREQUESTIONADOS, OS QUAIS, ADEMAIS, NÃO GUARDAM PERTINÊNCIA COM O TEMA. SÚMULAS Nº 211 DO STJ E Nº 283 E 284 DO STF.

1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que, em ação civil pública na qual se apuram atos de improbidade administrativa, a ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/1992, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Nesse sentido: AgRg no REsp 1225295/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 06/12/2011; REsp 1233629/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/09/2011; REsp 1184973/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21/10/2010; REsp 1134461/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 12/08/2010.

2. Ademais, tendo havido sentença condenatória, esvazia-se a tese de que seria necessária a observância da fase preliminar de defesa, em razão de possível e eventual prejuízo, uma vez que esta tão somente tem a finalidade de evitar a propositura de ações temerárias. A respeito, dentre outros: STF, HC 111711, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe-238; HC 89.517/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 115520, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe-095.

3. Com relação à ausência de intimação pessoal da sentença condenatória, convém registrar que o Tribunal de origem externou o entendimento de que “não há qualquer previsão na norma instrumental civil sobre tal necessidade” (fl. 203). Nesse contexto, além de não se observar o prequestionamento dos artigos 261 e 392 do CPP e do art. 20 da Lei nº 8.429/1992 (Súmula nº 211 do STJ), nota-se que referidos dispositivos dizem respeito à necessidade de intimação de réu em ação de improbidade (Súmulas nº 283 e nº 284 do STF).

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1101585/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 25/04/2014).

Aqui, tendo em conta que nenhum prejuízo à defesa houve a ré por demonstrar, até porque a dilação probatória teve normal andamento, deferindo-se todas as provas requeridas, não vislumbro fundamento para anular o processamento, notadamente porque findou a ação penal e o processo administrativo, com sanções. A reiteração de todo o processado não trará qualquer alteração nos fatos apurados.

Ante tais ponderações, quanto à preliminar de nulidade, rejeito-a, por ausência de qualquer prejuízo suportado pela ré.

Passo ao exame dos fatos.

Objetiva esta ação civil pública o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa por parte de *Regina de Fátima Dourado*, pois, valendo-se de seu cargo, no exercício de sua atividade funcional: inseriu elementos falsos no cadastro do programa Bolsa Escola, obtendo ilegalmente o benefício para si e, em tendo acesso aos cartões e senhas de beneficiários da bolsa família, deles se apoderou para sacar os valores pertencentes a terceiros beneficiários em cujo nome estava o cartão.

As referidas condutas foram enquadradas no artigo 10, VII, X, XI e no artigo 11, inciso I e II, ambos da Lei nº 8.429/92 (fls. 14), *verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

...

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

...

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Em razão de tais práticas, postulou o autor a aplicação cumulativa ao réu das penalidades previstas no artigo 12, II e III, da LIA (fl. 12), quais sejam, 1) ressarcimento integral aos cofres da União da quantia de R\$ 803,00 acrescidos dos juros e correção monetária; 2) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; 3) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do dano; 4) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédios de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 anos; 5) a condenação de custas e demais ônus de sucumbência.

A *sentença recorrida*, e ora submetida ao reexame necessário, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a improbidade administrativa pela obtenção do benefício falseando dados (art. 11, I, da Lei 8.429/92) e condenou a ré a devolver os R\$ 800,00 e a perda do cargo ocupado pela ré. Fixou a sucumbência recíproca.

A partir das premissas inicialmente consignadas, compulsando detidamente os elementos constantes dos autos, com o fito de formar claro convencimento acerca das ações descritas, analiso pormenorizadamente a conduta, cotejando as provas que instruem o processo, conforme segue.

A investigação no âmbito administrativo pelo MPF foi deflagrada em razão de representação da Prefeitura Municipal de Cajobi/SP, que resultou no procedimento de nº 1.34.015.000935/2005-14, (fls. 453, do apenso, vol. II).

Relativamente a tal contexto, sustentou a requerida em sua defesa que era apenas a digitadora para a inclusão da população carente de Cajobi/SP, nos Programas Sociais distribuídos pelo Governo Federal.

Assegura que o único contato mantido com os beneficiários ocorria quando os acompanhavam até a Caixa Econômica Federal, quando necessário, ou por ocasião da entrega de seus cartões, quando sempre esteve acompanhada por algum funcionário da CEF, na maioria das vezes pelo gerente Sr. Mario José Caveletti, que fazia a entrega pessoalmente dos cartões, diretamente aos seus titulares e beneficiários. Assevera que nessas ocasiões sempre era acompanhada pelo motorista da Prefeitura, Sr. Wilson de Souza Safra e, era uma simples funcionária cumpridora de ordem, principalmente da Assistente Social. Que tentam politicamente a atingir, porque sempre apoiou o prefeito anterior e é politicamente contrária ao atual mandatário.

Aduz que o benefício foi por ela percebido porque reunia todos os requisitos para o recebimento da concessão do benefício, contudo, em razão da perseguição do atual mandatário (Prefeito), deixou de receber o benefício que tinha direito, mesmo tendo sido convocada pela assistente social em duas oportunidades para o cadastramento (em março de 2005 e a segunda em maio de 2006). Por isso, afirma que não é crível que tenha recebido os benefícios sociais de janeiro de 2004 a agosto de 2005, assim como após a sua demissão até novembro de 2006. Que seria obrigação da Assistente Social cancelar e desligar do programa, automaticamente, a requerida, já que não atendera as convocações.

Extrai-se da prova documental produzida os fatos ora narrados terem sido objeto de:

a) *Processo Administrativo Disciplinar nº 004/2005*, o qual culminou na aplicação da penalidade de demissão (incursos nos incisos IV, IX, XIII, XVI, L, LII do art. 241 do Estatuto dos Funcionários Públicos de Cajobi);

b) *Representação nº 1.34.015.000935/2005-14*, onde foi realizada oitiva da requerida e diligências, tais como ofício a Caixa Econômica Federal e ao Delegado de Polícia Federal (fls. 491 do procedimento apenso) para fins de apuração de suposto crime de estelionato.

c) *Ação penal nº 00013507220074036106* na qual a requerida foi condenada como incurso no art. 171, § 3º, c.c. art. 71, ambos do Código Penal em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão (Condenação transitada em julgado e os autos baixados à origem).

O procedimento administrativo disciplinar (Portaria nº 1986/2005) foi desencadeado a partir do requerimento do Sr. Pedro Paulo Firmino que noticiava seu cadastro há mais de 02 anos no programa bolsa escola, sendo que o cartão se encontrava na posse da ré e que nenhum pagamento teria sido a ele repassado, bem assim pelas informações prestadas pela servidora que sucedeu a ré (Sra. Teresa Magali Gil Ferreira), no sentido de que outras reclamações davam conta da existência de irregularidades na concessão dos benefícios.

Às fls. 46/52 do apenso (vol. I) foi juntado o formulário do Cadastro Único para Programas Sociais em que constam os dados da requerida entre eles a declaração de residência e o valor da remuneração.

Às fls. 81/80, vol. I, do procedimento administrativo apenso consta termo de juntada de cartões dos programas Bolsa Escola, em nome de Neide Aparecida da Silva e de Cartão Cidadão em nome de Maria de Fátima Ermenegilda e, ainda, declaração da Sra. Neide Aparecida, informando que o Cartão teria sido retido pela Sra. Regina.

Às fls. 185/189 consta notícia de recadastramento dos beneficiários do Programa Bolsa Família com as seguintes informações:

1. Beneficiária Eliana Aparecida de Souza Agrela Nocete foi cadastrada no Programa e que “nunca recebeu cartão magnético em sua residência para que pudesse receber o benefício, porém relatou que recebeu até dezembro/2004, através das mãos da servidora Regina de Fátima Dourado, após ter feito reclamação na prefeitura de que há 06 (seis) meses não recebia o benefício e que, iria tomar providências cabíveis, denunciando a irregularidade aos órgãos competentes, caso o pagamento não fosse regularizado. Após isso, o Sr. Mauro, funcionário da Caixa Federal de Monte Azul/SP e a servidora Regina, compareceram a sua residência e efetuaram o pagamento do benefício”.

2. Beneficiária Luzia de Fátima Castadelli. “que cadastrou-se no Programa Bolsa Família em 08.05.2002, porém não recebeu o cartão magnético em sua residência, para que pudesse receber o benefício. Afirmou que a Servidora Regina de Fátima Dourado era quem fazia os pagamentos em dinheiro em sua residência, durante dois anos aproximadamente, onde assinou um papel para a referida servidora como se tivesse recebido o cartão magnético.”

3. “A beneficiária Vanilda Alves de Almeida em entrevista nos informou que recebeu o cartão magnético do programa do governo federal através da funcionária Regina, tendo ainda declarado que recebeu o primeiro pagamento de R\$ 15,00 (quinze reais) em dinheiro em sua casa da servidora Regina de Fátima Dourado”.

4. “A beneficiária Josefa das Dores da Silva Baltazar nos informou que recebeu o dinheiro do programa em casa através da servidora municipal Regina de Fátima Dourado até que recebesse o cartão magnético.”

Às fls. 190/269 (procedimento apenso) foram juntados cadastros de beneficiários em que consta a requerida como entrevistadora de vários beneficiários dos programas assistenciais.

Às fls. 276 do procedimento administrativo consta oitiva da beneficiária Eliana Aparecida de Souza Agrela em que afirma “(...) que soube da vinda de um cartão e que o mesmo não lhe foi entregue pois constava no mesmo o nome de solteira e que na agência da Caixa Federal de Monte Azul Paulista foi feita nova documentação para um novo cartão no ano de 2001, que sempre recebeu o valor referente ao bolsa escola e ao bolsa gás, que recebia em sua residência os valores referentes ao programa, que recebia das mãos da Srta. Regina de Fátima Dourado. que houve vários atrasos no recebimento (...)”.

Às fls. 544/546 da Representação nº 1.34.015.000935/2005-14 (vol. II do apenso) realizou-se a oitiva da Secretária da Educação à época dos fatos narrados a Sra. Ângela Maria Bottina Geraldo da Costa e afirmou que “(...) passou a exercer a atividade junto à Secretaria da Educação, logo que saiu a unificação do programa, passando a efetuar a digitação do cadastramento do Bolsa Família pela internet. Que foi Regina de Fátima Dourado a única funcionária da Secretária de Educação que recebeu treinamento da Caixa Econômica Federal para operar o sistema ‘conectividade’ e, portanto, era a única que sabia alimentar o banco de dados”. Afirmou, ainda, “(...) que a funcionária em questão, por vezes, acompanhou os beneficiários até a Caixa Econômica Federal em Monte Azul mas, que sabia, jamais intermediou o recebimento de valores ou mesmo reteve quaisquer cartões”.

Às fls. 569/668 do procedimento administrativo foram juntadas planilhas fornecidas pela CEF de pagamento aos beneficiários.

Às fls. 673 da Representação nº 1.34.015.000935/2005-14 (vol. II do apenso) foi instaurado novo expediente para apurar a responsabilidade da CEF no período compreendido entre 2001 e 2004.

No bojo da presente ação foram ouvidas as testemunhas Mauro José Cavalleti, indicado pela ré foi ouvida às fls. 162/164 nos autos da carta precatória nº 2008.61.05.011790-7. As testemunhas Tereza Magali Gil Ferreira (testemunha do autor); Angela Maria Bottino Geraldo da Costa (testemunha comum) e Gustavo Sebastião da Costa (testemunha da ré) - Carta precatória nº 400.01.2008.009481-0/000000-000 (fls. 149/198).

Consta a oitiva de Mauro José Cavalleti (fls. 162/164), Gerente Geral da CEF à época dos fatos. Na oportunidade, afirmou que “(...) tanto a Sra. Ângela quanto a ré receberam orientações da CEF de como preencher os formulários e cadastros para habilitar as pessoas para o pagamento do benefício; que, no início os pagamentos eram efetuados com guias individuais manuais; que esse sistema se deu por aproximadamente três meses; que as guias eram emitidas pela Caixa e entregues também pela Caixa diretamente a cada beneficiário, após a identificação; que, no mesmo momento, era feito o pagamento do benefício, mediante recibo do beneficiário”. Disse, ainda, que “(...) que tem conhecimento de que a ré estava cadastrada e recebia o bolsa família; que desconhece que a ré tenha recebido treinamento para operar sistema da Caixa, ou ainda o sistema conectividade, ou mesmo que os tenha operado; que acha muito difícil isso ter acontecimento; que o sistema conectividade é muito recente; que somente os funcionários da Caixa têm acesso aos sistemas da Caixa; que sabe que Prefeitura acessava diretamente os sistema cadastro único de benefícios e que, em Cajobi, a responsável era a Sra. Ângela”.

A testemunha Tereza Magali Gil Ferreira (fls. 193/194) afirma que “(...) havia uma senhora que recebia o benefício e faleceu de câncer, deixando filhos, a tia dessas crianças sempre me questionava sobre o benefício, o cartão, eu não sabia responder por que não tinha acesso, já que o programa só existia no Departamento da Educação; eu não tinha acesso. A Regina tinha a senha. Quando houve a mudança de governo essa senhora foi novamente questionar porque o cartão dela não vinha. Eu mesma entrei no portal da Transparência e constatei que essa família já estava recebendo o benefício, pelo menos constava nesse portal. Chamei um responsável por esta parte e expliquei o ocorrido. Chamei a Regina e perguntei por que esse cartão não vinha; a Regina Admitiu que estava com ela. Aí assumiram tudo, montaram um processo interno, eu fui testemunha; (...)”. Quanto ao benefício recebido pela ré disse que “(...) não sabia que a ré recebia Bolsa Escola; só fiquei sabendo a partir do momento em que fizeram aquele interno e apuraram que ela estava recebendo o benefício. Encaminhei a ficha dela, acho que ao Ministério Público de Rio Preto; a ficha dela também estava incompleta e não foi preenchida pelo assistente social. As informações também estavam erradas, por exemplo, o salário era inferior ao que ela ganhava, não constava que era ela funcionária pública, ela morava com os pais e na ficha constava que morava sozinha, com uma filha (...)”.

Ângela Maria Bottino Geraldo da Costa em oitiva realizado em juízo (fls. 195/196) afirmou que “(...) acredito que ela recebia os requisitos para o benefício... A Regina era chefe de seção da Secretaria da Educação; não era minha secretária. Era cargo em comissão; ela era concursada como escriturária, mas foi nomeada em comissão para esse cargo de chefia... A Regina morava com os pais dela, nos fundos da casa. Ela também fez parte do primeiro grupo que cadastrou as famílias no programa”.

Gustavo Sebastião da Costa, Prefeito à época dos fatos, em sua oitiva (fls. 197) afirmou

que “(...) Era a própria Caixa que entregava os cartões e as senhas para os beneficiários. Na primeira remessa, houve uma solenidade na Câmara. Depois, não sei qual era o meio utilizado pela Caixa para entregar esses cartões. A entrega nunca foi feita por intermédio de Regina, sempre por intermédio da Caixa, inclusive as senhas. Não soube se ela alguma vez, reteve algum cartão de beneficiário. Não sei era inscrita no programa. Ela morava no fundo da casa dos pais”.

Observo que os depoimentos tomados no bojo do procedimento administrativo são fortes a atestar que a ré recebeu indevidamente o benefício, à toda evidência, valendo-se das facilidades que detinha com a função que ocupava.

Ela mesma recebera a incumbência de realizar os cadastros dos beneficiários do programa social que seria posteriormente examinado pelo Assistente Social, quando avaliaria o preenchimento dos requisitos para fazer jus ao benefício.

Inesquecível que a ré inseria elementos falsos no cadastro do programa Bolsa Escola, apossava-se dos cartões que chegavam para os beneficiários, usurpando e extorquindo o direito dos beneficiários, apoderando-se dos valores.

Reitere-se o depoimento da testemunha Tereza Magali Gil Ferreira (fls. 193/194) ao revelar: que, uma senhora que recebia o benefício e faleceu de câncer, deixara filhos e, a tia dessas crianças sempre lhe questionava sobre o benefício, sobre o cartão e, nada sabia informar porque à época não tinha acesso ao sistema (a ré o tinha); que quando houve a mudança de prefeito e a tia voltou a questionar porque o cartão não vinha, entrou no portal da Transparência e constatou estava o benefício sendo pago à família. Ou seja, durante não se sabe quanto tempo a ré recebeu indevidamente, montantes que se destinavam às crianças carentes.

Na verdade, do fato acima reiterado, é que desencadeou toda a apuração. De tudo a ré assumiu culpa.

Nesse ponto, é possível inferir duas condutas dissonantes da ré.

De um lado, vilã, porque agia com extrema frieza e insensibilidade, ao inserir dados falsos no sistema de distribuição, apropriando-se dos cartões de saque da bolsa-família, cuja destinação é exatamente prover as famílias de crianças carentes e necessitadas.

De outro lado, estranhamento passou a procurar os beneficiários em suas casas, como constam de depoimentos, repassando montantes (não se sabe da equivalência aos valores reais), dos quais ela houvera se apropriado ilegalmente.

Extraí-se dos autos, tanto pelo formulário juntado às fls. 46/42, quanto pelo contundente depoimento de Tereza Magali Gil Ferreira, é que, deveras, a requerida preencheu o formulário em seu benefício com dados falsos, ou mesmo omitindo informação relevante, como sua profissão.

Nenhuma das alegações postas pela ré no decorrer processual se verificou comprovada ou tem força suficiente para ilidir a prova robusta produzida em seu desfavor, verificando-se, inclusive, ter havido o reconhecimento da prática dolosa da conduta objeto da presente lide no âmbito criminal e administrativo, restando devidamente demonstrado ter-se dado a atuação da requerida de modo consciente e deliberado, com o fito de receber benefício que não fazia jus. Cite-se, nesse sentido, trecho do Voto de relatoria do Desembargador Federal Luiz Stefanini no bojo da referida ação penal:

(...) Regina disse em seu depoimento que não recebeu valores do bolsa-família de terceiros, mas admitiu que se cadastrou indevidamente com renda mensal inferior à percebida para perceber o benefício.

...

Passo ao exame do mérito do recurso, em relação às condutas remanescentes e tenho que a sentença condenatória há de ser mantida, porque restou provado que a ré, por meio de atos fraudulentos, obteve para si vantagem ilícita em prejuízo do programas sociais do governo federal, através da prática do crime de estelionato qualificado.

A materialidade delitiva está comprovada pela farta prova documental constante dos autos, nos volumes 1 a 3 da ação penal.

Apurou-se que, para a obtenção dos benefícios a acusada declarou que morava somente com sua filha, através de quem receberia o bolsa-escola, quando, na verdade morava com os pais, bem como declarou, também falsamente, auferir a renda mensal de R\$180,00 (cento e oitenta reais), remuneração aquém da quantia real, dados tidos como requisitos legais para a inscrição no cadastramento único para programas sociais.

As declarações inverídicas estão comprovadas pelo relatório da ficha cadastral de Regina de Fátima Dourado (fls. 35), o cadastramento único para programas sociais do governo federal (fls. 50/52, a relação financeira da acusada entre os períodos de 03/1997 e 02/2005 (fls. 64/73) e o certificado emitido pela prefeitura que discrimina o quadro de pessoas cadastradas no programa bolsa-família (fls. 403). Há ainda o ofício expedido pela Caixa Econômica Federal a comprovar que a acusada recebeu, no período de 1º/8/2002 a 30/11/2004 parcelas do bolsa-escola e auxílio-gás e parcelas mensais do bolsa-família, no período de 1º/12/2004 a 30/11/2006 (fls. 510) restando demonstrada, de forma indubitável, a materialidade do delito.

Os depoimentos apresentados pelo Ex-Prefeito e sua esposa não infirmam as provas produzidas, visto que se limitam a incompreensível intelecção, consoante disse a depoente Sra. Ângela Maria, então Secretária da Educação e chefe da requerida, de que acreditava que a ré preencheria os requisitos necessários para a concessão do benefício, ou, como afirma o Ex-Prefeito que a requerida morava nos fundos da casa dos pais e desconhecia se recebia o benefício.

Já quanto à retenção de cartões magnéticos de titularidade de beneficiários do Programa Assistencial, observa-se do depoimento das vítimas que restou devidamente comprovado que a ré retinha os cartões magnéticos.

Nessa quadra, foi atestado também no bojo da referida ação penal que,

(...) Ainda de acordo com as cópias do procedimento administrativo, a acusada ficava na posse dos cartões magnéticos dos beneficiários e das respectivas senhas, com os quais levantava os valores, o que resultou na pena de demissão do cargo de escrevente que exercia junto à Prefeitura do Município de Cajobi/SP (fls. 4/486).

Dos autos do procedimento administrativo que instruiu a presente ação, quando foi submetido ao crivo do contraditório, verificou-se pelo depoimento dos beneficiários: Eliana Aparecida de Souza Agrela Nocete, Luzia de Fátima Castadelli, Vanilda Alves de Almeida e Josefa das Dores da Silva que constituía procedimento rotineiro a percepção de benefícios pagos diretamente pela Requerida, o que, só por só, já ressaí conduta não recepcionada pelas regras impostas para o pagamento do benefício. Nesse sentido, não se poderia excogitar de mera irregularidade, mas de prática vedada, porque vulnera a segurança dos beneficiários, e resultam prejuízos decorrentes de desvios e atrasos injustificados.

Por outro giro, é de se registrar que resta assente na jurisprudência e doutrina pátrias a independência entre as esferas penal, civil e administrativa, inclusive para fins de caracterização do dolo ou da intenção de fraude, vedando-se a uma esfera adentrar a discricionariedade da outra, dada a autonomia entre a configuração de tais ilícitos.

No entanto, daí não decorre dever ser desconsiderada a repercussão entre tais esferas, à vista inclusive da correlação entre elas nas situações elencadas pela lei, a exemplo do disposto no artigo 935 do CC: “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Nesse diapasão, observo que a materialidade das condutas, ora examinadas, foram atestadas em de ação penal, bem assim a autoria restou incontestada. Vejamos:

PENAL - ESTELIONATO CONTRA ENTIDADE PÚBLICA - RECEBIMENTO INDEVIDO, MEDIANTE FRAUDE, DE PROGRAMA ASSISTENCIAL DO GOVERNO - PRESCRIÇÃO PARCIAL - FATOS REMANESCENTES NÃO ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO - COMPROVAÇÃO - IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Segundo informação prestada pela Caixa Econômica Federal através de ofício e os documentos que o acompanham, a acusada recebeu parcelas mensais do bolsa-escola e auxílio-gás nos valores de R\$ 15,00 e R\$ 7,50 cada, de 01 de dezembro de 2004 a 30 de novembro de 2006 e auxílio bolsa-família razão pela qual foi denunciada como incurso no art. 171, § 3º, c.c. art. 71, ambos do Código Penal.

2. O ofício expedido pela agência da Caixa Econômica Federal de Monte Azul Paulista/SP discrimina o recebimento das parcelas mensais de Bolsa-Escola no período de agosto de 2002 a novembro de 2004, nos valores de R\$15,00 (quinze reais) e R\$ 7,50 (sete reais e cinquenta centavos) e parcelas referentes ao Bolsa-Família, no período de dezembro de 2004 a novembro de 2006, no valor de R\$ 23,00 (vinte e três reais), da acusada, tendo, para isso, declarado renda mensal de R\$180,00 (cento e oitenta reais) quando, na verdade, recebia renda maior, havendo informação de ter recebido R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) e outros valores ainda superiores, chegando a R\$ 588,00 (quinhentos e oitenta e oito reais) em janeiro de 2005.

3. No que tange à prescrição da pretensão punitiva estatal do crime pela pena em abstrato citada pela defesa, certo é que essa modalidade de prescrição não se aplica quando já se tem nos autos sentença condenatória com pena concreta imposta.

4. Considerando-se que a ré foi condenada ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, desprezando-se o cômputo da continuidade delitiva (Súmula nº 487, do E. STF), para fins de contagem do prazo prescricional, a pena imposta enseja o prazo prescricional de 04 (quatro) anos, a teor do disposto no art. 109, inc. V, do Código Penal. Considerando-se mais, que a denúncia foi recebida em 22 de agosto de 2008, resultam prescritas apenas as condutas anteriores a 22 de agosto de 2004, remanescendo, porém, o período de setembro de 2004 a novembro de 2006, não atingido pela prescrição.

5. Declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação às condutas cometidas anteriormente ao período de 22 de agosto de 2004, para as quais está extinta a punibilidade do delito (art. 107, inc. IV, do Código Penal).

6. Em relação às condutas remanescentes, a sentença condenatória há de ser mantida, porque restou provado que a ré, por meio de atos fraudulentos, obteve para si vantagem ilícita em prejuízo do programas sociais do governo federal, através da prática do crime de estelionato qualificado.

7. *A materialidade delitiva está comprovada pela farta prova documental constante dos autos da ação penal.* De acordo com as cópias do procedimento administrativo, a acusada ficava na posse dos cartões magnéticos dos beneficiários e das respectivas senhas, com os quais levantava os valores, o que resultou na pena de demissão do cargo de escrevente que exercia junto à Prefeitura do Município de Cajobi/SP.

8. *A autoria é incontestada e veio demonstrada, sobretudo, pela prova testemunhal colhida.* Dolo restou comprovado pela vontade consciente de obtenção de benefício indevido.

9. Declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal e extinção da punibilidade do crime quanto aos fatos ocorridos anteriormente a 22 de agosto de 2004, com fulcro no art. 107, IV,

do Código Penal e, em relação aos delitos remanescentes, improvimento do recurso.
(ACR 00013507220074036106, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/04/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

CONCLUSÃO

A ré era Servidora Pública Municipal que detinha a atribuição de cadastrar beneficiário do Programa Bolsa Escola e nesta condição preencheu Cadastro Único de Programas Sociais do Governo Federal, falseando a verdade quanto à renda *per capita* familiar e considerações de moradia, o que resultou no indevido recebimento do benefício e, ainda, reteve cartões magnéticos de beneficiários do programa, sacando para si os valores.

Assim, afigura-se correto o enquadramento realizado das condutas vedadas na LIA, artigo 10, incisos VII, X e XI e artigo 11, incisos I e II, nos termos consignados na inicial,

Considerando os fundamentos expendidos, tendo sido o conjunto probatório detalhadamente apurado e cotejado, *resta efetivamente configurada a prática de atos de improbidade*, pelo que deve incidir as *penalidades insculpidas no artigo 12, inciso II e III, da Lei nº 8.429/92*, a saber:

1) à pena de perda da função pública, relativa ao cargo de escriturária, já consolidada através da demissão do requerido no âmbito administrativo;

2) ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 2.400,00, equivalente a três vezes o pretendido acréscimo patrimonial, devidamente corrigido a partir da data do ilícito até o efetivo pagamento, montante que se encontra dentro do patamar legalmente autorizado e dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade, em face ao alcance pretendido pela conduta da requerida;

3) suspensão dos direitos políticos por cinco anos (artigo 12, inciso III, da LIA);

4) proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direto ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de cinco anos (artigo 12, inciso II, da Lia);

5) A perda do valor percebido indevidamente, nos termos consignados na r. sentença. Quanto aos valores originados dos cartões retidos, inviabiliza a devolução ante a imprecisão do montante. Nesse aspecto, o efetivo recebimento dos valores pela ré não é determinante para a caracterização do ilícito, bastando, na espécie, a retenção dolosa do cartão, impedindo que os efetivos beneficiários recebam os valores que lhe faziam *jus*.

A fixação das penas, no modo ora declinado, encontra-se em consonância ao entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio. Lembre-se das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa não serem de aplicação cumulativa e obrigatória, ao revés, delegando-se ao julgador a pertinente ponderação a partir do caso concreto. Essa orientação está assentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que inclusive vem afastando a aplicação de determinadas penalidades quando vislumbrada a afronta à proporcionalidade e razoabilidade, redimensionando a condenação. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO QUE JUSTIFIQUE A ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ASSERTIVA GENÉRICA DE OFENSA AOS ARTS. 9º. E 10 DA LEI 8.429/92 QUE ATRAI A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF, ANTE A DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO APELO RARO, NESTE ASPECTO. FALTA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DO PARAÍSO/MG QUE NÃO ACARRETA NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO, POIS SEU INGRESSO NA LIDE CONFIGURA HIPÓTESE DE

LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COM INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA LEGALIDADE, MORMENTE QUANDO AVERIGUADA A FIXAÇÃO DO VALOR DA MULTA ACIMA DO MÁXIMO LEGAL (ART. 12, II DA LIA). REDIMENSIONAMENTO DAS SANÇÕES. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO, NOS TERMOS DO ART. 509 DO CPC, PARA REDIMENSIONAR AS PENALIDADES APLICADAS AO EX-PREFEITO. (*omissis*) 4. O art. 12 da Lei 8.429/92 fixa critérios de qualificação e quantificação das sanções, impondo que as penalidades podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, à luz da extensão do dano causado e da gravidade do fato, além do proveito patrimonial obtido pelo agente. 5. As peculiaridades do caso concreto denotam que as condutas dos recorrentes não foram tão graves a ponto de justificar a aplicação cumulativa de todas as penalidades previstas e extrapoladoras dos limites legais delineados para a conduta típica que lhes são imputadas. (*omissis*) (STJ, REsp 1197136, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, v.u., DJE DATA: 10/09/2013);

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA CORTE EXCELSA. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES APLICADAS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”, (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. (Precedente: AgRg no REsp 1242939/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 30/05/2011.)

2. A sanção de suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das penalidades estabelecidas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, devendo ser aplicada tão somente em casos graves. (Precedente: AgRg no AREsp 11.146/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe 22/08/2011).

3. “A condenação foi devidamente motivada e se encontra dentro dos limites do art. 12 da Lei 8.429/1992, estando dosada segundo a avaliação razoável do Tribunal de origem. Portanto, não merece reforma em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.” (Precedente: REsp 1173845/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 27/04/2011.) Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp 1223798, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, v.u., DJE DATA: 19/04/2012).

A ré sucumbente em maior parte fica isenta de custas em razão da necessidade de interpretação isonômica ao artigo 18 da Lei nº 7.347/85. Isso porque a novel jurisprudência da Superior Corte, por sua Primeira Seção, vem firmando entendimento no sentido de que deve ser o tema tratado à luz da interpretação sistemática do ordenamento, em observância à absoluta simetria de tratamento entre as partes, de modo que se não pode o *Parquet* ser condenado aos honorários em sede de ação civil pública, igualmente não poderá de tal verba se beneficiar, ainda que o importe seja vertido ao Fundo do artigo 13 da LACP. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR - DESCABIMENTO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85.
 3. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*.
 4. *Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública.* Precedentes.
 5. Recurso especial não provido. (destaques aditados)
- (STJ, REsp 1302105, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, v.u., DJE DATA: 14/08/2013);

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.*

1. Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal *a quo* decidiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia.
 2. A jurisprudência da Primeira Seção deste Superior Tribunal é firme no sentido de que, por critério de absoluta simetria, no bojo de ação civil pública não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público.
 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
- (STJ, AGAREsp 221459, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, v.u., DJE DATA: 23/04/2013).

Assim, é rigor a manutenção da sentença quanto à condenação de devolução dos valores recebidos indevidamente e a perda do cargo, pelo que deve ser desprovida a apelação da ré, dando-se parcial provimento à apelação do autor e à remessa oficial para determinar a condenação de multa civil no montante de R\$ 2.400,00; a suspensão dos direitos políticos por cinco anos (artigo 12, inciso III, da LIA) e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direto ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de cinco anos (artigo 12, inciso II, da Lia);

Após o trânsito em julgado, oficie-se à Justiça Eleitoral relativamente à suspensão dos direitos políticos, bem como ao Banco Central do Brasil para comunicar às instituições financeiras oficiais sobre a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, informando-se o CPF da ré, dando-se, ainda, cumprimento ao disposto no artigo 3º da Resolução nº 44/2007 do CNJ.

Face ao exposto, *dou parcial provimento* à apelação do autor e à remessa oficial, tida por submetida e *nego provimento* à apelação da ré.

É como voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0024917-82.2009.4.03.6100

(2009.61.00.024917-1)

Apelante: UNIVERSIDADE PAULISTA - UNIP

Apelada: AGATHA DE ASSIS DUARTE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AMS 326353

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2015

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ABONO DE FALTAS E REALIZAÇÃO DE PROVA SUBSTITUTIVA. ATESTADO MÉDICO DE GRAVIDEZ DE RISCO. DIREITO DA IMPETRANTE.

1 - A Lei nº 6.202/1975, que “atribui à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares”, prescreve que “a partir do oitavo mês de gestação e durante três meses a estudante em estado de gravidez ficará assistida pelo regime de exercícios domiciliares”.

2 - O parágrafo único do artigo 1º do mesmo diploma dispõe que “o início e o fim do período em que é permitido o afastamento serão determinados por atestado médico a ser apresentado à direção da escola”, ressaltando no artigo 2º que, “em casos excepcionais devidamente comprovados mediante atestado médico, poderá ser aumentado o período de repouso, antes e depois do parto” e “em qualquer caso, é assegurado às estudantes em estado de gravidez o direito à prestação dos exames finais”.

3 - No caso, a impetrante apresentou os atestados médicos referentes aos períodos em que foi obrigada a faltar (fl. 24/25) em decorrência de gravidez de risco, a qual culminou em parto prematuro conforme comprovado pela certidão de nascimento (fl. 22).

4 - Pelo exposto, a impetrante tem direito ao abono de faltas e à realização das provas, independentemente do disposto no regimento interno da Universidade.

5 - Negado provimento à apelação e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança impetrado para determinar a manutenção da bolsa PROUNI e a realização das provas passadas e as que foram sendo negadas para o Curso de Ciências Contábeis na UNIP.

A impetrante narra que é bolsista do programa PROUNI desde janeiro de 2009 e que ficou impossibilitada de comparecer a duas provas, em 3/6/2009 e 10/6/2009, por motivo de gravidez de alto risco, a qual resultou em parto prematuro em 12/6/2009. Afirma que não pode comparecer também aos exames marcados posteriormente, avisando a instituição de ensino em 18/6/2009.

A impetrante foi reprovada em decorrência do não comparecimento nas provas, o que culminou com sua exclusão do PROUNI.

Em informações, a Universidade alega que as provas substitutivas só podem ser requeridas em até 5 dias contados da data da aplicação, que o abono de faltas não pode ser concedido e que os prazos regimentares não foram obedecidos.

A liminar foi deferida.

A segurança foi concedida para determinar a manutenção da bolsa PROUNI e a realização das provas, submetendo o feito ao reexame necessário.

Em apelação, a Universidade Paulista afirma que o manual do aluno proíbe o abono de faltas e que o calendário da Universidade não foi respeitado.

Com contrarrazões, subiram os autos para apreciação.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

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

A Lei nº 6.202/1975, que “atribui à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares”, prescreve que “a partir do oitavo mês de gestação e durante três meses a estudante em estado de gravidez ficará assistida pelo regime de exercícios domiciliares”.

O parágrafo único do artigo 1º do mesmo diploma dispõe que “o início e o fim do período em que é permitido o afastamento serão determinados por atestado médico a ser apresentado à direção da escola”, ressalvando no artigo 2º que, “em casos excepcionais devidamente comprovados mediante atestado médico, poderá ser aumentado o período de repouso, antes e depois do parto” e “em qualquer caso, é assegurado às estudantes em estado de gravidez o direito à prestação dos exames finais”.

No caso, a impetrante apresentou os atestados médicos referentes aos períodos em que foi obrigada a faltar (fl. 24/25) em decorrência de gravidez de risco, a qual culminou em parto prematuro conforme comprovado pela certidão de nascimento (fl. 22).

Pelo exposto, a impetrante tem direito ao abono de faltas e à realização das provas, independentemente do disposto no regimento interno da Universidade.

Precedentes:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - ABONO DE FALTA - MOTIVO DE DOENÇA - POSSIBILIDADE.

1. Acolhida preliminar de intempestividade do recurso.
 2. De acordo com o regimento interno da faculdade, não são aceitas justificativas às faltas, devendo ser reprovado o aluno que exceder ao limite de faltas.
 3. Comprovação, pela impetrante, através de atestados médicos contemporâneos aos fatos, que as faltas ocorreram por motivo de doença.
 4. Em que pese a autonomia didático-científica da instituição de ensino, em nome do princípio da razoabilidade, devem ser abonadas as faltas ante a justificativa apresentada.
 5. Precedentes.
 6. Remessa oficial não provida.
- (AMS 00189676820044036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/03/2010 PÁGINA: 71)

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO CIVIL. ENSINO SUPERIOR. COLAÇÃO DE GRAU. ABONO DE FALTAS. ESTUDANTE GRÁVIDA. HERMENÊUTICA. FINS SOCIAIS DA LEI.

1. O artigo 1º da Lei nº 6.202/75, assegura à estudante grávida o regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-lei nº 1.044, de 21 de outubro de 1969. Ademais, tratou a lei de estabelecer (art. 2º) que, em casos excepcionais, devidamente comprovados mediante atestado médico, poderá ser aumentado o período de repouso, antes e depois do parto e que, em qualquer caso, é assegurado às estudantes em estado de gravidez o direito à prestação dos exames finais.
 2. No caso dos autos, razoável enquadrar a situação da impetrante no disposto no artigo 2º da Lei 6.202/75, pois, os atestados médicos asseveram que necessitou de repouso em face da ameaça de aborto e de enjôos constantes, contudo, isso não obsteu que continuasse a frequentar as aulas, salvo nos dias em que necessitou de repouso e esta situação guarda consonância com o elastério da norma legal aqui mencionada.
 3. Cabe ao magistrado aplicar a lei de forma atenta aos fins sociais por ela visados e às exigências do bem comum, fazendo valer a norma inscrita no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, como sabido, é lei consagradora de relevantes princípios gerais de direito.
 4. Remessa oficial a que se nega provimento.
- (REOMS 00013678319944036100, JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, DJU DATA: 11/10/2006)

Pelo exposto, nego provimento à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0001098-73.2010.4.03.6006

(2010.60.06.001098-1)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelado: ROBERTO ALCÂNTARA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe no Processo: AMS 330743

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/12/2014

EMENTA

AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPROVADO DUPLO DOMICÍLIO (BRASIL-PARAGUAI). POSSIBILIDADE DE LIVRE DESLOCAMENTO. PENA DE PERDIMENTO INCABÍVEL.

1. No presente caso, o impetrante Roberto Alcântara é pessoa física, proprietário de veículos automotores regularmente adquiridos no Paraguai, apreendidos por autordade fiscal quando em trânsito pelo território nacional, mais especificamente em Sete Quedas, no Mato Grosso do Sul, região de fronteira entre o Brasil e o Paraguai.
2. A possibilidade de duplo domicílio já era prevista no Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002 também prevê essa possibilidade em seus artigos 71 e 72.
3. Comprovando o proprietário dos veículos ter duplo domicílio, deslocando-se entre o Brasil e o Paraguai, tanto para fins pessoais, quanto para fins comerciais, não há que se falar na aplicação da pena de perdimento em razão de dano ao Erário.
4. Precedentes do E. STJ e desta Corte.
5. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
6. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal interposto pela União contra a decisão monocrática que, com supedâneo no art. 557 do CPC, negou seguimento à sua apelação e a remessa oficial, tida por

interposta, mantendo a sentença que concedera a ordem.

O mandado de segurança foi impetrado por ROBERTO ALCANTARA em face da agravante, objetivando reconhecer o seu direito líquido e certo à liberação dos veículos de sua propriedade Hyundai Santa Fé, cor prata, placas BBV 447 - Paraguai, chassi nº KMHSH81WP8U302367; GM/S10, ano 2008, placas OAF 222 - Paraguai e GM/S10, ano 2008, placas OAD682 - Paraguai, apreendidos em razão de suposto ingresso irregular no Brasil, alegando possuir residência e domicílio fixo no Paraguai, vindo regulamente ao Brasil apenas a fim de visitar seus filhos e esposa que moram na linha de fronteira, razão pela qual entende incabível a aplicação da pena de perdimento.

Pretende-se a reforma da decisão monocrática.

Apresentado o feito em mesa, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por interposta, em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Roberto Alcântara em face do Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil em Mundo Novo/MS, com o objetivo de reconhecer o seu direito líquido e certo à liberação dos veículos de sua propriedade Hyundai Santa Fé, cor prata, placas BBV 447 - Paraguai, chassi nº KMHSH81WP8U302367; GM/S10, ano 2008, placas OAF 222 - Paraguai e GM/S10, ano 2008, placas OAD682 - Paraguai, apreendidos em razão de suposto ingresso irregular no Brasil, alegando possuir residência e domicílio fixo no Paraguai, vindo regulamente ao Brasil apenas a fim de visitar seus filhos e esposa que moram na linha de fronteira, razão pela qual entende incabível a aplicação da pena de perdimento.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido, tão somente para determinar que a autoridade impetrada não desse destinação aos veículos em questão até a prolação da sentença.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

O r. Juízo *a quo* concedeu a segurança, para declarar nulos o auto de infração e o procedimento administrativo que culminaram com o perdimento dos veículos descritos na exordial. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos das Súmulas nº 105 do STJ e nº 512 do STF.

Apelou a União Federal, pleiteando a reforma da r. sentença, alegando, em breve síntese, que o impetrante possui duplo domicílio no Brasil e no Paraguai, razão pela qual só poderiam os seus veículos circular livremente no Brasil na condição de turista, conforme previsão da Resolução GMC nº 35/2002, razão pela qual mostra-se plenamente legítima a aplicação da pena de perdimento no caso vertente.

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

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento da apelação e da remessa oficial.

Passo a decidir com fulcro no art. 557 e parágrafos, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 9.756/98.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para *simplificação e agilização do julgamento dos recursos*, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito.

Em um primeiro momento, destaco ser de rigor a sujeição da sentença concessiva da ordem ao reexame necessário, haja vista o que dispõe o § 1º, art. 14 da Lei nº 12.016/2009, *in verbis*: “Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º. Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição”.

Nesse sentido, trago à colação recente ementa de julgado do E. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA DO § 2º DO ART. 475 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO OCORRIDO. QUESTÃO ESTRITAMENTE JURÍDICA.

(...)

3. A jurisprudência prevalecente no STJ é no sentido de que não se aplica ao Mandado de Segurança a regra do art. 475, § 2º, do CPC, por força de previsão específica na lei que disciplina o rito dessa Ação Constitucional (art. 12, parágrafo único, da revogada Lei 1.533/1951 e art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009) (REsp 687.216/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 4/8/2008; REsp 1.274.066/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/12/2011; REsp 1.047.540/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/8/2008).

4. Agravo Regimental não provido”.

(STJ, AgRg nos EDcl no AREsp nº 302.656/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 15/08/2013, DJe 16/09/2013)

Passo, assim, à análise do mérito.

No presente caso, o impetrante Roberto Alcântara é pessoa física, proprietário de veículos automotores regularmente adquiridos no Paraguai, apreendidos por autoridade fiscal quando em trânsito pelo território nacional, mais especificamente em Sete Quedas, no Mato Grosso do Sul, região de fronteira entre o Brasil e o Paraguai.

Foi comprovado nos autos que o impetrante, pai de 2 (dois) filhos brasileiros, tem diversos imóveis no país (fls. 76/77), entre eles uma casa em Sete Quedas/MS que ocasionalmente ocupa e domicílio fiscal na cidade de Canindeyu, Paraguai (fl. 249).

A possibilidade de duplo domicílio já era prevista no Código Civil de 1916, que dispunha em seus arts. 31 e 32:

“Art. 31. O domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Art. 32. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á domicílio seu qualquer destes ou daquelas”.

O Código Civil de 2002, prevê, ainda:

“Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

Parágrafo único. Se a pessoa exercer profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhes corresponderem”.

Ora, no caso vertente, comprovando o proprietário dos veículos ter duplo domicílio, deslocando-se entre o Brasil e o Paraguai, tanto para fins pessoais, quanto para fins comerciais, não há que se falar na aplicação da pena de perdimento em razão de dano ao Erário.

Corroborando o entendimento aqui expendido, trago à colação ementas dos seguintes julgados do E. STJ, bem como desta C. Sexta Turma, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APREENSÃO DE VEÍCULO ESTRANGEIRO. PENA DE PERDIMENTO. ENQUADRAMENTO COMO INGRESSO TRANSITÓRIO DE AUTOMÓVEL. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

3. A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que 'não se aplica a pena de perdimento prevista no art. 23, I, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.455/76 na hipótese em que o bem objeto de apreensão - veículo automotor cujo proprietário reside em país vizinho - ingressa no território brasileiro somente para trânsito temporário' (REsp 614.581/PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 24.5.2007).

4. Ademais, na hipótese vertente, o Tribunal *a quo* entendeu inaplicável a pena de perdimento de veículo, na medida em que a jurisprudência deste Tribunal admite a circulação de veículo estrangeiro no país quando comprovado o duplo domicílio do seu proprietário, como o caso dos autos.

5. Nesse contexto, acolher conclusão distinta da adotada no aresto hostilizado, sobre tratar-se de importação disfarçada ou de entrada clandestina do veículo, demandaria reexame do suporte fático-probatório dos autos, vedado nesta instância especial ante o teor da Súmula 7/STJ, de seguinte conteúdo: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.

6. Agravo regimental não provido".

(STJ, AgRg no REsp nº 1.323.198/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. 17/09/2013, DJe 07/10/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC E JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO-OCORRÊNCIA. PENA DE PERDIMENTO. INGRESSO TRANSITÓRIO DE VEÍCULO. INAPLICABILIDADE. ANÁLISE DE SUPOSTA OFENSA A DISPOSITIVO DE PORTARIA E RESOLUÇÃO. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE 'LEI FEDERAL'. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284/STF.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. O aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que: (a) é descabida a aplicação de pena de perdimento no caso de veículo estrangeiro cujo proprietário tenha duplo domicílio, exerça atividades profissionais em ambos os países e se utilize do automóvel tanto num como noutro;

(b) leiloado, arrematado e entregue o bem, indeniza-se o proprietário com base no preço de venda, conforme o art. 30, § 2º, do Decreto-Lei 1.455/76.

3. Não se pode falar em julgamento *extra petita*, na medida em que a determinação para que os impetrantes fossem indenizados com base no preço obtido em leilão decorreu da impossibilidade de devolução do veículo apreendido.

4. Ademais, consoante o enunciado da Súmula 269/STF, 'o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança', de modo que eventual diferença entre o valor de mercado do veículo e a quantia oferecida pelo arrematante em leilão deverá ser buscada em ação própria. É discutível, até mesmo, a possibilidade de devolução do valor arrecadado em leilão no âmbito da presente ação mandamental.

Mantém-se, no entanto, o entendimento adotado pela Corte de origem, tendo em vista o princípio que veda a *reformatio in pejus*.

5. 'Não se aplica a pena de perdimento prevista no art. 23, I, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.455/76 na hipótese em que o bem objeto de apreensão - veículo automotor cujo proprietário reside em país vizinho - ingressa no território brasileiro somente para trânsito temporário' (REsp 614.581/PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 24.5.2007).

6. Entende-se que a mesma orientação deve ser aplicada na hipótese dos autos, ainda que se trate de veículo utilizado por proprietários com domicílio no Brasil e na Argentina, mas que serve apenas como meio de locomoção entre os dois países. Vale ressaltar, ainda, que o veículo apreendido possui certificado de registro argentino e comprovante de seguro e do pagamento de tributos a ele relacionados na Argentina.

7. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a resoluções, portarias ou instruções normativas, por não estarem tais atos normativos compreendidos na expressão 'lei federal', constante da alínea *a* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

8. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea *a* do permissivo constitucional pressupõe a indicação do dispositivo de lei federal contrariado, ou cuja vigência tenha sido negada, sob pena de incidir o óbice previsto na Súmula 284/STF.

9. Recurso especial da FAZENDA NACIONAL parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

10. Recurso especial de RICARDO ELIAS STELLA e OUTRO desprovido”.

(STJ, REsp nº 981.992/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, j. 10/11/2009, DJe 01/12/2009)

“ADMINISTRATIVO. PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO. ENQUADRAMENTO COMO INGRESSO TRANSITÓRIO DE AUTOMÓVEL. INAPLICABILIDADE.

1. Não se aplica a pena de perdimento prevista nos arts. 27 da Portaria DECEX nº 8/91 e 23, I, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.455/76 na hipótese em que o bem objeto de apreensão - veículo automotor cujo proprietário reside em outro país - ingressa no território brasileiro somente para trânsito temporário.

2. É requisito para a aplicação da pena de perdimento, a teor dos referidos dispositivos, a existência de mercadoria importada, assim como a ocorrência de atos que causem dano ao erário, circunstâncias ausentes no caso em apreço.

3. Recurso especial improvido.”

(STJ, REsp nº 507.364/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, j. 05/12/2006, DJ 07/02/2007, p. 274)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL., ART. 557, § 1º, DO CPC. APREENSÃO DE VEÍCULO ESTRANGEIRO. DUPLO DOMICÍLIO. PENA DE PERDIMENTO. ILEGITIMIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. Não configura dano ao erário, a legitimar a apreensão e a aplicação da pena de perdimento, o ingresso de veículo estrangeiro pertencente à empresa cujo sócio e condutor possui duplo domicílio, movimentando-se entre Brasil e Bolívia em razão de suas atividades comerciais.

2. Agravo legal improvido”.

(TRF3, AMS nº 0000668-69.2006.4.03.6004, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, SEXTA TURMA, j. 08/08/2013, e-DJF3 16/08/2013)

Em face de todo o exposto, com supedâneo no art. 557, *caput* do CPC, *nego sequimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.*

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, *nego provimento ao agravo legal.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA

0009931-85.2012.4.03.0000

(2012.03.00.009931-4)

Impetrante: SANDRA REGINA NERI DI LORENZO

Impetrado: DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: MS 336680

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/12/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA PROVIMENTO DE VAGA DO CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO - ÁREA ADMINISTRATIVA - NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE NOVAS VAGAS E DIREITO À NOMEAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO CHAMAMENTO PARA REALIZAR EXAMES MÉDICOS. ORDEM DENEGADA.

i) Insubsistente a alegada existência de vagas na Unidade Administrativa escolhida pela impetrante, a justificar o direito à nomeação. Demonstrado pela Administração que, mesmo com o preenchimento de todas as vagas, considerada a “lotação ideal”, ainda assim não atingiria a classificação da impetrante (36ª colocação).

ii) Inexistente direito líquido e certo à nomeação em decorrência de ter sido chamada a realizar exames admissionais.

ii.i) A simples leitura das regras insculpidas na Lei nº 8.112/90 (arts. 5º, inciso IV e 14) revelam que a aprovação nos exames admissionais é requisito para o provimento do cargo, mas não autoriza a interpretação de que sua realização dá direito à nomeação e posse.

ii.ii) A convocação para realização dos exames médicos não significou a existência de vagas na Unidade Administrativa escolhida, mas, respeitado o princípio da eficiência da administração, o interesse em aproveitar ao máximo o número de candidatos aprovados no certame, sobretudo diante da proximidade da expiração de sua validade, com o escopo de manter completo o quadro disponível de candidatos, já antevendo eventuais desistências ou reprovações.

iii) - Ordem denegada.

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, denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Votaram os Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, JOHONSOM DI SALVO, ALDA BASTO, LUIZ STEFANINI, COTRIM GUIMARÃES, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA e PEIXOTO JÚNIOR.

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MÁRCIO MORAES, DIVA MALERBI, SALETTE NASCIMENTO, NEWTON DE LUCCA e MARISA SANTOS.

São Paulo, 26 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por SANDRA REGINA NERI DI LORENZO em 30/03/2012 contra ato considerado omissivo do E. Desembargador Federal Presidente deste Tribunal, que deixou de nomeá-la e empossá-la no cargo de Técnico Judiciário - Área Administrativa, no qual foi aprovada.

Alega a impetrante, em síntese, que se inscreveu no Concurso Público para o preenchimento de cargos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e das Seções Judiciárias dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, conforme edital publicado em 14/06/2007 com prazo de dois anos e prorrogado por mais dois anos, conforme Ato nº 8.898, para o cargo de Técnico Judiciário - Área Administrativa para a unidade administrativa de São José dos Campos (código LC 20), tendo sido regularmente aprovada e, inclusive, convocada para efetuar os exames admissionais em 08/08/2011, o que demonstraria a existência de vagas e o interesse da Administração em provê-las, criando, assim, seu direito subjetivo à investidura, o que não se efetivou até a data da impetração deste *mandamus*.

Assegura que a Lei nº 12.011/09, quando ainda vigorava o edital, criou 230 novas Varas Federais e 2530 cargos de técnico administrativo judiciário, sendo várias delas na região de sua opção. Nesse passo, assegura que, divulgado o edital de concurso pela Administração Pública, não há discricionariedade em nomear ou não os candidatos aprovados dentro do número de vagas.

Pleiteou liminar, para o fim de compelir a Administração a nomeá-la e empossá-la imediatamente para o cargo em que foi aprovada e, ao final, pela concessão da segurança para tornar definitiva a liminar concedida.

Postergada a análise do pedido de liminar para após a vinda das informações.

Prestadas as informações às fls. 117/125, nas quais afirma a autoridade impetrada que, relativamente à opção efetuada pela impetrante, qual seja, cargo de Técnico Judiciário, Área Administrativa, do quadro de pessoal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Unidade Administrativa de São José dos Campos, que abrange as Subseções Judiciárias de São José dos Campos, Caragatatuba, Guaratinguetá, Taubaté e Mogi das Cruzes, o Edital de Abertura ofereceu *uma única vaga*, conforme Anexo II - Vagas Disponibilizadas por Unidade Administrativa - Seções Judiciárias do Estado de São Paulo.

Informa que a impetrante obteve a 36ª colocação dentre os candidatos que fizeram a mesma opção, cujo certame foi homologado pelo Ato nº 8.898, de 31/03/2008, com validade prorrogada por dois anos pelo Ato nº 9.593, de 01/10/2009, e dentro do prazo de validade e prorrogação foram nomeados e empossados onze candidatos ao cargo concorrido pela impetrante, portanto, dez candidatos a mais do que o previsto no Edital de abertura do certame.

Sustenta que a jurisprudência predominante confere direito subjetivo à nomeação tão-somente aos candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas e, no caso vertente, apenas uma vaga foi oferecida, incluída aquela reservada ao portador de deficiência. Para os

demaís candidatos, o artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal, garante unicamente o direito a não preterição na classificação final durante o prazo de convocação previsto no edital.

Assegura que a convocação dos candidatos para a realização dos exames admissionais, além de constituir procedimento de caráter eliminatório necessário à investidura (aptidão física e mental), antecede o provimento do cargo e visa à consecução dos requisitos, preparando uma “carteira” de candidatos aptos para nomeação a qualquer tempo e, assim, não constitui prova inequívoca da necessidade de mão-de-obra ou existência de vagas, tanto é assim que comumente são convocados para os exames candidatos em número proporcionalmente superior ao de vagas.

Afirma a autoridade coatora, ainda, que “as primeiras 3 (três) vagas preenchidas por candidatos deste concurso advieram de vacância do quadro de pessoal, demonstrando a não defasagem do quadro até o ano de 2010.” E “quanto às outras 8 (oito) vagas, originaram-se do disposto na Lei nº 12.011/09, que criou 230 Varas Federais e respectivos cargos, em todo o território nacional, a serem instaladas até o ano de 2014.”

Informa que a lei nº 12.011/09 “atribuiu ao Conselho da Justiça Federal a organização e localização de tais varas, o que se efetivou pela Resolução nº 102/2010, posteriormente alterada pela Resolução nº 113/2010 daquele mesmo Colegiado” por força da qual novas varas foram implantadas nas Subseções Judiciárias de Taubaté e Mogi das Cruzes, resultando na abertura de 18 (dezoito) novas vagas do cargo de Técnico Administrativo - Área Administrativa, criados pela Lei nº 12.011/09, na Unidade Administrativa de São José dos Campos, dos quais 7 (sete) foram providos por candidatos melhor classificados que a impetrante (o último candidato nomeado foi classificado em 16º lugar) e, portanto, as onze vagas restantes não seriam suficientes à sua nomeação.

No arremate, informa a autoridade coatora que há na Unidade Administrativa de São José dos Campos 16 (dezesesseis) “claros de lotação”, que corresponde à diferença entre a lotação ideal de técnicos judiciários e aquela efetivamente preenchida em cada Subseção Judiciária, os quais, ainda que fossem preenchidos na vigência do concurso, não alcançaria a classificação da impetrante (36ª colocação).

Pela decisão de fls. 247/vº, o E. Desembargador Federal Relator Fábio Prieto, indeferiu a liminar.

Parecer do Ministério Público Federal às fls.254/259, pela denegação da ordem.

Com a assunção do E. Desembargador Federal Fábio Prieto à Presidência desta Corte, estes autos foram redistribuídos ao E. Desembargador Federal Newton de Lucca em 28/02/2014, que se declarou impedido em 10/06/2014.

Vieram-me os autos redistribuídos em 18/06/2014, ocasião em que determinei fosse a União cientificada para, querendo, ingressar no feito, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009.

A União manifestou interesse em ingressar neste feito, com vistas à defesa de seus interesses.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

A impetrante se insurge contra ato considerado omissivo supostamente praticado pelo E. Desembargador Federal Presidente deste Tribunal, que deixou de nomeá-la e empossá-la no cargo de Técnico Judiciário - Área Administrativa para o qual foi aprovada.

O compulsar dos autos revela que a impetrante optou pelo cargo de Técnico Judiciário, Área Administrativa, do quadro de pessoal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Unidade Administrativa de São José dos Campos, que abrange as Subseções Judiciárias de São José dos Campos, Caraguatatuba, Guaratinguetá, Taubaté e Mogi das Cruzes, para o qual, de acordo com o Edital de Abertura, *foi oferecida uma única vaga*, conforme Anexo II - Vagas Disponibilizadas por Unidade Administrativa - Seções Judiciárias do Estado de São Paulo. *A impetrante foi classificada em 36º lugar.*

Depreende-se das informações prestadas pela autoridade impetrada que, durante o prazo de vigência do concurso “as primeiras 3 (três) vagas preenchidas (...) advieram de vacância do quadro de pessoal, demonstrando a não defasagem do quadro até o ano de 2010.” E “quanto às outras 8 (oito) vagas, originaram-se do disposto na Lei nº 12.011/09, que criou 230 Varas Federais e respectivos cargos, em todo o território nacional, a serem instaladas até o ano de 2014.”

Ainda de acordo com as informações prestadas, outras 7 (sete) vagas para o cargo de Técnico Administrativo - Área Administrativa, na Unidade Administrativa de São José dos Campos de técnico, dentre as 18 (dezoito) criadas em virtude das novas varas implantadas nas Subseções Judiciárias de Taubaté e Mogi das Cruzes por força da Lei nº 12.011/09, foram providas por candidatos mais bem classificados que a impetrante (o último candidato nomeado foi classificado em 16º lugar) e, portanto, as onze vagas restantes não seriam suficientes à sua nomeação.

Segundo a autoridade coatora, há na Unidade Administrativa de São José dos Campos 16 (dezesseis) “claros de lotação”, que correspondem à diferença entre a lotação ideal de técnicos judiciários e aquela efetivamente preenchida em cada Subseção Judiciária, os quais, ainda que fossem preenchidos na vigência do concurso, não alcançaria a classificação da impetrante (36ª colocação).

Como já asseverado, o edital previu apenas *uma vaga* para o cargo de Técnico Judiciário, Área Administrativa, do quadro de pessoal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Unidade Administrativa de São José dos Campos, que abrange as Subseções Judiciárias de São José dos Campos, Caraguatatuba, Guaratinguetá, Taubaté e Mogi das Cruzes disputado pela impetrante. A superveniência de novas vagas surgidas no período de validade do concurso, ainda que pudessem alcançar a classificação da impetrante (36º lugar), o que não ocorre no caso, sequer teria o condão de obrigar a Administração a nomeá-la.

A respeito do tema, o STF, em julgamento com repercussão geral (RE 598.099/MS, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10/08/2011), entendeu que, salvo em situações excepcionais, a Administração tem a obrigação de nomear os candidatos classificados dentro do número de vagas constantes do Edital, analisando, também na ocasião, o direito à nomeação de candidatos inscritos em cadastro de reserva, nas hipóteses em que forem surgidas novas vagas.

Nesse ponto, o Supremo fixou o entendimento de que cabe à Administração decidir sobre a forma de gestão dessas vagas, podendo, inclusive extingui-las, conforme juízo de conveniência e oportunidade.

Do voto, extraio os seguintes excertos, *in verbis*:

...

A orientação predominante desta Corte, não obstante, reconhece (sic) o direito à nomeação no caso de preterição da ordem de classificação, inclusive quando provocada por contratação precária.

(...)

A jurisprudência do STF, portanto, tem reconhecido o direito subjetivo à nomeação apenas nas referidas hipóteses: preterição na ordem de classificação e nomeação de outras pessoas que não aquelas que constam da lista classificatória de aprovados no certame público.

... (destaquei)

No STJ, remansosa é a jurisprudência acerca do tema:

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS INSERIDOS EM CADASTRO DE RESERVA - NOVAS VAGAS - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO - JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO - PRECEDENTES DO STF - CESSÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS - TERMO DE COOPERAÇÃO - PRETERIÇÃO NÃO MATERIALIZADA - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Os candidatos aprovados em concurso público mas inseridos em cadastro de reserva têm expectativa de direito à nomeação.

2. O STF tem entendido caber à Administração, com relação aos cargos que surjam durante o período de validade do certame, decidir sobre a forma de gestão, podendo, inclusive extingui-las conforme juízo de conveniência e oportunidade. *Proposta de alinhamento da jurisprudência desta Corte à posição do STF.*

3. Não restou devidamente materializada preterição de candidato aprovado, com expectativa de nomeação, em espera no cadastro de reserva.

4. A cessão de servidores municipais não é de autoria da autoridade impetrada, sendo o responsável estranho à impetração.

5. Segurança denegada.

(MS nº 17.886 - DF. Primeira Seção do STJ - Rel. Ministra Eliana Calmon -- DJe 14/10/2013)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. Os aprovados em concurso público têm apenas expectativa de direito, em virtude da discricionariedade administrativa, submetendo a nomeação dos candidatos ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, e não viola, destarte, os princípios da isonomia e legalidade. Não há, portanto, qualquer direito líquido e certo aos demais candidatos que, fora das vagas indicadas no edital, seguiram como suplentes na ordem de classificação do certame.

2. Não restaram comprovadas as hipóteses excepcionais como, por exemplo, quando ocorre preterição na ordem de classificação dos candidatos, criação de novos concursos enquanto vigente o anterior, ou na hipótese de contratação de servidores precários para mesmas funções do cargo em que o concurso esteja em andamento.

3. Ainda que novas vagas surjam no período de validade do concurso, - por criação de lei, ou mesmo por força de vacância -, o seu preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 21362/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe 18/04/2012)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA

DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, têm direito à nomeação os candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital de concurso. Quanto aos demais candidatos, não assiste direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas forem surgindo no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância - cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

2. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 34789/PB, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 25/10/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO. NOVO CERTAME APÓS EXPIRAÇÃO DO PRAZO DO PRIMEIRO. POSSIBILIDADE.

1. A aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

2. O surgimento de vaga, dentro do prazo de validade do concurso, não vincula a Administração, que em seu juízo de conveniência e oportunidade, pode aproveitar ou não os candidatos classificados fora do número de vagas previstas no edital.

3. A prorrogação do prazo de validade de concurso é ato discricionário da Administração, sendo descabido o exame quanto à sua conveniência e oportunidade pelo Judiciário.

4. Preenchidas as vagas previstas no edital e expirado o prazo de validade do certame, não há falar em abuso ou desvio de poder referente ao ato que determina a abertura de novo concurso.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 28.915/SP, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 29/04/2011)

Vê-se, pois, que é insustentável a alegação da impetrante de que 2530 cargos de técnico administrativo judiciário teriam sido criados pela Lei nº 12.011/09 durante a vigência do concurso, e, assim, a sua lotação se impunha, porquanto há que se observar o número de cargos existentes na Unidade Administrativa optada pela impetrante por ocasião de sua inscrição e, além disso, ao fato de que os cargos criados pela novel legislação não estão circunscritos àquela Unidade Administrativa optada, mas para todas as Seções Judiciárias do país.

No que pertine à imposição da nomeação da impetrante em decorrência da sua convocação para realização de exames médicos, por representar o reconhecimento da Administração acerca da existência de vaga na referida Unidade Administrativa para a qual optou e a necessidade de provê-la, igualmente é insustentável, na medida em que constitui fase de caráter eliminatório necessário à investidura (aptidão física e mental), antecedente, portanto, ao provimento do cargo, consoante dispõem os artigos 5º, inciso VI, e 14, da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

Art. 5º. São requisitos básicos para investidura em cargo público:

(...)

VI-aptidão física e mental.

(...)

Art. 14. A posse em cargo público dependerá de prévia inspeção médica oficial.

Parágrafo único. Só poderá ser empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo.

O edital do concurso, por sua vez, estabeleceu que:

XV - DO PROVIMENTO DOS CARGOS

O Provimento dos cargos ficará a critério da Administração de cada órgão e se realizará por ato da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, obedecendo-se rigorosamente a ordem de classificação dos candidatos habilitados por Unidade Administrativa de Classificação/Cidade de Prova/Cargo, *desde que considerados aptos nos exames admissionais, em inspeção de saúde física e mental, de caráter eliminatório*, a serem realizados por profissionais do Quadro de Pessoal da Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 3ª Região e/ou profissionais especializados, credenciados pela Administração dos referidos órgãos. (negritei)

Nessa toada, a convocação para realização dos exames médicos não significou a existência de vagas na Unidade Administrativa para preenchimento pela impetrante, mas, respeitado o princípio da eficiência da Administração, o interesse em aproveitar ao máximo o número de candidatos aprovados no certame, sobretudo diante da proximidade da expiração de sua validade, com o escopo de manter completo o quadro disponível de candidatos, já antevendo eventuais desistências ou reprovações.

Em suma, inexistente o direito líquido e certo da impetrante à pretendida nomeação.

Pelo exposto, *denego* a segurança.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RECURSO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM FACE SERVIDOR

0026183-66.2012.4.03.0000

(2012.03.00.026183-0)

Recorrente: ALOE FERNANDES FELIPPE

Recorrido: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: RPADServ 826

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

RECURSO ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO A DECISÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO PROFERIDA EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

I - O C. Órgão Especial desta Corte, valendo-se do disposto no parágrafo único dos arts. 38 e 46 do Regimento Interno, já decidiu reiteradas vezes acerca da impossibilidade de oferecimento de recurso contra as decisões proferidas - já em grau de recurso administrativo - pelos Conselhos. Caso se admitisse tal via de impugnação, estar-se-ia criando uma terceira instância administrativa, não prevista. Nessas hipóteses, poderá a parte, eventualmente, valer-se de ação própria, já que não cabe ao Órgão Especial rever matéria já apreciada pelo CJF-3ª Região, quando do exame de recursos a ele dirigidos.

II - Conforme se extrai do art. 46, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, o recurso administrativo previsto no art. 11, II, "m", é cabível unicamente contra decisões proferidas pelo E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região no exercício de sua *competência originária*, não autorizando, assim, um eventual *segundo* recurso contra decisões prolatadas pelo órgão em *sede recursal*. Precedentes jurisprudenciais.

III - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo interposto por Aloê Fernandes Felipe, a fls. 319/324, contra a decisão monocrática de fls. 299/299vº que negou seguimento ao recurso de fls. 282/290 manejado pelo recorrente, com o objetivo de reformar decisão colegiada do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região que,

dando parcial provimento a recurso em sindicância administrativa, manteve a penalidade de advertência aplicada ao recorrente.

Sustenta que a decisão de fls. 299/299vº encontra-se fundamentada “em premissas que não guardam relação OU QUALQUER SEMELHANÇA com o CASO EM TELA, OU SEJA, tomou por PARÂMETRO, jurisprudência que tem por base DECISÕES EMANADAS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, AO PASSO QUE, NO CASO ORA EM DEBATE, O QUE TEMOS É UMA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, PELO EGRÉGIO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO” (fls. 320/321).

Argumenta, também, que os precedentes citados possuem relação com casos em que se julgava “PEDIDOS FEITOS POR JUÍZES FEDERAIS, E NÃO PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES” (fls. 321).

Aduz que o recurso interposto contra a decisão do E. CJF-3ª Região tem fundamento no art. 11, II, “m”, do Regimento Interno do Tribunal, de modo que competiria ao E. Órgão Especial o julgamento de recursos interpostos contra decisões dos Conselhos (fls. 321/322).

Alega que “na hipótese dos autos, não restou configurado, em nenhum momento, o dolo ou a culpa do servidor ou ainda, qualquer dano ao erário, NÃO HAVENDO, POIS, QUE SE FALAR EM PUNIÇÃO” (fls. 322). Entende incabível a aplicação da penalidade, em vista dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (fls. 323).

Afirma, ainda, que, no voto proferido pelo E. CJF-3ª Região, houve a aplicação da Resolução nº 188/12 do CJF a fatos ocorridos em 2006, o que é incorreto. Entende que aquela decisão também viola o art. 5º, II, da CF e a Lei nº 8.112/90, que não contém previsão da obrigação que se impôs ao servidor.

Requer o provimento do agravo, para que seja julgado o recurso de fls. 282/290, declarando-se a nulidade da penalidade de advertência aplicada (fls. 324).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Cuida-se de agravo interposto contra *decisum* que negou seguimento a recurso voltado contra decisão colegiada do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, em sede de recurso administrativo.

Razão não assiste ao agravante.

Na decisão de fls. 299/299vº, tive a oportunidade de registrar:

O C. Órgão Especial desta Corte, valendo-se do disposto no parágrafo único dos arts. 38 e 46 do Regimento Interno, já decidiu reiteradas vezes acerca da impossibilidade de oferecimento de recurso contra as decisões proferidas - já em grau de recurso administrativo - pelos Conselhos. Caso se admitisse tal via de impugnação, estar-se-ia criando uma terceira instância administrativa, não prevista. Nessas hipóteses, poderá a parte, eventualmente, valer-se de ação própria, já que não cabe ao Órgão Especial rever matéria já apreciada pelo CJF-3ª Região, quando do exame de recursos a ele dirigidos.

Nesse sentido, trago à colação os Acórdãos abaixo, *in verbis*:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO - AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO - RECURSO CONTRA DECISÃO DO CONSELHO PROFERIDA EM SEDE RECURSAL - INADMISSIBILIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Contra decisão proferida pelo Conselho da Justiça Federal da Terceira Região, em sede recursal, não cabe recurso ao Órgão Especial.

2. Recurso não conhecido.”

(PA nº 94.03.030018-3, Rel. Des. Federal Ramza Tartuce, julgado em 24/11/10, v.u., DJ-e 30/11/10)

“RECURSO ADMINISTRATIVO - DECISÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL EM GRAU DE RECURSO - NÃO CONHECIMENTO - PRECEDENTES.

1. Não cabe ao Órgão Especial desta Corte Regional a revisão de decisões emanadas do Conselho da Justiça Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em grau de recurso. Precedentes.

2. Recurso não conhecido.”

(PA nº 2008.03.00.001539-5, Rel. Des. Federal Roberto Haddad, julgado em 29/04/09, v.u., DJ-e 11/05/09)

Em seu recurso, o agravante não apresenta nenhum fundamento apto à reforma da decisão.

Diversamente do alegado pelo recorrente, os julgados transcritos no *decisum* agravado negaram seguimento a recursos interpostos contra decisões do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região - e não do E. Conselho de Administração do Tribunal.

Outrossim, ainda que os precedentes em questão tenham decidido casos envolvendo Juízes Federais, é inegável que a *ratio decidendi* neles esposada aplica-se com perfeição ao presente processo. Note-se, ademais, que este E. colegiado já adotou idêntico entendimento em relação a casos envolvendo servidores públicos, como ocorreu, a exemplo, no julgamento do PA nº 1999.03.00.052486-9, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, v.u., j. em 17/12/99, DJU 28/03/00; e do PA nº 96.03.064140-5, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, v.u., j. 12/12/02, DJU 14/09/06. Confira-se, ainda, a decisão monocrática proferida pelo E. Des. Fed. André Nabarrete, nos autos do PA nº 0023298-45.2013.4.03.0000, em 04/11/13.

Anoto, ademais, que, conforme se extrai do art. 46, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, o recurso administrativo previsto no art. 11, II, “m”, é cabível unicamente contra decisões proferidas pelo E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região no exercício de sua *competência originária*, não autorizando, assim, um eventual *segundo* recurso contra decisões prolatadas pelo órgão em *sede recursal*. Neste sentido, trago à colação precedente deste E. Órgão Especial sobre o tema:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - RECURSO - DECISÃO PROFERIDA PELO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO EM SEDE RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO PELO ÓRGÃO ESPECIAL - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE - ORDEM DENEGADA.

I - Mandado de segurança impetrado contra acórdão proferido pelo Órgão Especial desta Corte, que não conheceu de recurso administrativo interposto contra decisão proferida pelo Conselho da Justiça Federal da 3ª Região em grau de recurso.

II - Não cabe ao Órgão Especial deste Tribunal a revisão de decisões emanadas do Conselho da Justiça Federal quando este órgão já as tenha proferido valendo-se de sua *competência recursal*.

III - A revisão das decisões do Conselho pelo Órgão Especial pode ocorrer quando o ato impugnado seja afeto ao Conselho dentro de sua *competência originária*. “In casu”, trata-

se de decisão proferida em grau recursal, descabendo, por conseguinte, nova rediscussão da matéria na esfera administrativa.

IV - O esgotamento da via administrativa dentro do Poder Judiciário não afasta ou impede a reapreciação da matéria pelo próprio Poder Judiciário, desta feita valendo-se de seu atributo típico, qual seja, o poder jurisdicional.

V - Inexistência de ilegalidade ou abusividade.

VI - Precedentes desta Corte

VII - Ordem denegada.

(MS nº 0031316-94.2009.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, v.u., j. 27/02/13, DJe 05/03/13, grifos meus)

Assim sendo, não merece reparos o *decisum* impugnado.

Outrossim, o não conhecimento do recurso de fls. 282/290, inviabiliza a apreciação das alegações formuladas pelo recorrente com vistas a demonstrar o desacerto da decisão proferida pelo E. CJF-3ª Região.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0014045-96.2014.4.03.0000

(2014.03.00.014045-1)

Agravante: GABRIEL BAIDA GAROFALO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 399/401

Agravante: GABRIEL BAIDA GAROFALO

Agravadas: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB E UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AI 533062

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO. ART. 557, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS AO CARGO DE ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. INAPTIDÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não se verifica vício de legalidade na exclusão de candidato de concurso público, quando se tem que o edital tornou públicos os critérios objetivos de avaliação psicológica, conferindo ao participante do certame efetivo acesso ao resultado do exame, sendo-lhe oportunizada, ainda, apresentação de recurso, devidamente apreciado pela comissão examinadora.

2. Agravo 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, após o voto-vista do Desembargador Federal Mairan Maia, que dava provimento ao agravo interno, o Desembargador Federal Relator retificou seu voto anteriormente proferido para amoldá-lo ao voto-vista, no que foi acompanhado pelo voto do Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, a turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo, nos termos do voto retificado do relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de agravo previsto no art. 557, §1º, do Código de Processo Civil, interposto por Gabriel Baida Garofalo, contra a r. decisão monocrática de f. 399-401.

Alega o agravante, em síntese, que: a) as disposições do edital do concurso não permitem o devido acesso aos documentos e testes que fundamentaram sua reprovação; b) já foi

aprovado em prova de aptidão psicológica em outro concurso, para cargo semelhante ao do presente certame.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

A decisão monocrática de f. 399-401 foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Gabriel Baida Garofalo*, inconformado com a r. decisão proferida às f. 364-371 da ação de rito ordinário nº 0000347-56.2014.4.03.6100, proposta em face da União e do Centro de Seleção e Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESP/UNB) e em trâmite perante o Juízo Federal da 14ª Vara Cível de São Paulo/SP, que indeferiu pedido de antecipação de tutela.

O agravante busca autorização judicial para prosseguir nas demais fases do concurso público para o cargo de Escrivão da Polícia Federal, alegando, em síntese, que:

- a) “o exame psicológico aplicado não avalia devidamente os candidatos, uma vez que o agravante nunca apresentou qualquer problema mental” (f. 8 deste instrumento);
- b) “a decisão de inaptidão, impedindo o exercício do cargo não fundamenta especificamente o motivo do impedimento” (f. 8 deste instrumento);
- c) o recorrente “não teve o acesso necessário à fundamentação de sua reprovação” (f. 10 deste instrumento).

É o sucinto relatório. Decido.

Extraí-se do edital, cuja cópia foi acostada às f. 35-80 dos autos, o caráter eliminatório da avaliação psicológica (item 1.3.1, alínea “e” - f. 36 deste instrumento). Além disso, as condições psicológicas exigidas dos candidatos são disciplinadas pelos anexos III e IV (f. 38 e 77-78 deste instrumento).

No presente caso, à vista do disposto no art. 9º, VII, da Lei nº 4.878/1965, não há vício de legalidade na exclusão do agravante do certame, não havendo, destarte, como acolher a tutela pretendida.

De fato, o edital torna públicos os critérios objetivos de avaliação psicológica do candidato (item 12.3 do edital - f. 48-49). Ao agravante foi conferido efetivo acesso ao resultado do exame (f. 177-122 e 123-128 deste instrumento), sendo-lhe oportunizada, também, apresentação de recurso (f. 129-131), o qual foi devidamente apreciado pela comissão examinadora (f. 132-134). Além disso, a crítica apresentada por psicóloga contratada pelo recorrente quanto aos critérios utilizados pela banca examinadora (f. 135-138 deste instrumento) não autoriza o afastamento das conclusões formalmente alcançadas na avaliação feita pela banca examinadora constituída por psicólogos.

Neste cenário, não cabe ao Poder Judiciário revisar o ato administrativo que excluiu o recorrente do certame. Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS AO CARGO DE ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. PERFIL PROFISSIONAL. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. CANDIDATO CONSIDERADO NÃO APTO. DECRETO Nº 6.944/2009 COM A REDAÇÃO DO DECRETO Nº 7.308/2010. REPROVAÇÃO EM TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. NOVA OPORTUNIDADE. INADMISSIBILIDADE.

1. Essa Corte já firmou entendimento acerca da legalidade da exigência de realização de exames psicotécnicos, desde que: a) sejam elaborados de forma objetiva, b) possam ser recorríveis administrativamente, c) realizados com prévia e pública notícia dos fatores

específicos que serão ponto de análise, dos testes a serem realizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, e, d) identifiquem os especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais.

2. O Decreto nº 6.944 de 21 de agosto de 2009, vedou a realização de exame psicotécnico em concurso público para aferição de perfil profissiográfico. Apenas treze meses depois, em 22/09/2010, foi editado o Decreto nº 7.308, que mudou a redação do art. 14 do Decreto nº 6.944 e acrescentou o artigo 14-A ao referido diploma, suprimindo a vedação à aferição do perfil profissiográfico. Logo, não mais subsiste a anterior vedação à aferição de tal perfil.

3. *Na hipótese, o edital regente do processo seletivo observou a critérios objetivos quanto aos testes psicológicos, além de se ter conferido ao candidato amplo acesso a documentação e laudos técnicos que o consideraram não recomendado.*

4. Quanto ao pedido de aplicação de novo exame de aptidão física, o Supremo Tribunal Federal proclamou entendimento de que a abertura de nova oportunidade a candidato reprovado em exame físico viola o princípio da isonomia (Recurso Extraordinário nº 351.142-4/RS; Rel. Min. Ellen Gracie). Demais disso, não cabe ao Judiciário, salvo as hipóteses de ilegalidade ou desvio de poder, imiscuir-se nos critérios utilizados para a avaliação física do candidato, contidos no edital do concurso, e refutar o resultado do teste, ministrado por profissionais capacitados, que a consideraram inapta no teste físico.

5. *Apelação improvida.”*

(AC 0014421-63.2010.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1092 de 21/06/2013 - sem grifos no original)

“APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PARA ESCRIVÃO DE POLÍCIA FEDERAL - IRRECORRIBILIDADE DO RESULTADO DE EXAME PSICOTÉCNICO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - IMPROVIMENTO.

1. O autor, ora Apelado, teve assegurada sua participação nas demais etapas do concurso público para o cargo de Escrivão da Polícia Federal, mediante liminar deferida na Ação Ordinária nº 95.64995-0 confirmada por sentença transitada em julgado, obtendo aprovação em todas as etapas do certame, inclusive no curso de formação. Em razão disso, ingressou com a presente ação ordinária, objetivando nomeação e posse no referido cargo, tendo sido julgado procedente o pedido, com a confirmação da tutela antecipada deferida.

2. *A avaliação psicológica dos candidatos a cargo no Departamento de Polícia Federal encontra previsão legal (arts. 9º, VII, da Lei nº 4.878/65, 3º, da Lei nº 9.654/98 e 8º, III, do Decreto-Lei nº 2.320/87), não havendo espaço para discricionariedade do Administrador quanto a sua realização ou não.*

3. *É pacífica a orientação jurisprudencial acerca da admissibilidade do psicotécnico no concurso em questão que, por sua vez, não pode ser pautado por critérios subjetivos e sigilosos, tampouco não admitir recursos ou pedido de revisão da avaliação realizada. Precedentes: TRF5, 200983000122546, Des. Fed. Fernando Braga, Segunda Turma, DJE - Data::27/06/2013; AGA 201000675851, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:13/10/2010; TRF1, AGRAC 200634000124875, Des. Fed. JOÃO BATISTA MOREIRA, Quinta Turma, e-DJF1 DATA:17/10/2012.*

4. No caso, consta no edital que o exame psicotécnico consistirá de técnicas psicológicas visando a aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional para a qual se inscreveu, compreendendo a aplicação e avaliação de baterias de testes projetivos, de inventário de personalidade, de nível mental e entrevista, e que para ser considerado apto o candidato deverá se adequar à profissiografia da categoria funcional respectiva.

5. *A noção de comportamento adequado está intimamente relacionada ao cargo específico*

para o qual o candidato concorre, sendo certo que tal conceito jurídico tem previsão não apenas no edital, mas na normatização legal a respeito do concurso.”

(APELRE 200451020015656 APELRE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 429010 Relator(a) Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM Sigla do órgão TRF2 Órgão julgador QUINTA TURMA ESPECIALIZADA Fonte E-DJF2R - Data::24/02/2014 Data da Decisão 11/02/2014 Data da Publicação 24/02/2014 - sem grifos no original)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. CANDIDATO NÃO RECOMENDADO. VALIDADE DO EXAME. ULTERIOR VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DO PERFIL PROFISSIONAL. ART. 14 DO DECRETO 6.944/2009. NOVA REDAÇÃO DADA PELO DECRETO 7.308/2010. RESTRIÇÃO À UTILIZAÇÃO DO PERFIL PROFISSIONAL AFASTADA. APELAÇÃO PROVIDA. I - À vista da autorização constitucional (CF, art. 37, I), é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público destinado ao provimento de determinados cargos ou empregos públicos, desde que prevista em lei (STF, AI 692194 AgR/DF, RE 340413 AgR/RN; STJ. REsp 328748). A exigência do exame psicotécnico no concurso público para o provimento do cargo de escrivão da polícia federal encontra previsão no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 4.878/65 e art. 8º, inciso III, do Decreto Lei nº 2.320/87.

II - Ausente falha da comissão do certame, quanto aos critérios utilizados pela Administração e ao resultado obtido pelo candidato no exame psicotécnico, que em seu proceder cuidou criteriosamente no atendimento aos mandamentos legais e princípios constitucionais, pelo que não se há falar em possibilidade de o Poder Judiciário questionar os critérios e métodos utilizados pelos examinadores, haja vista ser vedado substituir-se à Banca Examinadora, perquirindo critérios de oportunidade e conveniência que incumbem apenas ao administrador.

III - Em cumprimento ao disposto no em cumprimento ao disposto no Edital nº 14/2009, o exame psicológico em questão tomou por base, para a avaliação dos candidatos, o perfil profissional do cargo, o que passou a ser vedado pelo Decreto nº 6.944, de 21/08/2009, o qual dispõe, entre outras coisas, sobre normas gerais relativas a concursos públicos.

IV - Mesmo que se entenda que o Decreto nº 6.944/2009, porquanto editado no uso da atribuição conferida pelo art. 84, VI, alínea ‘a’, da Constituição Federal, configure decreto autônomo e, logo, tenha força normativa para revogar a legislação anterior, ele não pode retroagir para modificar o resultado da prova já realizada e, muito menos, os editais do certame. Ademais, o artigo 14, do Decreto nº 6.944/2009 teve sua redação modificada pelo Decreto 7.308/2010, de tal forma que a restrição à utilização do exame psicotécnico para a aferição de perfil profissional foi afastada.

V - Apelação e remessa oficial providas.”

(PROCESSO: 200983000198459, APELREEX16084/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 13/12/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 16/12/2011 - Página 297 - sem grifos no original)

Ante o exposto, *NEGO SEGUIMENTO* ao recurso, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil.

Portanto, não havendo elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática, mantenho-a por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0016219-78.2014.4.03.0000

(2014.03.00.016219-7)

Agravante: MARIA LUCIA DE MORAES BORGES CALDERONI

Agravado: UNIÃO FEDEAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA SÃO PAULO – SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: AI 534573

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAD. SERVIDOR. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PENALIDADE DESPROPORCIONAL E DESARRAZOADA. AGRAVO PROVIDO.

1. A doutrina e a jurisprudência hodiernamente têm entendido que o controle judicial do ato administrativo que culmine em aplicação de penalidade disciplinar é amplo no que diz respeito ao aspecto da legalidade, podendo alcançar, sobretudo, os motivos que levaram à prática do ato.
2. Nesse sentido, a Administração Pública, assim como o Judiciário, também deve observar na sua atuação os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que são diretamente decorrentes da legalidade.
3. Sendo assim, considera-se ilegal o ato que estabelece uma penalidade grave desproporcional e desarrazoada em relação aos fatos e motivos expostos na decisão.
4. Saliento ainda que não restou comprovado nenhum efetivo prejuízo à Administração Pública em razão do exercício da atividade de docência pela agravante, razão pela qual me parece desproporcional e desarrazoada a aplicação da medida imposta.
5. É importante ressaltar que as penas de demissão e cassação de aposentadoria são as mais graves que podem ser aplicadas ao servidor, de modo que os fatos ensejadores de tais punições são aqueles que realmente se destacam das ocorrências que comumente se vê no serviço público, do contrário, acaba-se banalizando o ato de punir.
6. Ainda, os atos que caracterizam a improbidade administrativa são aqueles que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário ou que contrariam os princípios da Administração Pública, consoante dispõe a Lei 8.429/92, o que *in casu* não restou comprovado.
7. De outra ponta, a desídia capaz de ensejar penalidade assaz grave é aquela contumaz, corriqueira, em que fica evidenciado verdadeiro abuso por parte do servidor e, consequentemente, causa verdadeiro prejuízo e transtorno à continuidade da prestação do serviço público, o que também não se evidenciou.
8. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

ao agravo para que seja restabelecido o pagamento dos proventos da agravante até decisão final na ação anulatória e julgo prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo interposto por Maria Lúcia de Moraes Borges Calderoni contra decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada.

O presente recurso foi extraído dos autos da ação anulatória nº 0002699-84.2014.4.03.6100 promovida pela agravante em face da União Federal em razão de processo administrativo disciplinar que culminou com a cassação de sua aposentadoria.

Nos autos principais foi feito pedido de tutela antecipada para: a) retirar a negativação da agravante do Portal da Transparência, pois a pena expulsória não é definitiva, já que pende julgamento de recurso; e b) determinar à União que retome os pagamentos da aposentadoria da agravante até a decisão definitiva, tendo sido, todavia, indeferido.

Narra a inicial do agravo que foi imputada à agravante a prática de improbidade administrativa, porque:

a) teria se ausentado de suas atividades de auditora fiscal, em razão de licenças médicas e por motivo de doença em família, sendo que exercia nesse período atividade remunerada no Instituto Sedes Sapientiae; e

b) atuava como docente, desde 01/11/1994, na área de psicologia no Instituto Sedes Sapientiae concomitantemente ao seu horário de trabalho como auditora fiscal.

Sustenta que os fatos a que se refere o PAD datam de 1999 e que não provocaram nenhum prejuízo ao erário.

Afirma que, atualmente, o processo encontra-se em fase de apreciação de recurso de reconsideração, o qual ainda não foi apreciado, e que, apesar disso, foi imposta a pena de cassação de aposentadoria com supressão de seus proventos.

Defende que está comprovada a verossimilhança das alegações, tendo em vista a desproporcionalidade da pena e por não estar caracterizado nenhum ato de improbidade administrativa, bem como o dano de difícil reparação reconhecido pelo Juízo *a quo*.

Requer a liminar para que seja determinado o restabelecimento dos proventos da agravante até decisão final na ação anulatória.

A liminar foi deferida.

Contra essa decisão a União Federal interpôs agravo regimental.

Contraminuta às fls. 528/532.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

Consta dos autos que, em razão de desídia e da prática de ato de improbidade administrativa, foi decretada a cassação da aposentadoria da agravante, uma vez que atuava concomitantemente como Auditora Fiscal da Receita Federal e docente com vínculo empregatício em entidade privada na área de psicologia, em horário comercial, inclusive durante períodos de licenças.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário somente pode ocorrer no âmbito da legalidade, não se permitindo adentrar no controle do mérito.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência hodiernamente têm entendido que o controle judicial do ato administrativo que culmine em aplicação de penalidade disciplinar é amplo no que diz respeito ao aspecto da legalidade, podendo alcançar, sobretudo, os motivos que levaram à prática do ato.

Nesse sentido, a Administração Pública, assim como o Judiciário, também deve observar na sua atuação os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que são diretamente decorrentes da legalidade.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal.

[...]

Outro ponto importante a ser observado reside na necessária obediência da Administração ao princípio da proporcionalidade (ou adequação punitiva), atualmente inegável garantia do administrado ou servidor contra abusos de autoridade. Significa que a aplicação desproporcional de penalidade mais grave do que exigiria a infração funcional constitui ato ilegal, suscetível de anulação na via administrativa ou judicial, sem prejuízo, é claro, da possibilidade de ser aplicada a sanção adequada à conduta ilícita.

(in Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, Editora Atlas, p. 40 e 984)

Sendo assim, considera-se ilegal o ato que estabelece uma penalidade grave desproporcional e desarrazoada em relação aos fatos e motivos expostos na decisão.

Da análise dos documentos acostados ao presente instrumento, entendo que a atuação da Administração Pública foi desproporcional e desarrazoada.

Com efeito, a agravante exerceu atividade de Auditora Fiscal junto à Receita Federal durante 23 anos, tendo ingressado no Serviço Público Federal em abril de 1987 e vindo a se aposentar em 20/12/2010.

Durante esse período, a servidora atuou paralelamente como docente na área de psicologia no Instituto Sedes Sapientiae, em que era contratada como empregada.

Primeiramente, alega-se no PAD que, no caso, não havia compatibilidade de horários, razão pela qual a acumulação de cargos era ilegal, consoante dispõe o artigo 37, XVI, da Constituição Federal.

Observe, contudo, que, das provas dos autos, sobretudo a testemunhal, os horários de trabalho eram facilmente ajustáveis de modo a serem compatíveis entre si.

Como asseverou o próprio denunciante Cléber Ramos da Silva, em seu depoimento prestado durante a instrução processual, a servidora exercia atividade de fiscalização externa, estava dispensada da assinatura do livro de ponto e não havia um horário predeterminado de trabalho, contanto que fossem cumpridas as 8 horas diárias.

11) Indagado se em razão de suas atividades funcionais a Sra. Maria Lúcia tinha que assinar ou estava dispensada da folha de ponto, respondeu que a servidora estava dispensada da assinatura da sua folha de ponto, que o único formulário que ela tinha que assinar era o referente à indenização de transporte, que também era assinado pelo chefe de equipe, que no caso era o depoente; que também tinha que preencher o RHAF informando as horas aplicadas a cada procedimento fiscal em cada mês; 12) Indagado se existe alguma determinação sobre qual período que deve ser utilizado para aplicar as horas trabalhadas na fiscalização para o preenchimento do RHAF, respondeu que não há um período determinado para que seja aplicada as horas trabalhadas na fiscalização, desde que seja aplicada 8 horas para cada dia útil no mês. (fl. 205 do volume 2 do PAD constante da mídia à fl. 204)

Vê-se, pois, que havia certa flexibilidade no exercício da atividade de fiscalização, inclusive, quanto ao horário de trabalho, o que provavelmente permitia a atuação da servidora como docente sem nenhum prejuízo ao serviço público, até mesmo porque, segundo consta dos autos, a carga horária de trabalho no Instituto Sedes Sapientiae variava de 2 a 10 horas semanais, as quais eram distribuídas durante os dias da semana de maneira flexível, conforme se depreende do documento às fls. 184/185 e do interrogatório da agravante às fls. 246/251 do vol. 2 do PAD constante da mídia à fl. 204.

Ademais, são extremamente descabidas as alegações do denunciante quanto a eventual necessidade de a servidora comunicar-lhe o vínculo empregatício que possuía fora do serviço público, ou quanto ao fato de que exercer atividades paralelas às da Receita Federal poderiam comprometer o seu rendimento na fiscalização.

A uma porque não há qualquer norma que determine a necessidade de a servidora informar suas atividades pessoais ao superior hierárquico, como, aliás, o próprio denunciante Cléber admitiu. A duas porque, sendo cumpridas as 8 horas diárias de trabalho, não há qualquer ilegalidade na dificuldade encontrada pela agravante no exercício da atividade de fiscalização.

Anote-se que em seu depoimento o denunciante afirma que jamais teve uma conversa específica com a servidora sobre dificuldades que ela estaria encontrando no trabalho, aduzindo ainda que o trabalho era de fato complexo, mas que a sua equipe cumpria cerca de 75% das metas.

Portanto, nesse ponto, a princípio, nada de ímprobo ou desidioso pode ser atribuído à servidora.

Alega-se também que a agravante tirou licenças médicas e licenças em razão de doença em pessoa da família, conforme demonstram os documentos de fls. 264/268 do volume 2 do PAD constante da mídia à fl. 204, mas que teria atuado como docente nesse período.

Todavia, como já mencionado acima e como informou o próprio Instituto Sedes Sapientiae, além de haver declarações da servidora nesse sentido, os horários de trabalho como docente eram flexíveis, sendo certo que o fato de o nome da agravante constar no site do instituto não permite ter absoluta certeza de que ela tenha de fato participado dos eventos ali anunciados. Veja-se trecho do interrogatório:

Diz a interrogada que a *atividade no Instituto Sedes Sapientiae era pouco tempo, extremamente flexível*, não lembra de cada situação, mas em alguns momentos que esteve sem condições de trabalhar a semana inteira, para ir trabalhar poucas horas ela conseguia e ia,

tinha muita flexibilidade, tinha semanas que não ia, em outras ia, quando estava boa, sempre teve flexibilidade do Instituto Sedes Sapientiae.

[...]

PERGUNTA Nº 11: No ano de 2009, a interrogada ausentou-se das atividades de auditora fiscal por 322 (trezentos e vinte e dois) dias por licença para tratamento de saúde, qual a enfermidade sofrida? Nesse mesmo ano, consta nos autos que a interrogada trabalhou durante 52 (cinquenta e dois) dias no Instituto Sede Sapientiae, fl. 221, além de coordenar o grupo de estudo “Introdução à Psicanálise e a Psicopatologia Psicanalítica”, fl. 117. O que a interrogada tem a dizer sobre o assunto? RESPOSTA: Diz a interrogada que foi em janeiro de 2009 foi assaltada e agredida violentamente por uma pessoa que tentou entrar em sua casa e que quebrou o vidro de seu carro e a machucou, que conseguiu fugir, que foi terrível, que chamou a polícia, que esta disse que era um drogado, depois disso, além de ter dor nas costas, entrou em processo de pânico, que a psiquiatra disse ser estresse pós traumático, que ficou muito desestruturada, que demorou a se recuperar; *diz que não coordenou o citado grupo, que foi divulgado na internet mas que não estava trabalhando, que no Instituto Sedes Sapientiae trabalhou com redução muito grande de carga horária, que não estava em condições de trabalhar completamente*, que não aparecia, às vezes ia de forma mais pontual, que isso foi acolhido por causa de sua doença, e que acabou combinando com o Instituto Sedes Sapientiae que, como recebeu salário em 2009, em 2010 e 2011 seu salário seria reduzido, para pagar, compensar o que não trabalhou em 2009, diz que poderia ter apresentado no Instituto Sedes Sapientiae o atestado que apresentou na RFB mas que não apresentou para não ter insanidade mental por ficar em casa, quando ia ao Instituto Sedes Sapientiae ficava pouco, tem períodos que ia pouco, mas não tinha condições nenhuma de trabalhar 40 horas semanais, que sua psiquiatra sabia que sua atividade na RFB era o dia inteiro, que ela podia trabalhar pouco, que esse ano foi muito precário, que o Instituto Sedes Sapientiae reduziu seu salário em 2010 para compensar o que recebeu em 2009 e não trabalhou; acrescenta que com certeza apresentou atestados no Instituto Sedes Sapientiae de 10, 15 dias, mas não entrou em auxílio-doença; (fls. 246/251 do volume 2 do PAD constante da mídia à fl. 204)

Acrescente-se que com exceção da licença deferida no ano de 2009, todas as demais licenças foram pontuais e referentes a doenças corriqueiras (*vide* fls. 264/268 do volume 2 do PAD constante da mídia à fl. 204), as quais, apesar de ensejarem o afastamento formal do servidor na função pública, não necessariamente ensejam a mesma formalização junto ao empregador privado, que, sabidamente, é bem menos burocrático.

Além disso, é de se anotar que o fato de o servidor tirar licença médica não exige que ele fique afastado de toda e qualquer atividade, até mesmo porque uma doença pode impedir a pessoa de exercer determinado ofício, mas não a impedir de exercer outro.

Saliento ainda que não restou comprovado nenhum efetivo prejuízo à Administração Pública em razão do exercício da atividade de docência pela agravante, razão pela qual me parece desproporcional e desarrazoada a aplicação da medida imposta.

É importante ressaltar que as penas de demissão e cassação de aposentadoria são as mais graves que podem ser aplicadas ao servidor, de modo que os fatos ensejadores de tais punições são aqueles que realmente se destacam das ocorrências que comumente se vê no serviço público, do contrário, acaba-se banalizando o ato de punir.

Ainda, os atos que caracterizam a improbidade administrativa são aqueles que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário ou que contrariam os princípios da Administração Pública, consoante dispõe a Lei 8.429/92, o que *in casu* não restou comprovado.

De outra ponta, a desídia capaz de ensejar penalidade assaz grave é aquela contumaz,

corriqueira, em que fica evidenciado verdadeiro abuso por parte do servidor e, consequentemente, causa verdadeiro prejuízo e transtorno à continuidade da prestação do serviço público, o que também não se evidenciou.

Vejam-se abaixo casos semelhantes ou mesmo mais graves em que foi afastada a pena de demissão:

..EMEN: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSOR-ADJUNTO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO COM OUTRO CARGO DE PROFESSOR DA REDE PRIVADA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APURAÇÃO DE ATOS DE INSUBORDINAÇÃO. PENA DE DEMISSÃO DESPROPORCIONAL E DESARRAZOADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITO MODIFICATIVO PARA CONCEDER A ORDEM DE SEGURANÇA. 1. A jurisprudência do STJ admite, excepcionalmente, a concessão de efeito modificativo ao julgado em embargos de declaração. 2. É sabido que em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, fundadas no devido processo legal, decorrem da legalidade, por isso que podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, quando provocado a fazê-lo. 3. A pena de demissão deve ser revista pelo Poder Judiciário, quando desarrazoada e desproporcional ao fato apurado no PAD, o que ocorreu nos presentes autos. Precedentes do STJ. 4. Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo para conceder a ordem de segurança. ..EMEN:

(STJ, Terceira Seção, EDMS 200400123568, Celso Limongi, DJE 03/08/2009)

..EMEN: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MILITAR. EXCLUSÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS DE DEFESA E ACUSAÇÃO. INVERSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS PELA COMISSÃO PROCESSANTE. IRRELEVÂNCIA PARA O RESULTADO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE AFASTADA. COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR. COMPETÊNCIA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. ATO DEMISSIO-NAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. PENALIDADE. EXCLUSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. [...] V - Inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedentes: MS 13.716/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13/02/2009; MS nº 12.957/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 26/9/2008; MS nº 12.983/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJ de 15/2/2008). VI - Esta c. Corte pacificou entendimento segundo o qual, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e individualização da pena (Precedentes: MS 13.716/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13/02/2009 MS nº 8.693 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/5/2008; MS nº 7.260 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 26/8/2002 e MS nº 7.077 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11/6/2001). VII - Na espécie, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de exclusão imposta ao recorrente, tendo em vista os antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao serviço público, bem como a comprovada boa-fé. [...]

(STJ, Quinta Turma, ROMS 200802788050, Felix Fischer, DJE 30/03/2009)

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICO. ANULAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DEMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELAS REMUNERAÇÕES NÃO PERCEBIDAS. CABIMENTO. DANOS MORAIS INDEVIDOS. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS 1. Conquanto não caiba ao Poder Judiciário examinar a

conveniência ou oportunidade da aplicação das sanções administrativas, cabe-lhe examinar a legalidade, o que importa em verificar se adequada a pena aos fatos apurados, dentro dos contornos da razoabilidade e proporcionalidade, expressamente previstos no art. 2º da Lei 9.784/99. 2. Na imposição da pena disciplinar, deve a autoridade observar o princípio da proporcionalidade, confrontando a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de responsabilidade do servidor e seus antecedentes, de forma a demonstrar a adequação da sanção aplicada (art. 128 da Lei 8.112/90). 3. A conduta da autora não implicou dano ao erário nem consubstanciou comportamento padronizado. Deve sopesar-se, ainda, as condições adversas e desfavoráveis da região em que a autora atuava, cuja base territorial compreendia 23 Municípios (Vara do Trabalho de Tocantinópolis) e 31 Municípios (Vara do Trabalho de Guaraí. 4. Não houve, por parte da servidora, desvio de poder (abuso na finalidade do ato), vertente mais grave de abuso de poder administrativo. Ou seja, a autora cometeu irregularidades precipuamente internas à entidade, que não lhe trouxeram proveito pessoal algum, revelando a baixa reprovabilidade de sua conduta. 5. Nesse sentido, a pena de demissão aplicada à autora não guardou proporcionalidade e razoabilidade aos fatos ocorridos. A desídia a ser considerada para a demissão é aquela contumaz, decorrente de sucessivos e injustos descumprimentos dos deveres funcionais, capaz de causar prejuízo ou transtorno ao serviço público. 6. Evidenciado o excesso na aplicação da penalidade, deve ser afastada a pena de demissão, ficando ressalvado à Administração o direito de renovar o PAD na forma prevista na Lei nº 8.112/90. 7. Tem a autora o direito de ser reintegrada no seu cargo, com o reconhecimento de seu período de afastamento para todos os fins e indenização pelas remunerações não percebidas no período de afastamento e demais consectários remuneratórios (13º salário, férias e progressões funcionais). 8. Juros e correção monetária na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal em vigor à época da atualização. 9. Danos morais indevidos, visto que a decisão aqui proferida apenas censura a proporcionalidade da sanção aplicada, não negando a prática do ilícito pela apelante, ausente, na espécie, responsabilidade por parte da Administração. 10. Honorários de advogado fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação. 11. Apelação da autora parcialmente provida. Tutela antecipada concedida.

(TRF1, Primeira Turma, JUIZ FEDERAL MIGUEL ANGELO DE ALVARENGA LOPES (CONV.), e-DJF1 DATA: 04/04/2014 PAGINA: 608)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EFETIVO DE TÉCNICO EM CONTABILIDADE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA. PENALIDADE DE DEMISSÃO. INAPLICABILIDADE. OBSERVÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E DOS ANTECEDENTES FUNCIONAIS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. LEI 8.112/90. 1. “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos causados que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. Inteligência do artigo 128 da Lei 8.112/90. 2. Embora o servidor tenha recebido indevidamente diárias relativas a deslocamentos desnecessários entre a sede de sua lotação para outros locais, sem a devolução espontânea ao erário público de tais valores, a aplicação da pena de demissão se revelaria atentatória aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 3. Impedido o autor de exercer a sua atividade funcional, com prejuízo para sua subsistência e de sua família, caracterizado está o *periculum in mora*. 4. Agravo de Instrumento não provido.

(TRF5, AG 200505000162589, Quarta Turma, Desembargador Federal Marcelo Navarro, DJ 14/03/2007)

Dessa forma, entendo estar presente a verossimilhança do direito alegado e, como o próprio Juiz *a quo* reconheceu, também está evidenciado o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação, haja vista “que a cassação do pagamento de aposentadoria pago à parte-

autora certamente é capaz de afetar o acesso a bens e serviços relevantes”.

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo para que seja restabelecido o pagamento dos proventos da agravante até decisão final na ação anulatória e julgo prejudicado o agravo regimental.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO**0030200-77.2014.4.03.0000****(2014.03.00.030200-1)**

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE MATO GROSSO DO SUL - COREN/MS

Agravada: UNIMED CAMPO GRANDE MS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 546322

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Enfermagem de Mato Grosso do Sul contra a decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela em ação civil pública nestes termos:

Trata-se de pedido de medida liminar, em sede de ação civil pública, pelo qual pretende o autor provimento jurisdicional que determine “que todos os transportes de pacientes com as ambulâncias do serviço SOS UNIMED, ou qualquer outra nomenclatura que venha a ter, passem a ser realizados com a presença de enfermeiro na tripulação da ambulância”.

Como fundamento de tal pedido, argumenta que, através de fiscalização, constatou-se que, apesar dos prazos concedidos para adequação ao normativo da Resolução COFEN nº 375/2011, a ré, durante a prestação do serviço denominado SOS UNIMED, não mantém em suas ambulâncias um enfermeiro, eis que “saem para resgate de pacientes sendo tripuladas somente por um profissional de enfermagem de nível médio (técnico ou auxiliar de enfermagem), um socorrista/motorista e, quando necessário, um médico que esteja de plantão na equipe de pronto atendimento.” Afirma que existe um enfermeiro na equipe, responsável administrativo, o que impossibilita que ele acompanhe, na ambulância, todos os atendimentos.

Defende, outrossim, que a sistemática adotada pela ré afronta a Resolução COFEN nº 375/2011, bem como a Lei nº 7.498/86 e a Portaria nº 356/2013, do Ministério da Saúde.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 18/230.

Instada, a ré pugnou pelo indeferimento do pedido, defendendo, em resumo, que o autor não detém competência para ingerir em suas atividades; que não há previsão legal de atuação exclusiva de enfermeiros nas ambulâncias do serviço SOS UNIMED; e, que possui equipe altamente capacitada, inexistindo necessidade de que tenha um enfermeiro em todos os atendimentos das ambulâncias (fls. 237/239).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da tutela antecipatória pleiteada (fls. 281/282).

É o relato do necessário.

Decido.

Na espécie, o deferimento do provimento jurisdicional vindicado em sede de liminar pressupõe a existência concomitante dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Neste primeiro juízo de cognição sumária, tenho que não está suficientemente demonstrado aquele primeiro requisito.

Conforme se infere da própria inicial, a ré mantém um enfermeiro como responsável administrativo do serviço de que se trata (SOS UNIMED).

Tal fato é, pois, incontroverso. A controvérsia entabulada diz respeito à necessidade, ou não, de que em todos os atendimentos as ambulâncias contem com a presença de um enfermeiro

em sua tripulação.

A Lei nº 7.498/86 assim dispõe:

[...]

Do que se extrai da lei que regulamenta a profissão da enfermagem, ao menos em princípio, não vislumbro a obrigação, por parte da ré, em manter na tripulação das ambulâncias do serviço SOS UNIMED, um enfermeiro. Para adequar-se às regras acima transcritas, a ré deve sim manter em seus quadros um profissional enfermeiro para orientar e supervisionar as atividades desempenhadas pelos técnicos e auxiliares de enfermagem que atuam nesses serviços; o que, do que consta da própria inicial, está sendo observado pela ré (há enfermeiro responsável por esses serviços).

Registro que, conforme se infere dos dispositivos legais acima transcritos, as atividades desenvolvidas pelos profissionais de nível técnico (auxiliar e técnico de enfermagem) devem ser supervisionadas e orientadas pelo enfermeiro, não havendo obrigação de que este fique presente, o tempo todo, em serviços externos, de ambulância, acompanhando os serviços daqueles. No que tange à Resolução nº 375/2011, tenho que ao dispor que “a assistência de Enfermagem em qualquer tipo de unidade móvel (terrestre, aérea ou marítima) destinada ao Atendimento Pré-Hospitalar e Inter-Hospitalar, em situações de risco conhecido ou desconhecido, somente deve ser desenvolvida na presença do Enfermeiro”, o Conselho Federal de Enfermagem está desbordando seus limites normativos, eis que, ao menos em princípio, tal obrigatoriedade não encontra respaldo na lei que regulamenta a profissão de enfermagem.

Ademais, a Portaria nº 356/2013, do Ministério Público de Saúde, trata apenas do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência - SAMU; ou seja, não é direcionada aos serviços de transporte particular, e, por isso, não poderá servir de embasamento para compelir a ré a observá-la.

A respeito da não obrigatoriedade de se manter enfermeiro na tripulação de unidades móveis, transcrevo, porque pertinente, a ementa já colacionada pela ré em sua manifestação:

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE GOIÁS. UTIS MÓVEIS. NECESSIDADE DA PRESENÇA DE PROFISSIONAL ENFERMEIRO. AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO LEGAL. UTILIZAÇÃO DE TÉCNICO OU AUXILIAR DE ENFERMAGEM SOB A SUPERVISÃO DE PROFISSIONAL ENFERMEIRO. POSSIBILIDADE.

1. A lei 7.498/86, a qual dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, não obriga a presença de um profissional enfermeiro em cada Unidade de Tratamento Intensivo Móvel.

2. A equipe das UTIs móveis pode ser composta por um motorista, um médico intensivista e um técnico ou auxiliar de enfermagem, desde que a empresa possua um profissional enfermeiro para coordenar os demais profissionais de enfermagem de nível médio.

3. A presença de um enfermeiro em cada ambulância, apesar de qualificar a equipe com mais um profissional de nível universitário, não é exigida pela Lei 7.498/86, a qual obriga apenas que as empresas tenham um profissional enfermeiro na direção do órgão de enfermagem.

4. Apelação a que se nega provimento”. - destaquei

(AC 200435000071130, JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, TRF1 - 7ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:04/11/2013 PAGINA:287.)

Ausente, portanto, o *fumus boni iuris*.

Diante do exposto, indefiro o pedido de tutela antecipada.

No mais, aguarde-se a vinda da contestação.

Intimem-se. Ciência ao Ministério Público Federal.

Nas razões recursais a agravante reitera que a obrigatoriedade da presença de enfermeiro durante o transporte de pacientes em ambulâncias decorre da própria Lei nº 7.498/86 e do exercício do poder regulamentar do COGEN que lhe é concedido pela Lei nº 5.905/73.

Insiste em que não bastam a orientação e a supervisão à *distância* praticadas pelo enfermeiro, sendo certo que tal profissional deve, sim, estar presente durante a realização

de procedimentos de cuidado de saúde ao paciente, especialmente em casos graves como os transportes em ambulância.

Destaca, por fim, que a Resolução COFEN nº 375/2011 foi expedida dentro do poder regulamentar do Conselho, e que se a Portaria nº 356/2013 do Ministério da Saúde exige a presença de enfermeiro nas remoções efetuadas pelo SAMU, com muito mais razão deve ser atendida a mesma exigência no atendimento particular.

Decido.

Se a Portaria nº 356/2013 do Ministério da Saúde impõe a presença de enfermeiro nas remoções efetuadas pelo SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência), não há porque as entidades privadas de prestação suplementar de saúde - que buscam apenas o intuito do LUCRO - sejam eximidas da mesma obrigação.

Ademais, a Lei 7.498/86, ao especificar as atribuições das categorias de Enfermagem, deixa claro ser necessária a presença de enfermeiro em situações onde existe a prestação de cuidados diretos a pacientes graves e com *risco de vida* (art. 11, I, "I").

Deveras, o enfermeiro presta todos os cuidados próprios da Enfermagem, capacitado para os cuidados de maior complexidade técnica que exigem conhecimentos científicos e capacidade de tomar decisões; enquanto isso, pela natureza própria de sua formação profissional, o técnico de enfermagem presta cuidados mais simples e ainda sob orientação, supervisão e direção do enfermeiro.

Sucedem que a *ambulância de resgate* é o veículo de atendimento de emergências hospitalares de pacientes com risco de vida ou em estado aparentemente grave de saúde; o veículo deve possuir equipamentos necessários à manutenção da vida. Portanto, é insuficiente que - ao contrário do que o Ministério da Saúde impõe ao SAMU - as ambulâncias de pronto-socorro de plano de saúde privado, ao saírem para resgate de pessoas que se encontram sob grave periclitância da vida e saúde, sejam tripuladas apenas por *um profissional de enfermagem de nível médio (técnico ou auxiliar de enfermagem) e um socorrista/motorista*.

Não se pode esquecer que o tempo decorrido e a assistência prestada *entre o momento de um evento lesivo e a admissão hospitalar da vítima* é considerado *fator relevante* para reduzir a morbimortalidade das vítimas; por isso que os serviços de urgência/emergência prestados nesse crucial interregno de tempo é importantíssimo, assomando a necessidade de grande qualidade e competência nesses serviços. Por isso que o Ministério da Saúde providenciou o aumento de qualidade das tripulações das ambulâncias, fazendo incluir um enfermeiro.

Nesse cenário, é claro que o mesmo deve ocorrer nas ambulâncias e remoções de urgência/emergência prestados - a alto custo financeiro debitado aos usuários de planos de saúde e assemelhados - de modo privado.

Não se verifica incompatibilidade entre a determinação do COFEN ventilada na Resolução nº 375/2011 ("A assistência de Enfermagem em qualquer tipo de unidade móvel (terrestre, aérea ou marítima) destinada ao Atendimento Pré-Hospitalar e Inter-Hospitalar, em situações de risco conhecido ou desconhecido, somente deve ser desenvolvida na presença do Enfermeiro" - art. 1º) e a Lei 7.498/86 que deixa claro ser necessária a presença de enfermeiro em situações onde existe a prestação de cuidados diretos a pacientes graves e com risco de vida.

Se a unidade móvel de atendimento de urgência/emergência destina-se a paciente/vítima em situação concreta de periclitância da vida ou da saúde, em cenário de risco, portanto, não é absurdo que - assim como já faz o Poder Público em relação a ambulâncias do SAMU - o COFEN possa exigir a presença de enfermeiro naquelas unidades quando são mantidas pelos

particulares.

O *fumus boni iuris* está presente, e o *periculum in mora* é notório porquanto as unidades móveis estão em franca atividade.

E não custa lembrar que um precedente do TRF/1ª Região (AC: 70833920044013500 GO 0007083-39.2004.4.01.3500, Relator: JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, Data de Julgamento: 15/10/2013, 7ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.287 de 04/11/2013) por mais respeitável que seja não inibe os Desembargadores da 3ª Região de pensarem o contrário.

A agravada deverá cumprir esta decisão a partir do 15º dia após a publicação deste *decisum* no Diário Oficial, sob pena de multa diária que fixo em R\$ 500,00, a favor da autarquia agravante (esses valores devem ser revertidos, exclusivamente a quem sofreu o prejuízo decorrente do desrespeito à decisão judicial impositiva da multa - AgRg no AREsp 575.721/MG).

Comunique-se *incontinenti*.

À contraminuta.

Após, ao MPF.

Publique-se.

São Paulo, 15 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0031349-11.2014.4.03.0000

(2014.03.00.031349-7)

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE FRANCA - SP

Parte Autora: DAVI MIGUEL SILVA GAMA (incapaz)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: SLAT 2995

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/01/2015

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida nos seguintes termos (fls. 71/73):

Diante do exposto, havendo prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado pelo autor, bem ainda o justo receio de dano irreparável se o demandante tiver de aguardar até mesmo a finalização da instrução probatória, ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA pleiteada, determinando à União que providencie e custeie, integralmente, tudo o que for necessário para que o autor seja submetido a uma cirurgia de transplante de intestino e aos respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical* situado em Miami, Estado da Florida, nos Estados Unidos da América, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital do exterior recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e seus critérios de espera pelo transplante.

Face à experiência com o caso Sophia, a União não poderá, em nenhuma hipótese, deixar de iniciar ou interromper as providências cabíveis alegando ignorância das questões burocráticas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal de quem lhe der causa. Pelo mesmo motivo, este Juízo desde já determina à União que auxilie pró-ativamente o autor e seus pais junto ao Departamento de Polícia Federal, para a expedição dos passaportes de emergência, nos termos do artigo 13 do Decreto nº 5.978/2006, sem o pagamento das taxas, dada a condição de pobreza da família.

Deverá a União auxiliar o autor e seus genitores na obtenção do visto junto às autoridades norte-americanas, inclusive solicitando urgência em virtude da gravidade da situação da saúde do autor, podendo se valer de seu serviço diplomático.

Por fim, deverá providenciar a remoção via aérea pelo menos de Ribeirão Preto-SP, com aeronave equipada com o necessário à manutenção da vida do autor durante o traslado, sem prejuízo da remoção rodoviária até o aeroporto, com os mesmos cuidados.

A União deverá providenciar os depósitos em dinheiro que forem eventualmente exigidos pelo hospital norte-americano, bem ainda a adequada instalação da família (aqui entendida o autor e seus genitores), com o fornecimento de residência próxima ao nosocômio ou eventual alojamento dentro do próprio complexo hospitalar.

Este Juízo assinala o prazo de 15 (quinze) dias para que sejam tomadas as providências cabíveis para a remoção da criança ao exterior e sua internação no referido hospital, sendo que qualquer fato externo que venha a elatencer tal prazo deverá ser cumpridamente demonstrado, sempre no prazo de 24 horas da ocorrência, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil. Tais prazos serão contados da efetiva intimação (e não da juntada aos autos).

É uma síntese do necessário.

“Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, diz o artigo 4º, da Lei Federal nº 8.437/92.

No caso concreto, *há manifesto interesse público e grave lesão à ordem e à economia públicas*, a justificar o deferimento do pedido de suspensão.

A criança, nascida em 12 de março de 2014 (fls. 38), é portadora de doença de inclusão microvilositária (fls. 41), patologia grave e rara, cujo tratamento exige o transplante do intestino.

Do nascimento até 6 de outubro de 2014 - data da distribuição da petição inicial, no Juízo Federal de origem (fls. 18) - a criança recebeu atendimento médico, em hospitais brasileiros públicos ou universitários, com a assistência técnica disponível.

A documentação juntada aos autos prova o cuidado e o tratamento dispensados ao menor pela rede pública brasileira de serviço médico, nas cidades de Franca e Ribeirão Preto (SP).

A petição inicial da ação notícia, entretanto, que a cura da criança depende de cirurgia altamente sofisticada, inexistente no Brasil, mas realizada, com indicadores de êxito, em hospital de Miami (EUA).

Recebida a petição inicial, no Juízo de origem, *Juiz Federal Substituto* prolatou a seguinte decisão (fls. 56):

Sem prejuízo, devido à urgência da apreciação do pedido antecipatório, determino que se oficie ao setor responsável pela realização de cirurgia pediátrica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, o Hospital das Clínicas da Universidade de Campinas e CAISM, vinculado à Universidade de Campinas, requisitando que informem, no prazo de 05 (cinco) dias, se existe a viabilidade técnica da realização do procedimento postulado nestes autos nesses hospitais, no âmbito do Sistema Único de Saúde, caso haja indicação médica para tanto.

Deverão ainda estas entidades informar a taxa de sucesso na realização do referido procedimento, a expectativa de sobrevida e se possuem ciência acerca da existência de eventual benefício em sua realização no hospital indicado na petição inicial, a saber, Jackson Memorial Medical, sediado em Miami-Flórida, Estados Unidos, no que tange aos aspectos mencionados (expectativa de sobrevida, taxa de sucesso).

Devido a exiguidade do prazo ora concedido, a consulta ora formulada se refere à possibilidade, em tese, de realização do procedimento, que não dispensará, obviamente, a apreciação da situação concreta, seja pelo médico assistente da parte autora, seja pelos responsáveis pela realização do procedimento.

Com a resposta do Hospital de Clínicas, da Universidade Estadual de Campinas, *sem* a manifestação do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HCFMUSP), *outro Magistrado - Juiz Federal* - concedeu a tutela antecipada aqui questionada.

Na fundamentação, Sua Excelência explicou que o pedido judicial de informações ao HCFMUSP precisou ser complementado por dados objetivos do prontuário médico da criança.

Afirmou, ainda, que aguardaria a resposta do HCFMUSP até o dia 20 de outubro de 2014 (fls. 62), quando, então, decidiria o pedido cautelar.

Sem a manifestação do HCFMUSP, concedeu a tutela antecipada no dia 20 de outubro de 2014.

No dia seguinte - 21 de outubro de 2014 -, chegou aos autos a opinião técnica colhida junto ao HCFMUSP, cuja elaboração ocorreu em 17 de outubro de 2014 (fls. 74/76).

O documento produzido no HCFMUSP, subscrito pelo Professor Uenis Tannuri, Titular de Cirurgia Pediátrica, Chefe do Serviço de Cirurgia Pediátrica, do Instituto da Criança, registra o seguinte (fls. 76):

Neste momento, não há viabilidade técnica da realização de transplante intestinal em paciente com peso de 4.210 gramas. É de consenso mundial que não se indique transplante de intestino para crianças com menos de 10 kg.

Cumpra ainda sublinhar que além do peso e condições clínicas mínimas, há que se ter doadores cadavéricos com órgãos compatíveis e em excelentes condições para doação, motivo pelo qual o procedimento de transplante de intestino ainda não pôde ser realizado no Instituto da Criança da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, portanto não há dados necessários e suficientes para responder as questões referentes à taxa de sucesso e sobrevida. Os benefícios da realização do procedimento dependerão não só da expertise da instituição (a ser apurada/verificada localmente), bem como da patologia de base e das condições clínicas do paciente por ocasião da realização do ato cirúrgico.

Há *informação capital* neste documento técnico, subscrito por especialista com a mais alta qualificação: o requisito de *peso mínimo*, para a criança suportar a intervenção cirúrgica de grande porte e exigência.

A opinião do especialista não convenceu o Juiz Federal. Sua Excelência argumentou: “O Ilmo. Prof. Dr. Uenis Tannuri entende que não há viabilidade técnica da realização de transplante intestinal em paciente com peso de 4.210 gramas, além de ser consenso mundial que não se indique transplante de intestino com menos de 10 Kg. Tal parecer não infirma a possibilidade que se vislumbra pelos relatos do Dr. Paulo Chapchap e do Dr. Rodrigo Vianna, já citados na decisão antecipatória” (fls. 78).

Salvo melhor juízo, em *nenhum momento* os médicos *Paulo Chapchap e Rodrigo Vianna* contestaram a exigência de peso mínimo, para a realização da grave intervenção cirúrgica.

De plano, anote-se circunstância da maior relevância: ao se referir aos médicos *Paulo Chapchap e Rodrigo Vianna*, a r. decisão ora impugnada fez *uso de prova produzida em outra ação, relacionada a paciente distinto*.

O médico Paulo Chapchap, segundo a transcrição efetuada na própria r. decisão aqui questionada, afirmou (fls. 65): “Não é do meu conhecimento que qualquer serviço de transplantes multiviscerais do Brasil tenha submetido ao transplante pacientes com menos de 10 Kg”.

O depoimento do cirurgião Rodrigo Vianna, *prestado em relação a outra criança, tomado, por empréstimo, de caso judicial diverso* - repita-se -, também não dispensa a exigência do peso mínimo, para a realização do transplante.

A r. decisão aqui questionada adotou o depoimento prestado, a uma *rádio*, pelo médico Rodrigo Vianna, e aceitou a *conclusão dele extraída por Desembargador Federal*, para demonstrar algo distinto e estranho à exigência do peso mínimo.

Confira-se o precedente *relacionado a outra criança*, transcrito na r. decisão agora impugnada (fls. 67):

De se considerar, também, que o estado clínico da agravada vem se mantendo em situação assaz crítica, especialmente o seu fígado, sobremodo traumatizado pela alimentação exclusivamente parenteral. Outrossim, na entrevista concedida à Rádio Ipanema, o *Dr. Rodrigo Vianna afirma que “independentemente da síndrome, ela tem uma doença congênita que está afetando o intestino e que a nutrição parenteral está afetando o fígado. Então isso é até mais importante que a síndrome, o fato de que ela não consegue fazer a digestão e já estar desenvolvendo problemas com o fígado”* (fls. 487v), o que reforça a urgência e a necessidade de transferência da recorrente aos Estados Unidos para realização do transplante ora pleiteado.

Por primeiro, ignora-se o grau de rejeição à alimentação parenteral pelas duas crianças. O fenômeno não é unívoco. *São seres humanos diferentes*. A prova emprestada, para este efeito, é inservível.

Segundo, as intercorrências advindas da aplicação da alimentação parenteral afetam, negativamente, o aumento de peso, repercutindo no mínimo exigível. Por isto, estas eventuais intercorrências podem retardar a realização do transplante.

Além da afirmação do Professor Uenis Tannuri, no documento juntado *após* a concessão da tutela antecipada, o próprio cirurgião Rodrigo Vianna recomenda a permanência, no Brasil, da *criança vinculada a este caso*.

Outra circunstância de grande relevo: o médico Rodrigo Vianna é Diretor do Serviço de Transplantes, do Departamento de Cirurgia, da Escola de Medicina da Universidade de Miami, à qual o próprio Hospital de Miami (EUA) está vinculado (fls. 214).

Na troca de correspondência eletrônica com representante do Ministério da Saúde, a respeito da criança vinculada a *este caso*, o aludido cirurgião escreveu (fls. 197 verso):

According to the last information we have received about this baby it seems like he still weighting only 5 kilos. Even though we do not have a strong policy regarding the minimum weight to accept a transfer we strongly encourage the weight gain to be achieved in Brazil until he reaches 7 kg. That would be the minimum weight to be included in our waiting list.

Ou seja, o próprio cirurgião do Hospital de Miami (EUA) recomenda a permanência da criança, no Brasil, até o ganho de peso mínimo.

Parece irrefutável que, no curso de *tratamento adequado*, prestado por médicos e professores da rede pública brasileira de assistência, a judicialização prematura da questão fez o Poder Executivo incorrer em despesas desnecessárias e injustificáveis - *US\$ 50.000 foram remetidos ao Hospital de Miami (EUA), no cumprimento da r. decisão aqui questionada.*

O mais grave, porém, é a quebra da *ordem administrativa*, a ruptura da confiança que os usuários do sistema público de saúde devem depositar na execução adequada do serviço - *se e quando* isto é exato, como no caso concreto.

Neste ponto, o fundamental: *não há prova alguma de que, em determinado momento*, o sistema público de saúde tenha negligenciado ou recusado qualquer solução para o caso da criança - *inclusive a eventual remoção dela para os Estados Unidos, respeitados os protocolos de conduta médica.*

A opção por uma das possibilidades terapêuticas, sem respeito aos protocolos de conduta médica, contra a opinião técnica dos mais qualificados especialistas, com desperdício de finitas verbas públicas, configura grave comprometimento da ordem administrativa e das finanças públicas, com manifesto prejuízo ao interesse público - e, ainda, no limite, pode colocar em

risco a vida da criança, inclusive por conta de deslocamentos desnecessários.

Parece claro que o encaminhamento da solução adequada dependerá da *(1) análise de equipe médica qualificada, (2) com base em todo o histórico da criança, (3) no momento em que ela estiver em situação compatível com as exigências de transplante de grande porte.*

Neste momento, sob as condições médicas adequadas - repita-se -, será necessário avaliar todo o quadro de assistência disponível para o tratamento - *também a ida aos Estados Unidos, mas não só.*

Será preciso considerar a existência de outras soluções. Como o tratamento realizado na Argentina, disponível, mais barato e talvez menos penoso para a criança (fls. 109 e 111).

A utilização de equipe técnica do Brasil, uma vez que há médicos brasileiros em processo de treinamento no Hospital de Miami (EUA).

Há hospital nacional de excelência já credenciado pelo Ministério da Saúde, registre-se.

A propósito, o médico Rodrigo Vianna tem realizado transplantes complexos, no *sistema público hospitalar brasileiro*. Confira-se a correspondência eletrônica de 14 de novembro de 2014, enviada por este profissional (fls. 214):

Desculpe a demora na resposta. Hoje fiz um transplante multivisceral no HC e acabei passando a tarde por lá. A cirurgia foi muito bem e o doente está bem. Quanto a avaliação do menino, a logística fica complicada porque eu estou voltando amanhã para os EUA. O menino tem menos de 5kg e precisa ganhar peso. Eu estarei de volta em dezembro apresentando meu doutorado aqui e aí poderia avaliar a criança de Franca e de Limeira. Neste mês teríamos tempo para observar o ganho de peso. Acho um pouco precoce levá-los a qualquer lugar neste momento.

Por estes fundamentos, suspendo a tutela antecipada concedida no digno Juízo de 1º grau de jurisdição.

Publique-se. Intime-se. Comunique-se.

Vista oportuna à Procuradoria Regional da República.

São Paulo, 08 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0007475-46.2009.4.03.6119
(2009.61.19.007475-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LUCINDA GUERRERO CALDEIRA (incapaz)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe de Processo: AC 1678790
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2015

EMENTA

DIREITO CIVIL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEMORA NA APRECIÇÃO. DANOS MORAIS. VERBA HONORÁRIA.

1. Para que o ente público responda objetivamente, deve ser demonstrado o resultado danoso e o nexó causal entre ambos, ressalvada a possibilidade de exclusão da responsabilidade na hipótese de caso fortuito/força maior ou culpa exclusiva da vítima.
2. A Administração Pública é regida pelo princípio constitucional da eficiência, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, o que denota a necessidade da apreciação célere dos pedidos a ela formulados.
3. Houve erro do INSS pela cessação do benefício, bem como pela demora excessiva na apreciação do pedido de restabelecimento.
4. O dano consiste no fato de a autora ficar privada por 3 anos de verba alimentar incorporada à sua subsistência há mais de duas décadas, potencializado por se tratar de idosa e incapaz, que vive em uma casa de repouso, é cadeirante e portadora de problemas neurológicos, necessitando de acompanhamento de profissionais especializados para seus cuidados.
5. Quanto à fixação do valor do dano moral, a jurisprudência tem se encaminhado no sentido de que o arbitramento deve ser feito com razoabilidade e moderação, sendo proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico do réu, valendo-se o juiz de sua experiência e bom senso para sopesar as peculiaridades do caso concreto, de forma que a condenação cumpra sua função punitiva e pedagógica, compensando o sofrimento do indivíduo sem, contudo, proporcionar o seu enriquecimento sem causa.
6. O valor arbitrado a título de danos morais encontra-se dentro dos parâmetros utilizados pelo E. Tribunal Superior (R\$ 8.000,00 para março/2011).
7. Mantido o valor arbitrado a título de verba honorária, eis que fixado moderadamente.
8. Apelação do INSS e recurso adesivo improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCIO MORAES (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo INSS em face de sentença que, em ação ordinária objetivando o restabelecimento do benefício pensão por morte e condenação do INSS em dano moral, julgou extinto o processo sem exame do mérito em relação ao pedido de restabelecimento do benefício previdenciário de pensão por morte NB 073.622.239-1, bem como no tocante ao pagamento das parcelas devidas desde a cessação até o restabelecimento. Julgou procedente o pedido em relação ao pedido de indenização por danos morais, condenando a ré ao pagamento de indenização à autora no valor de R\$ 8.000,00, acrescidos de juros e correção. Os honorários foram fixados em 10% sobre o valor da condenação, bem como sobre o valor pago pelo INSS a título de parcelas vencidas. Não submeteu a sentença ao duplo grau (§ 2º, do artigo 475, do CPC).

Apela o INSS, no tocante à fixação dos danos morais, afirmando que não houve demonstração do intenso e injusto sofrimento da vítima. Sustenta que a própria parte autora, por meio de seu representante legal, deu azo à demora no restabelecimento de seu benefício. Requer que os honorários advocatícios sejam fixados no importe de R\$ 510,00.

Recurso adesivo da autora, requerendo a majoração do dano moral arbitrado.

Com contrarrazões da autora e do INSS.

O MPF manifestou-se pelo desprovimento da apelação e do recurso adesivo, mantendo-se a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCIO MORAES (Relator): Debate-se nos autos o direito da autora ser indenizada pela demora na análise de seu requerimento administrativo de restabelecimento do benefício pensão por morte.

Inicialmente, a análise do caso impõe a demarcação de uma importante fronteira no que diz respeito à responsabilidade do Estado.

O dano oriundo de uma atuação estatal pode dar-se em função de uma atuação positiva (comissão) do Estado ou em função de uma atuação negativa ou não-atuação (omissão).

Quando é o Estado quem produz o dano através de uma atuação positiva, aplica-se a regra da *responsabilidade objetiva* prevista no art. 37, § 6º, CF/1988:

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

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

O aspecto característico da responsabilidade objetiva reside na desnecessidade do lesado provar a existência da culpa do agente ou do serviço pela conduta estatal.

Assim, é suficiente que se prove a conduta da Administração, o resultado danoso e o nexo de causal entre ambos, ressalvada a hipótese de exclusão da responsabilidade na hipótese de caso fortuito/força maior ou culpa exclusiva da vítima. Trata-se da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da teoria do risco administrativo.

Neste contexto, para que a ré seja condenada ao pagamento da indenização ora buscada, é preciso demonstrar que a demora na concessão/restabelecimento do benefício requerido pela autora se deu por falha da Administração e que isso gerou um dano passível de indenização.

A princípio, até mesmo em homenagem ao princípio da eficiência administrativa (art. 37 da CF), não é razoável que o cidadão seja obrigado a esperar por quase três anos para a apreciação do seu pleito de restabelecimento do benefício.

Em caso de ineficiência da Administração, não pode o administrado - no caso, o segurado -, arcar com os ônus da demora, sejam quais forem as suas causas.

Compulsando os autos, temos que houve cessação de concessão do benefício de pensão por morte por erro do INSS, conforme reconhecido pela própria ré (fls. 50 e 52), em virtude do falecimento da curadora.

Temos que o benefício previdenciário em questão foi cessando indevidamente em 6/7/2007.

A parte autora requereu a revisão na esfera administrativa em 30/1/2008 (fls. 21), tendo sido restabelecido o benefício somente em 29/3/2010 (fls. 64).

Assim, no caso, houve erro do INSS pela cessação do benefício, bem como pela demora excessiva na apreciação do pedido de restabelecimento.

O Código Civil, em seu artigo 186, estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Por seu turno, o artigo 927 do mesmo estatuto legal prescreve que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Conquanto se possa argumentar que os citados dispositivos apenas se aplicam à responsabilidade subjetiva, é certo que tanto nesta como na responsabilidade objetiva é imprescindível, para o surgimento da obrigação de indenizar, a existência de um dano palpável.

No caso, o erro do INSS na cessação do benefício, bem como a demora no restabelecimento - que ocorreu, segundo consta, somente em razão do ajuizamento da presente ação -, vislumbra-se a mora por parte do INSS, bem como a ocorrência do dano moral.

Dano, em sentido lato, é a lesão de qualquer bem jurídico. Dano moral, por sua vez, “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o ‘bonus pater familias’: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.” (Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil - Responsabilidade Civil, Vol. IV, 3ª edição, ed. Jurídico Atlas, pág. 33) - grifo inexistente no original.

Como bem ressaltou a decisão agravada, o dano consiste no fato de a autora, sem culpa alguma, ficar privada por 3 anos de verba alimentar incorporada à sua subsistência há mais de duas décadas, potencializado por se tratar de idosa e incapaz, que vive em uma casa de repouso, é cadeirante e portadora de problemas neurológicos, necessitando de acompanhamento de profissionais especializados para seus cuidados, conforme declaração do Presidente do Lar São Vicente de Paula, no qual reside a autora (fls. 25).

Veja-se a respeito o seguinte precedente:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA DEFINITIVA. DEMORA INJUSTIFICADA NA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA.

I. A robustez da prova documental acostada aos autos permite inferir que o autor efetivamente exerce atividades nas lides rurais, tornando, portanto, dispensável a produção de prova testemunhal. Ademais, em decisão administrativa proferida pela 14ª Junta de Recursos, a própria autarquia entendeu devido o benefício ao proferir decisão favorável ao autor.

II. Assim, a parte autora faz jus à concessão do benefício de aposentadoria por idade, uma vez demonstrada a implementação dos requisitos legais, nos termos da legislação previdenciária.

III. Evidenciado gravame à pessoa do segurado, merecedor do benefício, que dele ficou tolhido por aproximadamente 10 (dez) anos, apesar de haver decisão favorável no processo em 14-12-1999, o que configura clara violação ao art. 56 do Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS.

IV. As regras da prescrição quinquenal não podem ser aplicadas, pois foi o descaso da autarquia, e não a inércia do autor que impediu que o mesmo recebesse o benefício quando tinha direito. Tal negligência para com o segurado não pode ser recompensado com a aplicação do instituto da prescrição.

V. *Aplica-se, no caso, a indenização por danos morais, pois seguramente evidenciado que tal revisão administrativa do ato concessório do benefício de aposentadoria por idade ocorreu sem o mínimo de cautelas e à revelia dos princípios que regem a Administração Pública, delineados na Constituição Federal.*

VI. A correção monetária sobre os valores em atraso deve seguir o disposto na Resolução nº 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula nº 08 desta Corte Regional e a Súmula nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça com incidência de juros de mora, a contar da citação, à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, conforme Enunciado nº 20, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

VII. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação da parte autora provida.

(APELREEX 00056065320064036119, DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2010, grifos meus)

Quanto ao valor do dano moral, é de sua essência ser compensado financeiramente a partir de uma estimativa que guarde pertinência com o sofrimento causado. Contudo, tratando-se de uma estimativa, não há formulas ou critérios matemáticos que permitam especificar a precisa correspondência entre o fato danoso e as consequências morais e psicológicas sofridas pelo ofendido.

A jurisprudência tem se encaminhado no sentido de que o arbitramento deve ser feito com razoabilidade e moderação, sendo proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico do réu, valendo-se o juiz de sua experiência e bom senso para sopesar as peculiaridades do caso

concreto, de forma que a condenação cumpra sua função punitiva e pedagógica, compensando o sofrimento do indivíduo sem, contudo, proporcionar o seu enriquecimento sem causa.

Nesse sentido é a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE - CIVIL - DANO MORAL - VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.

2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova.

3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.

4. Recurso especial parcialmente provido

(REsp 604.801/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 23/3/2004, DJ de 7/3/2005, p. 214, grifos nossos).

Para analisar o valor fixado na r. sentença referente aos danos morais (R\$ 8.000,00 para março/2011), veja-se os seguintes julgados proferidos pelo E. Superior Tribunal de Justiça acerca da quantificação dos danos morais envolvendo casos análogos:

a) *cem salários mínimos*, por erro do servidor do INSS na análise dos pressupostos para a concessão de benefício previdenciário (AgRg no AREsp 345.911/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 25/09/2013)

b) R\$ 7.000,00, por extravio, pela Administração, de documentos pessoais do cidadão, notadamente aqueles que indicam a sua história laboral (REsp 955.046/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 12/05/2008)

c) R\$ 15.000,00, descontos indevidos em proventos de aposentadoria de empréstimo consignado fraudulento (RESP 1213288, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:01/07/2013)

Nestes termos, entendo que o valor arbitrado a título de danos morais encontra-se dentro dos parâmetros utilizados pelo E. Tribunal Superior.

Mantenho, também, o valor arbitrado a título de verba honorária em 10% sobre o valor da condenação atualizado, bem como sobre o valor pago pelo INSS a título de parcelas vencidas (R\$ 15.909,69) atualizado, por se mostrar dentro dos ditames legais, eis que fixado moderadamente.

Assim sendo, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

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

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0020087-34.2013.4.03.6100
(2013.61.00.020087-2)

Apelantes: MUNICÍPIO DE LOUVEIRA – SP E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AMS 351871
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/11/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. GUARDAS MUNICIPAIS. ARTIGO 144, § 8º, CF. PORTE DE ARMA. ESTATUTO DO DESARMAMENTO - LEI Nº 10.826/2003. ARTIGO. 6º, IV. MUNICÍPIOS COM MENOS DE 50.000 HABITANTES. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO LEGISLADOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AUTORIZAÇÃO DO CONSTITUINTE.

1. Não guarda relevância a alegação de violação dos princípios constitucionais da garantia à vida, à segurança e à integridade física, eis que o Constituinte delimitou expressamente as atribuições das Guardas Municipais, de modo que a proteção municipal preventiva não atribui a função de policiamento ostensivo privativo da Polícia Militar, a quem compete a preservação da ordem pública, independentemente da quantidade de habitantes do Município.
2. Uma vez autorizado pela Constituição, a restrição imposta pelo legislador quanto à impossibilidade de porte de arma pelos integrantes das Guardas Municipais, nos Municípios com menos de 50.000 habitantes, não viola o princípio da isonomia, justamente em razão das atribuições constitucionais das Guardas Municipais.
3. Ausente qualquer ilegalidade na decisão proferida pela autoridade impetrada, que negou o porte de arma aos guardas municipais de Louveira/SP, firme no artigo 6º, IV, da Lei nº 10.826/2003.
4. Apelação dos impetrantes 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, 20 de outubro de 2014.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo

MUNICÍPIO DE LOUVEIRA E OUTROS contra ato do Sr. Delegado de Polícia Federal da Superintendência Regional do Estado de São Paulo, objetivando assegurar aos impetrantes, durante a prestação do serviço de guarda municipal, o porte de arma de fogo, afastando, diante de manifesta inconstitucionalidade, a aplicação do artigo 6º, IV, da Lei nº 10.826/2003.

Sustentam os impetrantes, em síntese, a ausência de fundamento para vedar o porte de arma de fogo aos integrantes de Guardas Municipais nos Municípios com menos de 50.000 habitantes, ferindo os princípios constitucionais da garantia à vida, à segurança, à integridade física e a isonomia.

Após o indeferimento da medida liminar (fls. 335/338), sobreveio sentença denegando a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito, a teor do artigo 269, I, do CPC.

Irresignados, apelam os impetrantes (fls. 395/411) pugnando pela reversão do julgado.

Com contrarrazões da União (fls. 415/416v), subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

A sentença não merece reparo.

O artigo 144 da Constituição Federal dispõe:

Art. 144. 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, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º. A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e es-

truturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º. às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º. às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

(...)

§ 8º. *Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.*

(...)

Com efeito, foi editada a Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014, que estabelece o Estatuto Geral das Guardas Municipais, dispondo seu artigo 1º e 2º:

Art. 1º. Esta Lei institui normas gerais para as guardas municipais, disciplinando o § 8º do art. 144 da Constituição Federal.

Art. 2º. Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e *armadas conforme previsto em lei*, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal. (destaquei)

De fato, não guarda relevância a alegação de violação dos princípios constitucionais da garantia à vida, à segurança e à integridade física, eis que o Constituinte delimitou expressamente as atribuições das Guardas Municipais, de modo que a proteção municipal preventiva não atribui a função de policiamento ostensivo privativo da Polícia Militar, a quem compete a preservação da ordem pública, independentemente da quantidade de habitantes do Município.

Dispõe o artigo 5º da Lei nº 10.826/2003:

Art. 6º. É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

(...)

IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;

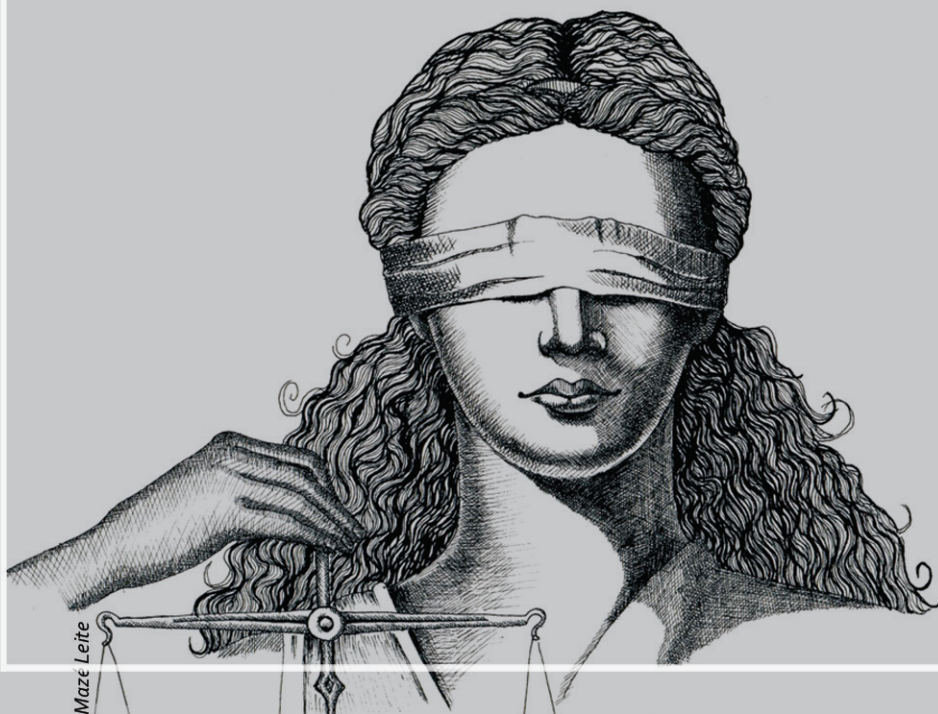
Uma vez autorizado pela Constituição, entendo que a restrição imposta pelo legislador quanto à impossibilidade de porte de arma pelos integrantes das Guardas Municipais, nos Municípios com menos de 50.000 habitantes, não viola o princípio da isonomia, justamente em razão das atribuições constitucionais das Guardas Municipais.

Desta forma, não verifico qualquer ilegalidade na decisão proferida pela autoridade impetrada, que negou o porte de arma aos guardas municipais de Louveira, firme no artigo 6º, IV, da Lei nº 10.826/2003.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo-se a r. sentença tal como lançada. É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0002235-59.2011.4.03.6005
(2011.60.05.002235-8)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E MANOEL MILHOMEM DA SILVA (réu preso)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: ACr 49007
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/12/2014

EMENTA

PENAL - CRIMES DE CONTRABANDO DE COMPONENTES DE MUNIÇÃO, TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS E MUNIÇÕES E MOEDA FALSA - INTERNAÇÃO NO PAÍS DE ARMAS E MUNIÇÕES SEM AUTORIZAÇÃO DO COMANDO DO EXÉRCITO - CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO DE ARMA E MODA FALSA - DOSIMETRIA DA PENA - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - MANUTENÇÃO - RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO - PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

1. O recurso ministerial requer a condenação do acusado pelo crime de contrabando e o reconhecimento de concurso material, ou concurso formal impróprio entre os crimes de tráfico internacional de armas e moeda falsa, com cumulação de penas. De seu turno, a defesa pleiteia redução da pena imposta ao réu.

2. A introdução dos elementos componentes de munição traduz, em tese, crime de contrabando (art.334, 1ª parte - importação de mercadoria proibida), ou seja, sem autorização. Não há que se falar em descaminho no caso dos autos, mas, em tese, haveria crime de contrabando, porquanto o acusado introduziu no país mercadorias de importação proibida, consistentes em 10 estojos de munição, três frascos de pólvora negra e 100 espoletas.

3. A internação da mercadoria proibida, sem autorização do Comando do Exército (elementos de munição, conforme aponta a denúncia), portanto de proibição relativa, deu-se, no mesmo contexto do tráfico internacional de armas, de modo que a conduta resta por este abrangida.

4. É de rigor manter a condenação do acusado pela prática dos crimes de moeda falsa (art. 289, §1º, do Código Penal) - porte de duas cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e tráfico internacional de armas (artigo 18 ambos da Lei nº 10.826/03).

5. A pena-base foi estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, diante da grande quantidade de munição apreendida, a conduta social desfavorável ao acusado e a personalidade voltada para o crime, tendo sido reputadas negativas essas três circunstâncias.

6. Constata-se a configuração do concurso formal impróprio, uma vez que o réu, através de uma única conduta, dolosamente, praticou dois delitos resultantes de desígnios autônomos (tráfico de arma e moeda falsa).

7. Ainda que não configurado o dolo direto, mas apenas o eventual em relação ao crime de tráfico internacional de arma de fogo, não é suficiente para descaracterizar o con-

curso formal impróprio, pois a expressão “desígnios autônomos” compreende ambas as formas de dolo, direto e eventual. Destarte, as reprimendas devem ser somadas.

8. A jurisprudência tem reconhecido que permanecendo o réu preso durante a instrução do processo não dever ser concedido o direito de recorrer em liberdade, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da condenação, sobretudo quando remanescentes os motivos da custódia cautelar.

9. Desprovimento do recurso interposto pelo réu e parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para condená-lo ao cumprimento das penas de 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 18 da Lei nº 10.826/03 e art. 289, §1º, do Código Penal, c.c. art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal.

10. Manutenção da pena de multa em 15 (quinze) dias-multa, conforme estabelecido na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso interposto pela defesa e dar parcial provimento ao recurso interposto pela acusação, para estabelecer a pena de oito anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado de cumprimento e quinze dias-multa para o réu condenado como incurso nos artigos 18 da Lei nº 10.826/03 e 289 §1º, c.c. artigo 70, segunda parte, do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo *Ministério Público Federal* e por *Manoel Milhomem da Silva* contra a r. sentença (fls.178/180) registrada em 11/11/2011, proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Ponta Porã/MS que, julgando parcialmente procedente a denúncia, absolveu o réu da prática de crime descrito no art.334 do Código Penal, com base no artigo 386, inc. III, do Código de Processo Penal e o condenou pela prática dos crimes definidos nos arts. 18, da Lei 10.826/2003 e 289, §1º, do Código Penal, em concurso formal, às penas de *seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, no regime inicial fechado e à pena de multa de 15 (quinze) dias-multa*, à razão unitária de um trigésimo do salário mínimo vigente à data do fato.

Extrai-se da denúncia recebida em 15/07/2011 (fl.46), que, no dia 20/06/2011, por volta das 17 horas, no Posto Capey, situado no km 68 da rodovia BR-463, no município de Ponta Porã/MS, policiais rodoviários federais, em fiscalização de rotina, abordaram o ônibus da empresa “Expresso Queiroz” de prefixo nº 588, que fazia o itinerário Ponta Porã/MS-Campo Grande/MS - e, ao procederem a buscas em seu bagageiro externo, localizaram, na bagagem identificada como pertencente ao passageiro Manoel Milhomem da Silva, 500 (quinhentas) munições calibre 38 SPL marca FMFLB, 2000 (duas mil) munições calibre 22 LR marca OA,

além de componentes (elementos) de munição, quais sejam: 10 (dez) estojos de munição calibre 20 marca CBC, 03 (três) frascos de pólvora negra marca Pantera e 100 (cem) espoletas marca CBC.

Em sequência, mediante busca pessoal em Manoel, foram também encontradas 02 (duas) cédulas falsas de 50,00 (cinquenta reais).

Na ocasião, Manoel afirmou aos policiais rodoviários federais ter adquirido as munições ao preço de R\$ 1.490,00 (um mil quatrocentos e noventa reais) na “Casa Peralta”, em Pedro Juan Caballero, Paraguai, para revendê-las a um vizinho do distrito de Alto Paraguai, em Diamantino/MT; quanto às notas falsas, disse tê-las comprado “para mostrar para os amigos”.

A mesma versão, com mais detalhes, foi oferecida durante seu interrogatório perante a autoridade policial, a quem Manoel declinou que seu vizinho chamaria “CHICO”, afirmando, ainda, que pagou R\$ 10,00 (dez reais) pelas duas cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) em um “camelô” no Paraguai.

Portanto, conforme acima narrado, aos 20/06/2011, Manoel, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade da conduta, importou de Pedro Juan Caballero, Paraguai, sem autorização da autoridade competente (Comando do Exército) 500 (quinhentas) munições calibre 38 SPL marca FMFLB e 2000 (duas mil) munições calibre 22 LR marca OA, além dos seguintes elementos (componentes) de munição, consistentes em mercadorias de importação proibida: 10 (dez) estojos de munição calibre 20 marca CBC, 03 (três) frascos de pólvora negra marca Pantera e 100 (cem) espoletas marca CBC.

Nas mesmas circunstâncias, o acusado, com vontade livre e consciente, guardava consigo 02 (duas) cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais), as quais adquiriu e importou do Paraguai.

Ao assim agir, Manoel incorreu em concurso formal próprio (art.70, *caput*, do Código Penal), nas condutas típicas descritas no art. 18 da Lei nº 10.826/03 - tráfico internacional de arma de fogo - e no art. 334, *caput*, do Código Penal - contrabando (1º e 2º fatos) -, perpetradas em concurso material (art.69 do Código Penal) com a conduta típica prevista no art. 289, §1º, do Código Penal - moeda falsa (3º fato).

Insurge-se o Ministério Público Federal, conforme razões de fls.197/206, com vistas ao reconhecimento de concurso material e não formal, ou, alternativamente, concurso formal impróprio entre os crimes do art. 18 da Lei 10.826/03 e art. 289, §1º, do Código Penal, pleiteando a condenação pelo crime de contrabando, em concurso formal próprio com o art. 18 da Lei 10.826/03 (tráfico internacional de arma de fogo), a ensejar a elevação da pena imposta ao réu.

Recorre Manoel Milhomem da Silva, consoante as razões de fls.209/214, intentando que, na primeira fase da fixação da pena fique ela estabelecida em seu mínimo legal, em vista da preponderância das circunstâncias favoráveis ao acusado, tais como tratar-se de réu primário e de bons antecedentes, tendo apenas em seu desfavor uma ação penal em trâmite em sua cidade de origem que não se presta ao agravamento da pena.

Contrarrazões por Manoel Milhomem da Silva (fls. 215/218), pelo improvimento do recurso ministerial.

Contrarrazões pelo Ministério Público Federal (fls.221/225), pelo improvimento da apelação interposta pelo réu.

Parecer do Ministério Público Federal opina pelo improvimento da apelação interposta pela defesa e pelo parcial provimento do recurso interposto pela acusação, para o reconhecimento do concurso material (CP, art.69) entre os crimes de tráfico internacional de arma de fogo

(art.18 da Lei 10.826/03) e moeda falsa (art. 289, §1º do CP) com a correspondente alteração da pena imposta, mantendo-se a sentença quanto ao reconhecimento da insignificância do delito de contrabando que seguiu inteligência pacífica dos Tribunais Superiores (fls. 236/240v).

É o relatório.

Feito sujeito à revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

O recurso ministerial requer a condenação do acusado pelo crime de contrabando e o reconhecimento de concurso material, ou o concurso formal impróprio entre os crimes de tráfico internacional de armas e moeda falsa com cumulação de penas.

De seu turno, a defesa pleiteia redução da pena imposta ao réu.

Inicialmente, tenho que não merece guarida o apelo acusatório no que diz com a condenação pelo crime de contrabando.

A esse respeito, a fundamentação lançada na sentença baseia a absolvição no fato de tratar os componentes de munição introduzidos pelo réu no país como crime de descaminho e, como tal, sujeita a sua apreciação ao valor a ser acobertado pelo princípio da insignificância.

Veja-se a fundamentação: “Há atipicidade material quanto ao descaminho por injunção do princípio da insignificância, tendo em vista o valor irrisório dos bens apreendidos”.

Examinados pormenorizadamente os autos, tenho que a introdução dos elementos componentes de munição traduz, em tese, crime de contrabando (art.334, 1ª parte - importação de mercadoria proibida), o que não comportaria a aplicação do princípio da insignificância.

Contudo, conforme explanado nas razões recursais apresentadas pelo Ministério Público Federal, não há que se falar em descaminho no caso dos autos, mas, em tese, haveria crime de contrabando, porquanto o acusado introduziu no país mercadorias de importação proibida, consistentes em 10 estojos de munição, três frascos de pólvora negra e 100 espoletas, sem a devida autorização.

Ocorre que a internação da mercadoria proibida, sem autorização do Comando do Exército (elementos de munição, conforme aponta a denúncia), portanto, de proibição relativa, deu-se, no mesmo contexto do tráfico internacional de armas, de modo que a conduta resta por este abrangida.

Nesse passo, tais mercadorias (componentes e elementos de munição) consistem em produtos controlados pelo Exército Brasileiro, a quem compete fiscalizar e autorizar sua eventual importação, nos termos da Lei nº 10.826/03 (arts. 23 e 24), Decreto nº 5.123/04 (arts. 49, 50, inc. I e 63, inc. VII) e Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (arts.1º, § único e 9º, inc. III, aprovado pelo Decreto nº 3.665/00 e seu anexo 1).

O art. 24 da Lei 10.826/03 determina competir ao Comando do Exército a autorização e fiscalização a importação e desembaraço alfandegário de armas de fogo e *demais produtos controlados*, abrangendo munições, suas partes e peças (art. 63 do Decreto nº 5.123/04). (grifo nosso)

De sua vez, o Decreto nº 3.665/00 traz em seu anexo I, a relação de produtos controlados pelo exército, dentre eles, detonador (espoleta) de qualquer tipo, pólvoras mecânicas (branca,

chocolate, negra), pólvoras químicas de qualquer tipo, projétil para munição para arma de fogo, etc., de modo que vislumbro no caso concreto um só crime de tráfico internacional de armas, conforme prevê o art. 18 da Lei nº 10.826/03, *verbis*:

Art. 18. *Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:*
Pena - reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Trata-se de crime mais grave do que o crime de contrabando que prevê as penas de um a quatro anos de reclusão, de modo que entendo perfazer um só tipo.

Passo ao exame das demais condutas.

Inicialmente, quanto aos crimes de tráfico internacional de arma de fogo e moeda falsa, a materialidade delitiva restou demonstrada através do Boletim de Ocorrência (fls.10/11- vol. I), passagem da empresa de ônibus Expresso Queiroz (fl.22 - vol. I), envio de munições para guarda (fl.25 - vol. I), cópias das munições e moedas falsas apreendidas fls.31/33, Auto de Apresentação e Apreensão (fl.9-vol.I), Laudo de perícia criminal federal de documentoscopia, que concluiu pela falsidade das notas juntadas à fl.59 (fls. 53/58) e laudo de perícia criminal federal de balística e caracterização física de materiais (fls. 74/83), cujos resultados revelaram que as armas e munições são estrangeiras e funcionam normalmente, estando aptas para o uso e disparos.

O crime de tráfico de armas em comento é de perigo abstrato, razão pela qual sua consumação verifica-se através do mero ato de alguém levar consigo arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, sendo desnecessário a demonstração de eventual dano:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. ARMA DESMUNICIADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO UNICAMENTE EM RAZÃO DA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REINCIDÊNCIA. SÚMULAS 269 E 440/STJ E 718 E 719/STF. PARECER ACOLHIDO.

1. É irrelevante aferir a eficácia da arma para a configuração do tipo penal estabelecido no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003, pois a lei visa proteger a incolumidade pública, transcendendo a mera proteção à incolumidade pessoal. Para tanto, basta a probabilidade de dano, e não a sua efetiva ocorrência. Trata-se de delito de perigo abstrato, que tem como objeto jurídico imediato a segurança pública e a paz social, assim, para a configuração do crime, é suficiente o simples porte de arma desmuniçada. Precedente da Sexta Turma.

2. De acordo com as Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, a imposição de regime prisional mais severo do que o quantum da pena autoriza requer motivação idônea.

3. É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 anos se favoráveis, como no caso, as circunstâncias judiciais (Súmula 269/STJ).

4. Ordem concedida em parte, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 211823/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 11/04/2012)

A autoria delitiva de ambos os delitos é incontestável, pois o réu foi abordado por policiais rodoviários federais quando no interior do veículo que trazia a sua bagagem e portava consigo as notas falsas.

As testemunhas Elcione e Miguel, policiais que conduziram o réu preso em flagrante

à Delegacia, descreveram que durante fiscalização de rotina abordaram o coletivo da Viação Expresso Queiroz, linha Amambai/Campo Grande, oportunidade em que após revista do bagageiro interno do veículo, lograram êxito em encontrar, no interior da mala com identificação nº 892629, tabletes de munição para armas de fogo; que o proprietário da mala foi identificado como sendo o passageiro Manoel Milhomem da Silva, o qual asseverou ter adquirido as munições do Paraguai; que durante revista pessoal no passageiro foram encontradas duas notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) supostamente falsas; que Manoel informou que venderia as munições a um vizinho; que no tocante às notas supostamente falsas, Manoel informou que as comprou para mostrar para os amigos (fls.2/4 - vol. I).

De seu turno, o acusado confessou que comprou as munições para o seu vizinho “Chico” na “Casa Peralta”, localizada no Paraguai; que comprou 40 caixas de munição calibre 22 e 10 caixas de munição calibre 38, tendo pago R\$ 1.490,00 pelas munições; que enquanto estava passeando nos camelôs, no Paraguai, uma pessoa lhe ofereceu dinheiro falso; que então resolveu comprar as notas falsas para mostrar para os amigos e pagou R\$ 10,00 pelas duas notas de R\$ 50,00 falsas (fl.67 - vol. I).

Em Juízo (mídia fls. 142), a prova restou robusta, diante da confissão do réu e depoimentos testemunhais harmônicos e coesos sobre as práticas delitivas.

Assim, é de rigor manter a condenação do acusado pela prática dos crimes de moeda falsa (art. 289, §1º, do Código Penal) e tráfico internacional de armas (artigo 18 ambos da Lei nº 10.826/03).

Passo à análise da dosimetria da pena, objeto de apelação por parte da defesa que requer pena mínima e da acusação que requer o concurso material de crimes, ou ao menos, aplicação do concurso formal imperfeito com cumulação de penas.

Na primeira fase, a pena foi estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, diante da grande quantidade de munição apreendida, a conduta social desfavorável ao acusado e a personalidade voltada para o crime, tendo sido reputadas negativas essas três circunstâncias.

A pena-base não merece reparo.

A avaliação desfavorável teve como suporte o fato de que o acusado ostenta envolvimento em delitos de posse irregular de armas e disparo de arma de fogo que tramita na Vara Criminal da Comarca em que reside (Diamantino/MT).

Em 27/05/2011, foi-lhe concedida liberdade provisória, tendo voltado a praticar a atividade delituosa em curto espaço de tempo (20/06/2011). A prisão ocorreu em período em que desfrutava de liberdade provisória concedida sem fiança, fato que torna a reiteração mais acintosa à Justiça. Consta que o réu voltou a descumprir a tutela supervisionada do Estado, viajando até região de fronteira para perseverar no crime, razão pela qual restou indeferido o pedido de liberdade provisória veiculado nessa ação penal.

Desse modo, avalio que efetivamente o réu não merece seja estabelecida a pena-base no mínimo legal, diante das circunstâncias apontadas que lhes são bastante desfavoráveis.

Na segunda fase, incidente a majoração por cupidez e a atenuante da confissão espontânea restou correta a manutenção da pena-base.

Por fim, considerando o concurso formal com o crime de moeda falsa, o D. Magistrado aumentou a pena em 1/6 (um sexto), fixando a pena definitiva em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado.

Entretanto, constata-se a configuração do concurso formal impróprio, uma vez que o réu, através de uma única conduta quando introduziu no país, dolosamente, praticou dois delitos

resultantes de desígnios autônomos (tráfico de arma e moeda falsa).

A respeito do concurso formal impróprio, Cezar Roberto Bitencourt leciona:

(...) Mas o concurso formal também pode ser impróprio (imperfeito). Nesse tipo de concurso, o agente deseja a realização de mais de um crime, tem consciência e vontade em relação a cada um deles. Ocorre aqui o que o Código Penal chama de “desígnios autônomos”, que se caracteriza pela unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade, com diversas individualizações. Os vários eventos, nesse caso, não são apenas um, perante a consciência e a vontade, embora sejam objeto de uma única ação. (...)

(in Tratado de Direito Penal, vol. 1: Parte Geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 606)

Ainda que não configurado o dolo direto, mas apenas o eventual em relação ao crime de tráfico internacional de arma de fogo, não é suficiente para descaracterizar o concurso formal impróprio, pois a expressão “desígnios autônomos” compreende ambas as formas de dolo, direto e eventual.

O C. Superior Tribunal de Justiça entende que mesmo configurado o dolo eventual ainda remanesce o concurso formal impróprio, confira-se:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO VERSUS CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. EXPRESSÃO QUE ABRANGE TANTO O DOLO DIRETO QUANTO O EVENTUAL. DELAÇÃO PREMIADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO EFETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O concurso formal perfeito caracteriza-se quando o agente pratica duas ou mais infrações penais mediante uma única ação ou omissão; já o concurso formal imperfeito evidencia-se quando a conduta única (ação ou omissão) é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. Ou seja, a distinção fundamental entre os dois tipos de concurso formal varia de acordo com o elemento subjetivo que animou o agente ao iniciar a sua conduta.

2. A expressão “desígnios autônomos” refere-se a qualquer forma de dolo, seja ele direto ou eventual. Vale dizer, o dolo eventual também representa o endereçamento da vontade do agente, pois ele, embora vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não o desejando diretamente, mas admitindo-o, aceita-o.

3. No caso dos autos, os delitos concorrentes - falecimento da mãe e da criança que estava em seu ventre -, oriundos de uma só conduta facadas na nuca da mãe -, resultaram de desígnios autônomos. Em consequência dessa caracterização, vale dizer, do reconhecimento da independência das intenções do paciente, as penas devem ser aplicadas cumulativamente, conforme a regra do concurso material, exatamente como realizado pelo Tribunal de origem.

4. Constatando-se que não houve efetiva colaboração do paciente com a investigação policial e o processo criminal, tampouco fornecimento de informações eficazes para a descoberta da trama delituosa, não há como reconhecer o benefício da delação premiada.

5. Ordem denegada.

(HC 191.490/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2012, DJe 09/10/2012)

Destarte, as reprimendas devem ser somadas.

Assim, mantenho a pena de cinco anos e quatro meses de reclusão para o crime de tráfico internacional de arma de fogo e a pena mínima de três anos de reclusão para o crime de moeda falsa, resultando na pena definitiva de 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses de reclusão,

em regime inicial fechado, como incurso o réu no art. 18 da Lei nº 10.826/03 e art. 289, §1º, do Código Penal, c.c. art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal. Mantenho a pena de multa em 15 (quinze) dias-multa, conforme estabelecido na sentença.

O valor unitário do dia-multa deve ser mantido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em se tratando de crime de tráfico de armas, as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base incluem no caso concreto, a fixação do regime inicial para cumprimento da pena fechado mostrando-se absolutamente suficiente para a prevenção e a repreensão do delito, em razão do *quantum* de pena aplicado ao acusado.

Por fim, há que se considerar que as penas restritivas de direitos dificilmente serão aptas a reprimir o tráfico ilícito de armas e, portanto, além dos requisitos objetivos exigidos pelo artigo 44, do Código Penal, deve haver outros elementos subjetivos altamente favoráveis ao réu para que possa ser concedida a substituição.

In casu, incabível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, porque não está preenchido o requisito objetivo exigido pelo artigo 44, do Código Penal, diante da quantidade da pena ora aplicada.

Por fim, restam presentes o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, sendo de rigor manter a prisão preventiva do acusado, tendo em vista que os fatos que ensejaram sua prisão cautelar não sofreram nenhuma alteração até o presente momento, permanecendo presentes os requisitos da custódia, sendo certo que respondeu à ação penal preso.

Da mesma forma, a jurisprudência tem reconhecido que permanecendo o réu preso durante a instrução do processo não dever ser concedido o direito de recorrer em liberdade, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da condenação, sobretudo quando remanescentes os motivos da custódia cautelar, não havendo o que se falar em ofensa ao princípio constitucional de presunção de inocência.

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E CORRUPÇÃO DE MENORES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENDIDA CONCESSÃO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANIFESTO CONTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. Para a apreciação da legalidade da manutenção da custódia preventiva do paciente, faz-se necessária a análise conjunta da sentença condenatória e da decisão inicialmente proferida nos autos, a qual decretou a prisão preventiva do paciente e justificou a sua permanência sob custódia durante toda a instrução criminal.

4. A ausência de cópia da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado inviabiliza a aferição por este Superior Tribunal da existência ou não dos fundamentos ensejadores da custódia antecipada.

5. Não há manifesto constrangimento ilegal na negativa do direito de recorrer em liberdade quando verificado que, além de o paciente ter sido preso preventivamente e assim permanecido durante toda a instrução criminal, há elementos concretos dos autos ensejadores da manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, bem evidenciada pela gravidade concreta dos delitos perpetrados.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 201201868741, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:23/05/2013 ..DTPB:.)

Por outro lado, o período em que cumpriu a título de prisão cautelar deverá ser computado no cálculo da pena a ser cumprida na hipótese de condenação transitada em julgado, nos termos do artigo 42, do Código Penal.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto por Manoel Milhomem da Silva e dou *parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para condenar o réu ao cumprimento das penas de 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 18 da Lei nº 10.826/03 e art. 289, §1º, do Código Penal c.c. art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Mantenho a pena de multa em 15 (quinze) dias-multa, conforme estabelecido na sentença.*

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0010685-79.2011.4.03.6105

(2011.61.05.010685-4)

Apelante: GEORGES PANTAZIS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: ACr 54589

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/11/2014

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADAS - ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.666/93 - FRAUDE À LICITAÇÃO - CONTRABANDO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - PROPRIEDADE DAS MERCADORIAS - IRRELEVÂNCIA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICÁVEL - DOLO DEMONSTRADO - PENA-BASE REDIMENSIONADA - COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DO ARTIGO 65, INCISO I DO CÓDIGO PENAL - POSSIBILIDADE - PENA DE MULTA REDIMENSIONADA - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO REDIMENSIONADAS - APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1- Analisando detidamente a r. sentença condenatória, temos que a autoria e a materialidade delitiva foram exaustivamente analisadas pelo MM. Juízo *a quo*, propiciando o manejo deste recurso pela marvótica defesa. Frise-se que o Juiz não está obrigado a analisar e rebater pormenorizadamente todos os argumentos trazidos à baila pela defesa, não havendo qualquer eiva a contaminar a decisão ora objurgada.

2 - Compulsando o *decisum* ora contestado, verificamos que o MM. Juízo de Piso condenou o apelante por ter apresentado documentação inidônea com o fim de participar de procedimento licitatório. Ainda que desconsideremos a menção à origem e data de validade das placas balísticas objeto do processo licitatório, temos que o réu foi condenado não por tais motivos, efetivamente citados na sentença, mas sim porque utilizou-se de documentação não permitida, alterando dados em dita documentação de modo a enquadrar-se no quanto descrito no edital licitatório.

3 - A materialidade do delito previsto no artigo 93 da Lei nº 8.666/93 restou sobejamente demonstrada pelo Ofício nº 041/SLC, acostados às fls. 13/18, pelo Relatório Final acostado às fls. 133/134 e pelos Apensos I e II que acompanham o presente feito. O réu sabia que não possuía condições de participar do certame apresentando documentação de terceiro. A despeito disso, o réu, no comando de sua empresa, apresentou a documentação exigida no certame utilizando-se de registro emitido em nome de outra empresa, a STOPOWER SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA, como nos dão conta os documentos de fls. 159/163.

4 - Temos que o próprio réu afirmou, em seu interrogatório, que já participou de várias licitações com o mesmo ente contratante e tem experiência, inclusive, em contratos internacionais, não se podendo admitir, assim, que não tivesse plena consciência de sua

conduta, agindo de maneira dolosa com o fim de produzir resultado diverso daquele legalmente previsto para o certame, sendo de rigor a manutenção da condenação.

5 - A materialidade do delito previsto no artigo 334 do Código Penal restou sobejamente demonstrada pelo Auto de Apreensão de fls. 21, pelo Laudo de Exame de Blindagem Balística de fls. 29/35 e pelo Relatório Final acostado às fls. 133/134.

6 - A inicial acusatória descreve que teriam sido apreendidas oito placas balísticas para coletes, irregularmente importadas da empresa TEN CATE ADVANCED ARMOUR, com endereço na França, em poder do réu. Considerando que a importação de produtos controlados pelo Exército só é possível após a obtenção de autorização legal daquele ente, temos que o réu agiu de maneira criminosa ao importar as placas mencionadas. Observando a sequência dos fatos narrados, temos que o réu afirmou, mas não provou, que teria pedido uma licença ao exército para importar a mercadoria mencionada.

7 - Não cabe, ainda, falar-se que a empresa francesa enviou os equipamentos sem a autorização do réu, como uma “amostra”, como quer fazer crer. Dita versão dos fatos não restou comprovada nos autos, já que inexistente prova testemunhal ou documental nesse sentido, o que demonstra, de maneira cabal, o cometimento do crime e a presença do dolo na conduta do réu.

8 - Com efeito, os equipamentos irregularmente importados se destinam à defesa pessoal contra armas de fogo, mercadorias de uso controlado pelo exército e notoriamente proibidas em território nacional quando não autorizadas, não se viabilizando regularmente em qualquer hipótese, motivo pelo qual não há que se falar na insignificância da referida conduta que, no caso concreto, atingiu de forma plena a proibição da importação da mercadoria apreendida, cuja tutela abrange a segurança e a paz social.

9 - Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico que os motivos do crime e suas consequências foram normais à espécie, sendo certo ainda que a culpabilidade do réu é normal ao caso dos autos, motivos pelos quais reduzo a pena-base dos delitos ao mínimo legal, quais sejam, 01 (um) ano de reclusão para o delito de contrabando. No delito de fraude à licitação, temos que a situação apresenta-se de maneira diversa. Analisando o caso dos autos, temos que o autor, sabedor da ilicitude da sua conduta, tomou providências no sentido de, ainda assim, tentar participar da licitação, demonstrando intensa culpabilidade, motivo pelo qual fixo a pena-base do delito em 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, para o delito previsto no artigo 93 da Lei nº 8.666/93.

10 - No caso dos autos, presente a atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal (réu maior de 70 anos na data da sentença) e a agravante da reincidência, compenso a agravante da reincidência com a atenuante da idade do réu na data da sentença, mantendo a pena-base nos termos em que lançadas, ausentes outras atenuantes ou agravantes no caso dos autos.

Não existem causas especiais de aumento ou diminuição de pena a ser consideradas.

11 - Aplicando-se, por fim, a regra prevista no artigo 69 do Código Penal, fica a pena do réu definitivamente fixada em 01 (um) ano de reclusão e 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

12 - O valor do dia-multa deve ser fixado em 01 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos por ocasião do pagamento.

13 - O regime inicial aberto deverá ser mantido para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

14 - A pena privativa de liberdade acima fixada por substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, nos moldes a serem definidos pelo Juízo da Execução Penal, e pena de prestação pecuniária consistente no pagamento de 02 (dois) salários mínimos por mês de condenação. Todavia, verifica-se que referido valor encontra-se dissociado da prova dos autos quanto à condição econômica do réu, motivo pelo qual reduzo o mesmo para 01 salário mínimo por mês de condenação, perfazendo um total de 20 (vinte) salários mínimos a título de pena de prestação pecuniária, além de manter a pena de multa já arbitrada anteriormente.

15 - Apelação do réu a que se dá parcial provimento. Sentença reformada em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do réu, para reduzir sua pena para 01 (um) ano de reclusão e 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, reduzindo o valor do dia-multa para 01 (um) salário mínimo e a pena de prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, para 01 (um) salário mínimo por mês de condenação, perfazendo um total de 20 (vinte) salários mínimos, mantendo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de novembro de 2014.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de APELAÇÃO CRIMINAL interposto por GEORGES PANTAZIS em face da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Campinas/SP, que condenou o réu como incurso nas penas do artigo 334, *caput*, do Código Penal, em concurso material com o artigo 93 da Lei nº 8.666/93, à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 163 (cento e sessenta e três) dias-multa, fixado o valor do dia multa em 02 (dois) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos monetariamente por ocasião do pagamento. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em pena de prestação pecuniária e pena de prestação de serviços à comunidade. Custas na forma da lei (fls. 329/348).

Consta da denúncia que:

(...) GEORGES PANTAZIS, na qualidade de proprietário e administrador da empresa INTERFABRIC E INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, utilizou-se de documentos de terceiro para habilitar-se em licitação promovida pela UNIÃO e importou produtos controlados sem a devida autorização.

GEORGES PANTAZIS, na qualidade de proprietário e gerente da empresa INTERFABRIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, importou, via remessa postal, produto controlado de uso restrito do Exército, sem licença prévia, conforme se denota das informações emitidas pela

Advocacia Geral da União às fls. 03 e seguintes.

Além disso, o agente, para participar do Pregão Eletrônico 023/2009, promovido pela União através da base administrativa do Comando da 11ª Brigada de Infantaria Leve em Campinas, declarou ter capacidade técnica para participar do certame, tendo, no entanto, utilizando-se de documentação de uma outra empresa do mesmo ramo - STOPOWER SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA.

Pois bem, os fatos acima foram objeto de caudaloso processo judicial perante a Justiça Federal e também de Processo Administrativo movido pelo Ministério da Defesa (fls. 505 e seguintes, Apenso I, volume 2), anexos à presente denúncia, compulsando os autos de ambos, conclui-se que a empresa INTERFABRIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA importou o produto de uso restrito sem a devida autorização, conforme se denota do documento de fls. 472/473 do Apenso I, Volume 2, para entregar como amostra na 11ª Brigada de Campinas (fl. 12), tendo como objetivo participar de licitação.

O material importado, consistente em 08 placas balísticas para coletes, foi devidamente apreendido, conforme denota-se à fl. 21 e passou por perícia (fls. 36/37).

Colhido o depoimento do acusado, às fls. 125/126, aduziu que em outubro de 2009, solicitou, na qualidade de proprietário da empresa INTERFABRIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, da empresa TENCATE ADVANCED ARMOUR, um jogo de placas balísticas para coletes a prova de balas, com a finalidade de apresentar como amostra e então, participar do Pregão Promovido pela UNIÃO. Esclareceu também que as placas não tinham valor comercial; que foram devidamente recolhidos os Impostos de importação e ICMS e que, como o material foi enviado via FEDEX, sem sua autorização, e não por importação regular, não houve tempo de obter licença prévia do Exército Brasileiro.

Porém, tais informações fornecidas pelo acusado não se prestam a ilidir os delitos praticados por ele, mormente a declaração falsa, apresentada com dolo para participar da licitação, com prejuízo evidente à fiscalização e aos demais licitantes.

Também a importação de produto controlado sem a devida autorização do Exército, nos moldes de seu Regulamento-105 (fls. 81/83 do Apenso I - volume 2), não se justifica, nem pela falta de tempo e muito menos pela alegação de ausência de valor econômico. Temos, portanto, que sejam quais foram as circunstâncias que levaram o acusado a agir dessa forma reprovável e escusa, tais fatos devem ser devidamente apenados pela Justiça par que se busque a reparação de todos os prejuízos causados, além de reprimir outras condutas semelhantes.

II. Da autoria e materialidade delitivas

A autoria e materialidade dos ilícitos perpetrados pelo denunciado estão demonstradas através do processo apenso os autos principais (apenso 1, com 3 volumes), que trata das irregularidades constatadas no processo licitatório, mormente declaração falsa, feita pelo denunciado, e seu depoimento pessoal, às fls. 125/126.

III. Da imputação penal

Ao apresentar documentos de terceiros perante a licitação promovida pela União no âmbito do Comando da 11ª Brigada de Infantaria Leve em Campinas, incorreu o denunciado nas penas previstas pelo artigo 93 da Lei nº 8.666/93. Além disso, ao importar produto de uso controlado sem autorização, incorreu também nas penas previstas no art. 334 do Código Penal, a seguir transcritos:

(...)

IV. Dos pedidos

Pelo exposto, o *Ministério Público Federal* denuncia GEORGES PANTAZIS pela prática dos crimes previstos no artigo 334 do Código Penal e artigo 93 da Lei 8.666/93, em concurso material, na forma do art. 69 do Código Penal, requerendo o recebimento e autuação desta peça. (...) (fls. 138/141) (os destaques são no original).

A denúncia foi recebida em 21 de setembro de 2009 (fl. 142/142vº).

Defesa preliminar, arrolando testemunhas, acostada as fls. 154/158.

Decisão determinando o regular prosseguimento da ação penal e designando audiência de instrução e julgamento às fls. 161/161vº.

Testemunhas de defesa ouvidas às fls. 178/182 (mídia de fl. 183).

Testemunha de acusação ouvida às fls. 213/214 (mídia de fl. 215).

Interrogatório do acusado a fl. 222 (mídia de fl. 223).

Requerimentos do Ministério Público Federal, na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, acostados às fls. 225/226. Pedidos deferidos à fl. 227.

Nova mídia contendo os depoimentos das testemunhas de defesa encartada à fl. 232 dos autos.

A defesa não apresentou requerimentos na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal (fls. 257).

Em alegações finais, o Ministério Público Federal requereu a condenação do acusado nos termos da denúncia (fls. 258/276), enquanto a defesa se bateu pela absolvição do réu (fls. 301/326).

A sentença condenatória foi prolatada em 22 de março de 2013 (fls. 329/348), intimando-se o Ministério Público Federal em 25 de março de 2013 (fl. 349vº) e disponibilizando-se no Diário Eletrônico da Justiça em 03 de abril de 2013 (fl. 351).

Apela o réu alegando, preliminarmente, ser nula a r. sentença condenatória por não ter apreciado fundamento relevante trazido pela defesa, bem como por não ter respeitado o princípio da vinculação temática, tendo a r. sentença fundamentado a condenação em fatos e circunstâncias não descritos na exordial acusatória, sendo de rigor o reconhecimento das nulidades ora trazidas à baila. No mérito, alega que o réu não agiu com dolo e que os documentos mencionados na denúncia deveriam ser verificados por funcionários do exército, o que descaracteriza o crime tratado no artigo 93 da Lei nº 8.666/93, afirmando, ainda, que, em relação ao delito de contrabando, não restou comprovada a autoria imputada ao réu e, caso assim se entenda, é cabível a aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, ou próxima a este, para cada um dos delitos, bem como seja redimensionada a pena de multa aplicada ao acusado (fls. 419/459).

Com as contrarrazões (fls. 462/492), os autos subiram a esta E. Corte Regional, na qual o douto Procurador Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 495/501).

É O RELATÓRIO.

A revisão.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

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

Antes de adentrar ao mérito da ação penal, cabe analisar as matérias preliminares trazidas à baila pela defesa do apelante.

Alega o recorrente ser nula a r. sentença de primeiro grau por não ter analisado sua alegação de ser impossível condenar-se o réu pelo crime previsto na Lei nº 8.666/93 quando a

documentação apresentada seria, posteriormente, verificada por funcionário público envolvido no processo licitatório.

Não assiste razão ao recorrente, já que referida alegação diz respeito ao mérito do recurso. Analisando detidamente a r. sentença condenatória, temos que a autoria e a materialidade delitiva foram exaustivamente analisadas pelo MM. Juízo *a quo*, propiciando o manejo do bem lançado recurso pela marvótica defesa. Frise-se que o Juiz não está obrigado a analisar e rebater pormenorizadamente todos os argumentos trazidos à baila pela defesa, não havendo qualquer eiva a contaminar a decisão ora objurgada.

Também não há que se falar em nulidade da r. sentença de primeiro grau pela não observância do princípio da correlação temática.

Compulsando o *decisum* ora contestado, verificamos que o MM. Juízo de Piso condenou o apelante por ter apresentado documentação inidônea com o fim de participar de procedimento licitatório. Ainda que desconsideremos a menção à origem e data de validade das placas balísticas objeto do processo licitatório, temos que o réu foi condenado não por tais motivos, efetivamente citados na sentença, mas sim porque utilizou-se de documentação não permitida e alterando dados na mesma, de modo a enquadrar-se no quanto descrito no edital licitatório.

Nesse sentido, trago à colação trecho das bem lançadas contrarrazões do Ministério Público Federal, *in verbis*:

(...) ainda que se considere que houve violação ao princípio da correlação temática, ainda assim não seria o caso de nulidade da r. sentença, pois, da simples leitura desta, verifica-se que o apelante foi condenado às sanções do crime de fraude à licitação previsto no art. 93 da Lei nº 8.666/93 por outros fatos que não só o referente à entrega dos referidos produtos com a modificação do real fabricante e da data de validade, de modo que a exclusão deste fato não descaracterizaria o crime de fraude ao certame licitatório.

Dito de outro modo, ainda que se *desconsidere, retire* da sentença condenatória as irregularidades que macularam a entrega das amostras das placas balísticas (superposição de etiqueta sobre o real fabricante a adulteração da data de validade), os fundamentos remanescentes da decisão são suficientes e bastam para a comprovação da fraude exigida pelo tipo penal e para a manutenção do decreto condenatório. (...) (fl. 467).

Rejeitadas as preliminares, passo a análise do mérito do recurso.

ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.666/93

Consta da denúncia que o réu, na qualidade de proprietário e administrador da empresa INTERFABRIC E INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, utilizou-se de documentos de terceiro para habilitar-se em licitação promovida pelo Exército Brasileiro.

A materialidade do delito previsto no artigo 93 da Lei nº 8.666/93 restou sobejamente demonstrada pelo Ofício nº 041/SLC, acostados às fls. 13/18, pelo Relatório Final acostado às fls. 133/134 e pelos Apenso I e II que acompanham o presente feito.

A autoria também restou comprovada, como passaremos a demonstrar.

Como se observa do documento acostado às fls. 81/83 do Apenso I, a empresa INTERFABRIC foi notificada pelo Exército Brasileiro de que não poderia participar do certame ora tratado, pois não possuía as autorizações legais para tanto. Transcrevo trecho do Ofício citado para melhor esclarecer a questão:

(...)

d) é por conseguinte, vedado ao mandatário, ainda que se trate de representante comercial, exercer, com base em poderes conferidos por outrem em instrumento de mandato, *em nome próprio*, o comércio de produtos controlados de uso restrito ou participar de processo licitatórios de tais produtos nos quais os instrumento convocatórios exijam, dos participantes, registro no Exército.

(...)

Incumbiu-me, também, o Senhor Comandante da 5ª Região Militar - 5ª Divisão de Exército, de informar que essa empresa possui em suas apostilas a atividade de comércio de produtos controlados de *uso restrito sem fabricá-los*, portanto, salvo outro juízo, sem amparo legal para o exercício da referida atividade com estes produtos. (...)

Assim, o réu sabia que não possuía condições de participar do certame apresentando documentação de terceiro.

A despeito disso, o réu, no comando de sua empresa, apresentou a documentação exigida no certame utilizando-se de registro emitido em nome de outra empresa, a STOPOWER SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA, como nos dão conta os documentos de fls. 159/163.

É necessário repisar que o réu sabia que não poderia emitir nota fiscal em nome da empresa STOPOWER, ou seja, não poderia participar da licitação utilizando-se desse expediente, como já explicitado. Mesmo assim, o réu levou adiante sua intenção de participar do certame licitatório, não se importando com as determinações legais que regiam a matéria.

Referido comportamento redundou em efetiva perturbação ao procedimento licitatório, incorrendo, assim, o réu nas penas do artigo 93 da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, importante registrar trechos do Ofício nº 001/SLC/2010, acostado às fls. 392/394 do Apenso I (volume II), *in verbis*:

(...) 2. Conforme NOTIFICAÇÃO enviada para essa empresa, datada em 22 de dezembro de 2009, esta Organização Militar informa que tomou conhecimento do Ofício 2049-SFPC/5.2.B, de 2 de julho de 2009, recebido nessa empresa em 06 de julho de 2009.

3. O citado ofício cientificou a retificação do Certificado de Registro (CR), dessa empresa (CR 52150 - SIGMA - SFPC/5), informando que:

(...)

4. No entanto, mesmo tendo conhecimento dessas limitações legais no que se refere à comercialização/venda de produtos controlados de uso restrito, essa empresa participou do Processo de Licitação de Pregão Eletrônico para Sistema de Registro de Preços 023/2009-SLC, desta Organização Militar *na situação de concorrente*.

5. Contrariando a vedação imposta pela Administração acima apontada, também se insurgiu contra os requisitos da concorrência expressos no Edital de Pregão Eletrônico para Sistema de Registro de Preços 023/2009-SLC, incorrendo nas penas, vazados da seguinte forma:

(...)

7. Desta forma a empresa Interfabric Indústria e Comércio Ltda. *comportou-se de modo inidôneo e fez declaração falsa* perante a Administração Pública, incorrendo em falta grave, pois participou efetivamente do certame, quando estava expressamente impedido de fazê-lo, gerando prejuízo ao andamento desse processo licitatório. (...) (os destaques são no original).

Restou comprovado que o apelante sabia que não podia participar do certame em questão pois não tinha autorização para tanto, sendo-lhe vedado utilizar-se de autorizações de terceiro, ainda que fosse procurador daqueles. O que se depreende da documentação citada acima é que o acusado desrespeitou, deliberadamente, as regras de participação impostas pela

entidade licitante.

Não se diga que o apelante não tinha consciência da ilicitude dos seus atos, pois foi formalmente informado da impossibilidade de inscrever-se no certame da maneira que o fez. Ainda é necessário ressaltar que as testemunhas de defesa, embora tenham informado que o réu é pessoa idônea e que, supostamente, o procedimento adotado possa parecer normal, afirmaram não ter conhecimento do edital ou de qualquer outro fato que recomendasse o procedimento ora citado.

Como se tudo isso não bastasse, temos que o próprio réu afirmou, em seu interrogatório, que já participou de várias licitações com o mesmo ente contratante e tem experiência, inclusive, em contratos internacionais, não se podendo admitir, assim, que não tivesse plena consciência de sua conduta, agindo de maneira dolosa com o fim de produzir resultado diverso daquele legalmente previsto para o certame, sendo de rigor a manutenção da condenação.

ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL

Consta da denúncia que o réu, na qualidade de proprietário e gerente da empresa INTER-FABRIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, importou, via remessa postal, produto controlado de uso restrito do Exército, sem licença prévia, conforme se denota das informações emitidas pela Advocacia Geral da União às fls. 03 e seguintes.

Pretende o apelante a reforma da decisão do Juízo de Primeiro Grau, afirmando ser possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de contrabando. Alega também que não agiu com dolo.

A materialidade do delito previsto no artigo 334 do Código Penal restou sobejamente demonstrada pelo Auto de Apreensão de fls. 21, pelo Laudo de Exame de Blindagem Balística de fls. 29/35 e pelo Relatório Final acostado às fls. 133/134.

A autoria também restou comprovada, como passaremos a demonstrar.

No caso concreto a inicial acusatória descreve que teriam sido apreendidas oito placas balísticas para coletes, irregularmente importadas da empresa TEN CATE ADVANCED ARMOUR, com endereço na França, em poder do réu.

Considerando que a importação de produtos controlados pelo Exército só é possível após a obtenção de autorização legal, temos que o réu agiu de maneira criminosa ao importar as placas mencionadas. Observando a sequência dos fatos narrados, temos que o réu afirmou, mas não provou, que teria pedido uma licença ao exército para importar a mercadoria mencionada.

A despeito do suposto pedido de licença, o réu fez importar as placas balísticas para participar de certame licitatório, independentemente de saber se aquele seria deferido ou não. O correto seria esperar o deferimento do pedido e, então, requerer a importação do material citado.

Não foi essa a conduta do réu. Mesmo sabedor da irregularidade da conduta, pois havia pedido a licença para importação do material, agiu em confronto ao regramento legal atinente à situação dos autos. Ou seja, não se portou com a regularidade sabidamente necessária ao realizar a importação das placas, incorrendo assim no delito de contrabando.

Não cabe, ainda, falar-se que a empresa francesa enviou os equipamentos sem a autorização do réu, como uma “amostra”. Dita versão dos fatos não restou comprovada nos autos, já que inexistente prova testemunhal ou documental nesse sentido, o que demonstra, de maneira cabal, o cometimento do crime e a presença do dolo na conduta do réu.

Com efeito, os equipamentos irregularmente importados se destinam à defesa pessoal contra armas de fogo, mercadorias de uso controlado pelo exército e notoriamente proibidas

em território nacional quando não autorizadas, não se viabilizando regularmente em qualquer hipótese, motivo pelo qual não há que se falar na insignificância da referida conduta que, no caso concreto, atingiu de forma plena a proibição da importação da mercadoria apreendida, cuja tutela abrange a segurança e a paz social.

Nesse sentido já se decidiu nessa corte regional, *in verbis*:

PENAL. CRIME DE CONTRABANDO. MÁQUINAS CAÇA - NÍQUEIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. I - *A aplicação do princípio da insignificância não se autoriza no caso em tela, na medida em que trata do crime de contrabando, onde não se deve levar em conta somente valores patrimoniais, mas também o prejuízo que a conduta traz à sociedade, ainda mais quando as mercadorias apreendidas se destinam à exploração de jogo de azar, cuja proibição em território nacional é notoriamente conhecida.* II - Ordem conhecida e denegada. (HC 00257341120124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/10/2012 ..FONTE _REPUBLICACAO:.)

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO RECURSO INTERPOSTO PELA ACUSAÇÃO. CONTRABANDO. MERCADORIA PROIBIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS DE AUTORIA. 1. Conforme dispõe expressamente o art. 576 do Código de Processo Penal, “o Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto”, o qual será submetido a julgamento, a despeito da apresentação de razões recursais em conformidade com a própria decisão impugnada. 2. *O princípio da insignificância é aplicável ao delito de descaminho, na medida em que a exação resulte inferior a R\$10.000,00, em consonância com a jurisprudência dominante, segundo a qual esse seria o valor mínimo para cobrar o crédito tributário correspondente. Mas no caso do contrabando, no qual as mercadorias são de internação proibida, não há falar em crédito tributário e, em consequência, aplicabilidade do princípio da insignificância.* 3. *Na espécie, o acusado foi surpreendido explorando duas máquinas caça-níqueis em seu estabelecimento comercial. (...).* (RSE 00067120820104036120, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/03/2012 ..FONTE _REPUBLICACAO:.)

PENAL. APELAÇÃO. CONTRABANDO. ARTIGO 334, § 1º, “C”, DO CÓDIGO PENAL. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. UTILIZAÇÃO EM ATIVIDADE COMERCIAL. MATERIALIDADE DELITIVA CONFIGURADAS. PROVA DA PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. CONDENAÇÃO. (...). 2. *Ao contrário do que expôs o juízo a quo para fundamentar a absolvição, os fatos imputados se amoldam à espécie típica do contrabando, porquanto os equipamentos eletrônicos “caça-níqueis” utilizados na atividade comercial do réu, bem como os componentes empregados na sua montagem, são efetivamente de importação proibida, estando sujeitos a apreensão pela autoridade administrativa, nos termos do que dispõe o art. 1º da Instrução Normativa SRF nº 309, de 18.03.2003 (DOU de 21.03.2003).* 3. *O reconhecimento do princípio da bagatela se deve à irrelevância da lesividade ao bem jurídico tutelado, de forma a tornar imerecida a repercussão penal à conduta formalmente típica, tendo por base os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal nas relações jurídicas.* 4. *A adoção de um limite de insignificância nos delitos ofensivos à atividade tributária aduaneira se justifica pelo desinteresse da Fazenda em cobrar os créditos tributários de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20, da Lei 10.522/02. Nestes casos, estamos diante do crime de descaminho, cuja objetividade jurídica consiste no interesse fiscal do Estado em seu aspecto meramente econômico.* 5. *Diferente é o caso em tela, no qual o enquadramento típico da*

conduta se refere ao cometimento de contrabando, espécie criminosa que, conquanto esteja também prescrita no art. 334, do Código Penal, tem como bem jurídico tutelado a moralidade e a segurança pública, as quais são resguardadas pela proibição legal da entrada dos itens apreendidos no território nacional. 6. Apelação ministerial provida. Condenação. (ACR 00044283420084036108, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Há que se destacar, ainda, a existência de diversas decisões recentemente proferidas pelos Tribunais Superiores, afastando a aplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de contrabando, *in verbis*:

Habeas corpus. 2. Contrabando. 3. Aplicação do princípio da insignificância . 4. Impossibilidade. Desvalor da conduta do agente. 5. Ordem denegada. (HC 110964, GILMAR MENDES, STF.)

(...) EMEN: *HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE CONTRABANDO. IMPORTAÇÃO CLANDESTINA DE GASOLINA ORIUNDA DA VENEZUELA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA. 1. O princípio da insignificância não se aplica ao delito de contrabando, por não se tratar de crime puramente fiscal. 2. Com efeito, ao contrário do que ocorre com o delito de descaminho, o bem juridicamente tutelado, no crime de contrabando, vai além do mero valor pecuniário do imposto elidido, pois também visa à proteção do interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Ordem de habeas corpus denegada... EMEN:(HC 201202334727, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:25/04/2013 ..DTPB:.)

Deverá ser afastada, portanto, a aplicabilidade do princípio da insignificância ao caso concreto.

Assim, tenho que restaram plenamente comprovadas, nos autos, a materialidade e a autoria delitivas.

Nesse sentido, vale trazer à colação o bem lançado parecer do Ilustríssimo Procurador Regional da República, Dr. João Francisco Bezerra de Carvalho, *in verbis*:

(...) Em que pese a alegação da defesa no sentido de ver aplicado ao delito de contrabando ora sob análise o princípio da insignificância, cumpre registrar que aqui, diferentemente do descaminho, há outros interesses públicos lesados, razão pela qual o princípio da insignificância não encontra acolhida aqui.

Por outro lado, o princípio da insignificância somente se aplica aos crimes cuja objetividade jurídica aponta para os cofres públicos. Jamais para o crime de contrabando, eis que a burla a importações proibidas está a ofender diretamente não o Erário (não incide imposto sobre a atividade), mas sim a própria administração pública e alfandegária (indiretamente o consumidor, a saúde e moralidade públicas etc).

Ora, nos ilícitos alfandegários que implicam em crimes de contrabando não há imposto, multa ou acessórios a serem recolhidos pelo importador, tendo em vista que a nacionalização do bem já é, por si só, proibida. Decorrência inarredável disso é a perda e destruição do bem, a serem decretados no respectivo procedimento fiscal, e não a constituição de crédito tributário a ser recolhido pelo interessado, como ocorre nas hipóteses de descaminho.

E não é outro o entendimento jurisprudencial. Vejamos:

(...)

Desta feita, nota-se a inaplicabilidade do princípio da insignificância a crimes de contrabando como *in casu*. (...) (fls. 497vº/498vº)

Desta feita, a manutenção da sentença condenatória é medida que se impõe.

Passo a analisar a dosimetria das penas.

Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico que os motivos do crime de contrabando e suas consequências foram normais à espécie, sendo certo ainda que a culpabilidade do réu é normal ao caso dos autos, motivos pelos quais reduzo a pena-base do delito ao mínimo legal, 01 (um) ano de reclusão.

No delito de fraude à licitação, temos que a situação apresenta-se de maneira diversa. Analisando o caso dos autos, temos que o autor, sabedor da ilicitude da sua conduta, tomou providências no sentido de, ainda assim, tentar participar da licitação, demonstrando intensa culpabilidade, motivo pelo qual fixo a pena-base do delito em 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, para o delito previsto no artigo 93 da Lei nº 8.666/93.

Na segunda fase de fixação de pena, observo que a moderna Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem permitido a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, não havendo motivo lógico, assim, para não se permitir a compensação da reincidência com outras atenuantes.

No caso dos autos, presente a atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal (réu maior de 70 anos na data da sentença) e a agravante da reincidência, compenso a agravante da reincidência com a atenuante da idade do réu na data da sentença, mantendo a pena-base nos termos em que lançadas, ausentes outras atenuantes ou agravantes no caso dos autos.

Não existem causas especiais de aumento ou diminuição de pena a ser consideradas.

Aplicando-se, por fim, a regra prevista no artigo 69 do Código Penal, fica a pena do réu definitivamente fixada em 01 (um) ano de reclusão e 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

O valor do dia-multa deve ser fixado em 01 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos por ocasião do pagamento.

O regime inicial aberto deverá ser mantido para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade acima fixada por substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, nos moldes a serem definidos pelo Juízo da Execução Penal, e pena de prestação pecuniária consistente no pagamento de 02 (dois) salários mínimos por mês de condenação. Todavia, verifica-se que referido valor encontra-se dissociado da prova dos autos quanto à condição econômica do réu, motivo pelo qual reduzo o mesmo para 01 salário mínimo por mês de condenação, perfazendo um total de 20 (vinte) salários mínimos a título de pena de prestação pecuniária, além de manter a pena de multa já arbitrada anteriormente.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação do réu, para reduzir sua pena para 01 (um) ano de reclusão e 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, reduzindo o valor do dia-multa para 01 (um) salário mínimo e a pena de prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, para 01 (um) salário mínimo por mês de condenação, perfazendo um total de 20 (vinte) salários mínimos, mantendo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0010977-85.2012.4.03.6119
(2012.61.19.010977-7)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E MIGUEL ANGEL MARTIN GIL (réu preso)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: ACr 56697
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2015

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVADO. ABSOLVIÇÃO (ART. 386, VI, CP). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA: PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59, CP CONJUGADA COM O ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. DESFAVORÁVEIS. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 65, III, “D”, DO CP). INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE DELAÇÃO PREMIADA (ART. 41, LEI 11.343/06). CONFIGURADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 (ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA). IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DA TRANSNACIONALIDADE (ART. 40, I, LEI 11.343/06). INCIDÊNCIA. PATAMAR FIXADO. CORRETO. AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÕES DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO DESPROVIDAS.

I. Apelações da defesa e da acusação contra sentença condenatória às penas privativa de liberdade de 08 anos, 03 meses e 05 dias de reclusão que, considerado o tempo de prisão provisória do réu na forma do art. 387, § 2º, do CPP (de 31/10/2012 até a data da sentença - total de 07 meses e 21 dias), tronou-se em 07 anos, 07 meses e 02 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 631 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época, pela prática do crime no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

II. Materialidade delitiva e a autoria dolosa demonstradas pelas provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

III. Não merece guarida à pretensão de reconhecimento de estado de necessidade exculpante, como excludente de ilicitude, por inexigibilidade de conduta diversa em razão das dificuldades financeiras e idade avançada do réu para o labor, quer para fins da absolvição na forma do art. 386, VI, do CPP, quer para aplicação da causa de diminuição de pena do § 2º do art. 24 do CP. Noutro vértice, o acusado sequer logrou êxito em comprovar a dificuldade financeira, cujo ônus competia à defesa, a teor do art. 156 do CPP.

IV. O art. 42 da Lei Antidrogas configura norma especial em relação ao art. 59 do CP, devendo o magistrado dar maior relevo à natureza e quantidade do entorpecente em cotejo com as demais circunstâncias judiciais (art. 59, CP). Razoável a fixação

da pena-base acima do mínimo legal, considerada a natureza (cocaína) e quantidade (massa bruta de 10.483 - massa líquida de 10.021g) da droga apreendida. As demais circunstâncias judiciais também foram devidamente sopesadas no decreto condenatório, o que, inclusive, norteou a elevação da pena acima do mínimo legal.

V. É remansosa a jurisprudência no sentido da aplicação da atenuante genérica do art. 65, III, “d”, do CP, desde que espontânea, sendo irrelevante que o agente tenha sido preso em flagrante. O juiz utilizou expressamente a confissão para a formação do seu convencimento. Segundo orientação do STJ, para configuração da atenuante, basta o simples reconhecimento, pelo acusado, da prática do delito, seja perante a autoridade policial, seja em juízo, mostrando-se irrelevante, ainda, que a confissão tenha sido incompleta ou parcial, ou mesmo que tenha sido realizada só na fase inquisitorial, com posterior retratação em juízo. Recente jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que “a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea ‘d’ do inciso III do artigo 65 do Código Penal” (*AgRg no REsp 1.416.247/GO*).

VI. A forma de execução do delito e a logística empregada demonstram o envolvimento do acusado com organização criminosa voltada ao tráfico internacional, não atendidos os requisitos necessários à concessão do benefício insculpido no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Não se exige o requisito de estabilidade na integração à associação criminosa para afastar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Se configurada tal estabilidade ou permanência, estaríamos diante do crime de associação para o tráfico tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico tipificado no art. 33 do mesmo diploma legal, o que, todavia, à mingua de recurso da acusação nesse sentido, sequer pode se aventada tal possibilidade (princípio da *non reformatio in pejus*).

VII. Para o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena descrita no art. 41 da Lei nº 11.343/2006, em razão do instituto denominado pela doutrina de delação premiada, faz-se imprescindível à eficácia da delação, mediante a indicação de elementos a possibilitar a identificação dos demais integrantes da estrutura criminosa. Da análise dos autos, infere-se que tal benefício foi negado na sentença com lastro no probatório colhido na instrução criminal, pois o acusado não delatou de forma eficaz a existência de organização criminosa nem possibilitou o seu desmantelamento ou prisão de seus membros. VIII. O legislador, ao prever a causa especial de aumento da pena pela transnacionalidade, normatizada pelo art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, pretendeu estabelecer distinção em relação à exportação nacional tipificada no art. 33 (*caput*), consubstanciada esta na remessa de entorpecente para fora do Estado, Município ou Região, porém, dentro do País. Para a caracterização da majorante é imprescindível que a operação realizada seja destinada à introdução de substâncias entorpecentes no território nacional ou de sua difusão para o exterior, como se verificou na espécie (Brasil - Portugal - Espanha). Respeitante ao *quantum*, a causa de aumento de pena do art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, diz respeito unicamente à internacionalidade ou transnacionalidade do tráfico de drogas, sendo irrelevante a trajetória geográfica a ser percorrida. Noutro vértice, cogitando-se a internacionalidade, ou transnacionalidade do delito, como única causa de aumento de pena, é de rigor a sua fixação no patamar mínimo de 1/6. A aplicação em patamar superior deve ser reservada ao concurso de causas de aumento de pena constantes do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006.

IX. O legislador, ao fixar os parâmetros da pena pecuniária, observou as caracte-

rísticas inerentes ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo que as questões referentes à eventual impossibilidade de cumprimento, assim como relativas ao eventual decreto de expulsão, devem ser discutidas, no momento oportuno, perante o Juízo das Execuções.

X. Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o juiz deve valer-se não apenas das penas impostas, mas igualmente das circunstâncias judiciais. Nesse sentido: Súmulas 440/STJ e 718/STF e 719/STF. Respeitante ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o legislador infraconstitucional dispensou tratamento mais rigoroso ao estabelecer no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado. Porém, a Suprema Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal (HC 111.840, de 27/06/2012). Dessa forma, embora permitido regime inicial mais brando para os crimes hediondos e equiparados, devem ser observados os critérios comuns aos demais delitos (art. 33, do CP). Considerando a pena privativa de liberdade de 07 anos, 07 e 21 dias (já descontado o tempo de prisão provisória até a data da sentença condenatória - art. 387, § 2º, do CPP), somado ao quadro de circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, em conjugação com o art. 42 da Lei nº 11.343/06, que não se mostram em sua integralidade favoráveis ao acusado, impõe-se a manutenção do regime inicial fechado (art. 33 c/c art. 59, CP).

XI. O Pleno do STF declarou inconstitucional o impedimento legal da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (HC 97256/RS). Assim, embora permitida a conversão da pena privativa de liberdade, devem ser preenchidos os requisitos legais necessários. Na espécie, cuja pena privativa de liberdade é superior a 04 anos de reclusão, impossibilitada à substituição por restritiva de direitos (art. 44, inciso I, CP).

XII. Apelações da defesa e da acusação desprovidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal (fls. 213/223) e por Miguel Angel Martin Gil (fls. 244/259) contra a r. sentença de fls. 197/204, proferida pelo MM. Juízo Federal da 6ª Vara da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, que julgou procedente ação penal para condenar o acusado à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, e considerando o tempo de prisão provisória do réu, de 31/10/2012 até a data da sentença, perfazendo 07 (sete) meses e 21(vinte e um) dias,

torno-a em 07 (sete) anos, 07 (sete) meses e 02 (dois) dias de reclusão, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.736/12), em regime inicial fechado, e ao pagamento de 631 (seiscentos e trinta e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época, pela prática do crime no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Consta de denúncia (fls. 53/54), que Miguel Angel Martin Gil, em 31.10.2012, “trazia consigo oculto em sua bagagem, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, no exterior, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regularmente, 10.021 g (dez mil e vinte gramas) de cocaína - massa líquida, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica. No momento da prisão, o denunciado foi surpreendido pela Polícia Federal quando estava prestes a embarcar no voo TP084 da companhia aérea TAP Portugal, com destino final a Sevilha, Espanha”.

A denúncia foi recebida em 01.02.2013 (fls. 80/82).

Transcorrida a regra instrução processual, respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sobreveio a r. sentença condenatória publicada em 26.06.2013 (fl. 205).

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, com razões recursais às fls. 213/223, suscitando em síntese:

a) aumento da pena-base, invocando a aplicação dos critérios previstos no artigo 42 da Lei Antidrogas. Alega que a natureza (cocaína) da substância entorpecente ostenta grave potencial de indução ao vício e a quantidade apreendida é expressiva, tendo o condão de causar maior lesão ao bem jurídico tutelado. Sustenta também serem desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais pertinentes à culpabilidade (experiência suficiente para saber do caráter ilícito de suas condutas), motivos, antecedentes, circunstâncias e consequências do crime;

b) inaplicabilidade da atenuante da confissão. Alega que a descoberta do crime ocorreu exclusivamente em razão de diligência policial (prisão em flagrante), sendo admitida a autoria pelo réu depois de haver sido encontrada a substância entorpecente em seu poder. Ademais, afirma que o réu buscou ver reconhecida a existência de estado de necessidade exculpante, o que afastaria a atenuante;

c) majoração da causa de aumento referente à transnacionalidade. Aduz que o réu buscou violar interesse de mais Estados do que ocorre comumente (Brasil - Portugal - Espanha), merecendo reprimenda mais severa.

A defesa ofereceu contrarrazões às fls. 237/243, pugnando pelo desprovimento do recurso de apelação da acusação.

O acusado Miguel Angel Martin Gil, por seu turno, apelou, às fls. 244/259, requerendo, em síntese:

a) absolvição na forma do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, afirmando estar configurado o estado de necessidade exculpante, como causa de excludente da culpabilidade, diante da inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista a sua condição de hipossuficiência financeira; e, subsidiariamente, requer a aplicação da causa de diminuição prevista no § 2º do artigo 24 do Código Penal;

b) caso não absolvido, pleiteia a redução da pena aplicada com a fixação da pena-base no mínimo legal, ao argumento de serem favoráveis as circunstâncias judiciais;

c) aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo;

- d) reconhecimento da delação premiada;
- e) afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, vez que a internacionalidade do tráfico já integra o tipo penal (verbo exportar);
- f) afastamento da pena de multa. Alega que o réu, na condição de “mula”, está impossibilitado financeiramente de efetuar o pagamento integral da pena pecuniária, o que implicará em sua prisão por mais tempo do que o devido, violando o princípio constitucional do direito à liberdade, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna. Alega, ainda, que o processo de expulsão só se concretiza, conforme demonstra a experiência, com o pagamento integral da pena de multa;
- g) fixação de regime inicial e cumprimento da pena mais brando que o fechado;
- h) possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A acusação ofereceu contrarrazões às fls. 264/273, pugnando pelo desprovimento do recurso de apelação da defesa.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, atuante no segundo grau de jurisdição, lançou parecer às fls. 299/312, manifestando-se pelo parcial provimento do recurso da acusação para majoração da pena-base, vez que desfavoráveis as circunstâncias relacionadas à quantidade e natureza da droga apreendida, bem como pelo afastamento da atenuante de confissão; e pelo desprovimento da apelação da defesa.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

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

Em sentença exarada às fls. 197/204, proferida pelo MM. Juízo Federal da 6ª Vara da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, o réu Miguel Angel Martin Gil foi condenado à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, e considerando o tempo de prisão provisória do réu, de 31/10/2012 até a data da sentença, perfazendo 07 (sete) meses e 21(vinte e um) dias, resultou em 07 (sete) anos, 07 (sete) meses e 02 (dois) dias de reclusão, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.736/12), em regime inicial fechado, e ao pagamento de 631 (seiscentos e trinta e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época, pela prática do crime no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

As penas privativa de liberdade e pecuniária foram fixadas na sentença hostilizada nos seguintes moldes:

DOSIMETRIA DA PENA

Pena Privativa de Liberdade

1ª Fase (arts. 59 do CP e 42 da Lei nº 11.343/06):

. Pena-base de 08 anos e 06 meses de reclusão.

2ª Fase (atenuantes e agravantes):

a) Atenuante do art. 65, III, “d”, do CP (confissão) - reconhecida no patamar de 1/6.

. Pena reduzida para 07 anos e 01 mês de reclusão.

b) Atenuante Inominada (art. 66, do CP) - não foi reconhecida.

c) Sem agravantes.

3ª Fase (causa de diminuição ou aumento de pena):

a) Causa de diminuição do art. 24, § 2º, do CP - não foi reconhecida.

b) Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - não foi reconhecida.

c) Causa de aumento do art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 (transnacionalidade) - reconhecida no patamar mínimo de 1/6.

. Pena aumentada para 08 anos, 03 meses e 05 dias de reclusão.

Pena Definitiva

. Pena de 08 anos e 03 meses e 05 dias de reclusão

Art. 387, § 2º, do CPP (tempo de prisão provisória, administrativa ou internação).

Considerada a prisão provisória do réu, de 31/10/2012 até a data da sentença, de 07 meses e 21 dias de reclusão.

. Pena Privativa de Liberdade de 07 anos, 07 meses e 02 dias de reclusão.

Pena de Multa

1ª Fase (arts. 42 e 43 da Lei nº 11.343/06)

.Pena pecuniária de 650 dias-multa.

2ª Fase (atenuantes e agravantes):

a) Atenuante do art. 65, III, "d", do CP (confissão) - reconhecida no patamar de 1/6.

. Pena pecuniária reduzida para 541 dias-multa.

3ª Fase (causa de diminuição ou aumento de pena):

a) Causa de aumento do art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 (transnacionalidade) - reconhecida no patamar mínimo de 1/6.

. Pena pecuniária aumentada para 631 dias-multa.

Pena Definitiva

. Pena pecuniária de 631 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato (ausência de elementos indicativos de maior capacidade econômica do réu).

Inconformados, interpuseram recurso de apelação o Ministério Público Federal e a defesa.

Antes de adentrar ao exame das apelações, cumpre assinalar que, não obstante ausência de insurgência, mostra-se relevante fazer breves considerações acerca da materialidade delitiva e autoria dolosa do acusado.

A *materialidade delitiva* encontra-se demonstrada pelas provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. O Laudo Preliminar de Constatação de fls. 07/09 e o Laudo de Perícia Criminal Definitivo- Química Forense de fls. 112/115, atestaram ser cocaína a substância apreendida, totalizando a massa bruta dos invólucros 10.483 (dez mil quatrocentos e oitenta e três gramas) e a massa líquida dos invólucros 10.021g (dez mil e vinte e um gramas).

A *autoria* do crime foi comprovada pela situação de flagrância do réu transportando substância entorpecente (Auto de prisão de fls. 02/03), corroborada pelo conjunto probatório. Depoimentos do condutor Jonson Lara Júnior (Agente da Polícia Federal) às fls. 02/03 e da segunda testemunha, Alexandre Sérgio Vieira (Auxiliar de serviços portuários) à fl. 04 e, ainda, pelo próprio acusado, por ocasião de seu interrogatório de fl. 158 (CD - fl. 160). Demonstrado que o réu, de forma livre, voluntária e consciente, praticou o crime de tráfico internacional de entorpecentes.

A conduta delitiva imputada ao acusado Miguel Angel Martin Gil na peça acusatória ajusta-se ao *tipo penal* descrito no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, os quais dispõem:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Feitas essas ponderações, passo às alegações recursais da defesa e da acusação.

DO ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE

Pretende o acusado o reconhecimento de estado de necessidade exculpante, como excluente de ilicitude, decorrente de inexigibilidade de conduta diversa em razão das dificuldades financeiras enfrentadas e da idade avançada para o labor.

Contudo, não merece guarida a pretensão, quer para fins da absolvição na forma do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, quer para o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 2º do artigo 24 do Código Penal, como pleiteado.

Estabelece o artigo 24 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Na espécie, não se verificam presentes os requisitos mínimos para configuração do estado de necessidade.

Percalços econômicos, ainda que agravados por idade avançada, *de per si*, não podem justificar o cometimento da conduta delitiva, pois não se pode aceitar que o tráfico internacional de entorpecentes seja a única alternativa de sobrevivência do réu. Registro, por oportuno, que o réu, nascido em 29.09.1958, conta hoje com 56 (cinquenta e seis) anos, o que entendo não se tratar sequer de idade avançada para o mercado de trabalho.

Saliente-se que o bem jurídico tutelado é a saúde pública e, ainda, o crime de tráfico de drogas é considerado de tamanha gravidade que foi equiparado ao crime hediondo.

Noutro vértice, o acusado sequer logrou êxito em comprovar a dificuldade financeira, cujo ônus competia à defesa, a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Portanto, não há que se falar em absolvição ou reconhecimento da causa de diminuição de pena preconizada no § 2º do artigo 24 do Código Penal.

Nesse sentido, é a orientação deste Egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONCEDIDO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AFASTADA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO.

AUTORIA. MATERIALIDADE E DOLO. COMPROVADOS. ERRO DE TIPO E ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO CARACTERIZADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE MAJORADA EM MENOR PROPORÇÃO. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM* EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DA INTERNACIONALIDADE. AFASTADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33 § 4º DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REALIZAÇÃO DA DETRAÇÃO PELO JUÍZO DO CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA.

Omissis

XI - O “estado de necessidade exculpante”, defendido pela teoria diferenciadora e de divergente aceitação doutrinária e jurisprudencial, é fundamentado na inexigibilidade de conduta diversa, requisito sem o qual inexistente culpabilidade. Contudo, nosso ordenamento jurídico adotou a teoria unitária, e assim, ou se trata de causa excludente da ilicitude ou de causa de diminuição de pena. E ainda que assim não fosse, melhor sorte não restaria à defesa, tendo em vista que a prática de tráfico internacional de entorpecentes não era a única alternativa de sobrevivência dos apelantes.

Omissis

XX - Preliminar de nulidade da sentença afastada. Apelação da defesa dos réus parcialmente provida para conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita, para majorar a pena-base em menor proporção, mantida no mais a sentença condenatória. (Destaquei) (TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR 0009967-06.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 10/06/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/11/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DO RECURSO: PREJUDICADO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. CRIME IMPOSSÍVEL: NÃO CONFIGURADO. ESTADO DE NECESSIDADE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: NÃO DEMONSTRADOS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

Omissis

8. Estado de necessidade exculpante e inexigibilidade de conduta diversa na prática da associação para o tráfico internacional de drogas não comprovados. Os réus não comprovaram a premência em salvar de perigo atual que não provocou por sua vontade, nem poderia evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, conforme determina o artigo 24 do Código Penal.

Omissis

17. Preliminares rejeitadas. Apelações parcialmente providas. (Destaquei) (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0003156-69.2008.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 25/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/03/2014)

DA PENA-BASE

A defesa pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal, afirmando que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao acusado.

Por sua vez, o Ministério Público Federal requer a majoração da pena-base, invocando a aplicação dos critérios previstos no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. Alega que a natureza (cocaína) da substância entorpecente ostenta grave potencial de indução ao vício e a quantidade apreendida é expressiva, tendo o condão de causar maior lesão ao bem jurídico tutelado.

Sustenta, também, desfavoráveis as circunstâncias judiciais pertinentes à culpabilidade (pois detém experiência suficiente para saber do caráter ilícito de suas condutas), motivos, antecedentes, circunstâncias e consequências do crime.

De início, pondero que o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 estabelece expressamente que o juiz, na fixação das penas, deverá considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim, o artigo 42 da Lei Antidrogas configura norma especial em relação ao artigo 59 do Código Penal, devendo o magistrado dar maior relevo à natureza e quantidade do entorpecente em cotejo com as demais circunstâncias judiciais do artigo 59 do compêndio penal.

Do exame do caso concreto, mostra-se razoável a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerada a natureza (cocaína) e quantidade (massa bruta de 10.483 - massa líquida de 10.021g) da droga apreendida.

Quanto às demais circunstâncias judiciais também foram devidamente sopesadas no decreto condenatório, o que, inclusive, norteou a elevação da pena acima do mínimo legal.

Confira-se trecho da sentença:

- a) Culpabilidade: traduz-se a conduta do réu em reprovação social, em face do ilícito perpetrado;
- b) Antecedentes: não são desabonadores, de acordo com as folhas de antecedentes e e-mail às fls. 68, 98, 100, 109 e 110;
- c) Conduta social: nada de desabonador apurou-se;
- d) Personalidade do agente: mostra-se desabonadora, pois demonstra má índole na maneira de agir e reagir às dificuldades que a vida lhe reservou e o completo desrespeito à saúde pública;
- e) Motivos determinantes: merece uma maior reprovação a conduta do réu, pois os motivos são antissociais, com a participação no tráfico de entorpecentes, demonstrando uma cobiça na busca de dinheiro de forma fácil. No caso, E\$ 8.000,00 (oito mil) euros;
- f) Circunstâncias objetivas: observo que o delito perpetrado em um Aeroporto Internacional, de modo oculto (substância entorpecente no interior de um aparelho - CPU de computador), de forma a dificultar a descoberta e a apreensão pela polícia, *com peso de 10.021g (dez mil e vinte gramas - massa líquida) de cocaína*;
- g) Consequências: os danos que as drogas causam à sociedade são irreparáveis, e a conduta do réu estava a contribuir com isso;
- h) Comportamento da vítima: não se pode imputar o comportamento à vítima nessa forma delituosa, uma vez que vítima é toda a sociedade (o Estado), a qual a lei, por si só, presume em perigo. (destaquei)

Dessa forma, entendo que não merece reparos a sentença nesse aspecto, visto que a pena-base foi devidamente fixada em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, com observância dos artigos 42 da Lei nº 11.343/2006 e 59 do Código Penal.

DA ATENUANTE DE CONFISSÃO (art. 65, III, “d”, do CP)

A acusação reclama pelo afastamento da atenuante da confissão prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, sustentando que a descoberta do crime ocorreu exclusivamente em razão de diligência policial (prisão em flagrante), sendo admitida a autoria pelo réu depois de haver sido encontrada a substância entorpecente em seu poder. Ademais, afirma que o réu buscou ver reconhecida a existência de estado de necessidade exculpante, o que afastaria a atenuante de confissão espontânea.

É remansosa a jurisprudência no sentido da aplicação da atenuante genérica do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, desde que espontânea a confissão, sendo irrelevante que o agente tenha sido preso em flagrante. Confira-se:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DANOSIDADE INERENTE AO DELITO ABSTRATAMENTE CONSIDERADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AFASTAMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO CONCRETA NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. (...) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS. COAÇÃO CARACTERIZADA.

1. A confissão realizada em juízo sobre a prática do delito de tráfico de entorpecentes é suficiente para fazer incidir a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, quando expressamente utilizada para a formação do convencimento do julgador, sendo irrelevante que o agente tenha sido preso em flagrante.

2. Habeas corpus concedido, em parte, para reduzir a pena-base e reconhecer, em favor do paciente, a atenuante genérica da confissão espontânea, tornando a sua reprimenda definitiva em 3 (três) anos e 5 (cinco) dias de reclusão e pagamento de 311 (trezentos e onze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnados. (Destaquei)

(STJ, HC 153.391/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011)

TRIBUNAL REGIONAL DA 3ª REGIÃO - TRF3

PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA - PENA-BASE - MANUTENÇÃO - CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE - ART. 62, INC.IV, DO CÓDIGO PENAL - INAPLICABILIDADE - ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA - APLICAÇÃO - INTERNACIONALIDADE - MAJORAÇÃO NO PERCENTUAL MÁXIMO QUE SE AFASTA - USO DE TRANSPORTE PÚBLICO - INAPLICABILIDADE DA MAJORANTE - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART.33,§ 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - AFASTAMENTO - DOSIMETRIA DA PENA - REFAZIMENTO - REGIME INICIAL FECHADO - FIXAÇÃO - PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

Omissis

4. No tocante à atenuante da confissão espontânea, o Relator ressaltou o seu entendimento pessoal sobre o tema, passando a aplicar o entendimento firmado pela E. Primeira Seção desta Corte, no sentido de que mesmo em casos de prisão em flagrante delito deve referida atenuante ser reconhecida, bastando que o réu tenha admitido a prática delitiva. E, no caso dos autos, verificou-se que efetivamente o réu confessou a prática delitiva, tanto na Polícia, como em Juízo, apenas dizendo que desconhecia a quantidade de drogas que transportava, o que não retira a admissão da prática criminosa narrada em detalhes, conforme se vê do interrogatório em sede policial e judicial procedido, neste último admitindo o réu a autoria dos fatos. Manutenção da redução operada em 06 (seis) meses na pena fixada em primeiro grau.

Omissis

14. Parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0003382-35.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 21/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/11/2014)

Note-se que o juiz utiliza expressamente a confissão para a formação do seu convenci-

mento, como se vê do excerto da sentença que ora transcrevo:

Frise-se que neste interrogatório, a confissão da imputação deve ser acreditada, na medida em que não há nada nos autos que a possa macular de vício ou irregularidade. Assim, merece crédito, em parte, a versão apresentada pelo réu Miguel Angel Gil, o que reforça a sua culpabilidade, diante do elemento anímico exteriorizado, demonstrando que, de fato, teve participação no transporte da substância entorpecente “cocaína”, estando sua mente livre e plenamente consciente. (fls. 200)

Ademais, segundo orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, para configuração da atenuante genérica da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), basta o simples reconhecimento, pelo acusado, da prática do delito, seja perante a autoridade policial, seja em juízo, mostrando-se irrelevante, ainda, que a confissão tenha sido incompleta ou parcial, ou mesmo que tenha sido realizada só na fase inquisitorial, com posterior retratação em juízo.

Nesse sentido, destaco o julgado abaixo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

Omissis

3. Segundo o entendimento consolidado neste Superior Tribunal, tem-se como configurada a atenuante genérica da confissão espontânea (artigo 65, III, “d”, do Código Penal) pelo simples reconhecimento, pelo acusado, da prática do delito, seja perante a autoridade policial, seja em juízo, sendo irrelevante, ainda, que a confissão tenha sido incompleta ou parcial, ou mesmo que tenha sido realizada só na fase inquisitorial, com posterior retratação em juízo.

Omissis

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer, em favor do paciente, a atenuante da confissão espontânea, tornando a sua reprimenda, em relação ao crime de tráfico de drogas, definitiva em 6 anos de reclusão e ao pagamento de 600 dias-multa. (Destaquei)

(STJ, HC 135.054/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 20/11/2013)

Por fim, a recente jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea ‘d’ do inciso III do artigo 65 do Código Penal” (AgRg no REsp 1.416.247/GO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 15/5/2014).

Logo, não prospera a insurgência do órgão ministerial pelo afastamento da atenuante genérica de confissão.

DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006

A defesa busca também o reconhecimento da causa de diminuição insculpida no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Contudo, na espécie, a forma de execução do delito e a logística empregada demonstram o envolvimento do acusado com organização criminosa voltada ao tráfico internacional, não atendidos os requisitos necessários à concessão do benefício.

Nesse contexto, dispôs o decreto condenatório:

Não há que se falar na causa de diminuição (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006), na medida em que pela quantidade de entorpecente - Cocaína - apreendida com o réu Miguel Angel Martin Gil, e a maneira dinâmica da empreitada criminosa, não há dúvida de que se encontra ligado a uma organização criminosa;(...). (fls. 202 e vº)

Ademais, como bem assinalou o Ministério Público Federal, em suas contrarrazões:

No caso em tela, não há dúvidas que a parte recorrente integrava organização criminosa voltada à prática do tráfico internacional de entorpecentes.

É que o tráfico internacional de drogas depende necessariamente da atuação de uma organização criminosa operando, no mínimo, em dois países. A parte denunciada atuava como um dos elos da corrente, qual seja, o transporte do entorpecente do fornecedor ao receptor/distribuidor localizado no estrangeiro.

Ademais, aquele que aceita realizar transporte de entorpecentes de um país para outro, ajustando sua entrega a terceira pessoa em solo estrangeiro, inequivocamente, tem ciência de que atua para uma organização criminosa. (fl. 270)

A conclusão pela ligação do acusado a uma organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas pode ser extraída, inclusive, de seu interrogatório:

(...); ganharia \$ 8.000,00 (oito mil) euros para transportar a droga; vim ao Brasil apenas para buscar a droga; por meio de um amigo conheci outra pessoa chamado Juan Carlos, na Espanha que foi quem pagou a viagem e a estadia no Hotel Mercuri, em Caraguatatuba; fiquei em um apartamento por 15 dias, o Sr. Chip tel 19. 91798200 ou 55 73 99344961, um dos carros Fiat Uno, placas CXY 0729, não sabendo se é de São Paulo, Campinas ou Caraguatatuba; foi quem custeou a minha estada em Caraguatatuba; entregaria a droga da Espanha, ao Juan Carlos; de 1998 a 2002 trabalhei na República Dominicana, e trabalhei na Venezuela durante cinco ou seis meses em um hotel, estive quatro dias em Marrocos; (...). (fls. 158)

Na hipótese dos autos, é manifesta a função de “mula” desempenhada pelo acusado, transportando a droga de sua origem ao destino, assim como inequívoco o seu conhecimento de estar atuando para um esquema maior voltado ao tráfico internacional de drogas.

Assinalo que não se exige o requisito de estabilidade na integração à associação criminosa para afastar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Aliás, se configurada tal estabilidade ou permanência, estaríamos diante do crime de associação para o tráfico tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal, o que, todavia, à mingua de recurso da acusação nesse sentido, sequer pode se aventada tal possibilidade, tendo em conta o princípio da *non reformatio in pejus*.

A propósito do tema, trago julgados desta Colenda Corte:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL REJEITADA. AUTORIA DEMONSTRADA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO

CARACTERIZADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRAFICANTE OCASIONAL: NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO: POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDA.

(...)

7. *A atividade daquele que age como “mula”, transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.*

8. Não se exige o requisito da estabilidade na integração à associação criminosa; se existente tal estabilidade ou permanência nessa integração, estaria o agente cometendo outro crime, qual seja, o de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico, tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal. Contudo, à míngua de recurso da acusação, e em razão da proibição da *reformatio in pejus*, é de rigor a manutenção da causa de diminuição no patamar estipulado na sentença, em 1/6 (um sexto).

Omissis

12. Preliminar rejeitada. Apelação parcialmente provida. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0002961-33.2011.4.03.6005, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 11/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/11/2014)

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PENA. GRADUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

Omissis

- *Causa de diminuição do artigo 33, § 4º que não incide no caso em virtude das circunstâncias do delito (contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional) a revelarem propensão criminosa, não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão “não se dedique às atividades criminosas”. Lei que é de combate ao tráfico, a concessão indiscriminada do benefício legal aos agentes transportadores da droga vindo a facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico, impor-se a interpretação afastando presunções e exigindo fortes e seguros elementos de convicção da delinquência ocasional.*

Omissis

- Recurso da acusação desprovido.

- Recurso da defesa parcialmente provido para reduzir a pena-base. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0009263-61.2010.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 17/04/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 26/04/2012)

Portanto, vislumbra-se que o acusado, de forma habitual ou não, dedicava-se à atividade criminosa de tráfico de drogas (transporte - “mula”), participando de esquema voltado ao comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

DA DELAÇÃO PREMIADA (art. 41, da Lei nº 11.343/06)

O réu Miguel Angel Martin Gil busca o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena descrita no artigo 41 da Lei nº 11.343/2006, em razão do instituto denominado pela doutrina de delação premiada.

Pertinente transcrever o dispositivo legal onde elencados os requisitos necessários à concessão da benesse:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total o parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá sua pena reduzida de um terço a dois terços.

Assim, faz-se imprescindível a eficácia da delação, mediante a indicação de elementos a possibilitar a identificação dos demais integrantes da estrutura criminosa. Não bastam meras informações para reconhecimento da causa de diminuição de pena.

Nesse sentido, é o entendimento consolidado no Colendo Superior Tribunal de Justiça e neste Egrégio Tribunal. Confira-se:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI Nº 11.343/07. VEDAÇÃO EXPRESSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. INFRAÇÃO COMETIDA A BORDO DE TRANSPORTE PÚBLICO. MAJORANTE. REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 33, § 4º. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. VEDAÇÃO DA SÚMULA 444/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Omissis

IV. Não preenchidos os requisitos legais do art. 41 da Lei de Drogas, mostra-se inviável a redução da pena em razão do instituto da delação premiada.

Omissis

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (Destaquei)

(HC 169.770/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - TRF3

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ESTADO DE NECESSIDADE: NÃO COMPROVADO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA: INCIDÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE: INVIABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DA TRANSNACIONALIDADE. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO: IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DO TRANSPORTE PÚBLICO: NÃO INCIDÊNCIA. DELAÇÃO PREMIADA: INEFICÁCIA. REGIME INICIAL FECHADO: POSSIBILIDADE.

Omissis

9. Nos termos do artigo 41 da Lei nº 11.343/2006, para a concessão da delação premiada, faz-se imprescindível a sua eficácia, com indicação precisa dos demais autores do crime, aliada à efetiva facilitação ao desmantelamento da estrutura criminosa, não bastando meras indicações do réu para reconhecer o benefício do perdão judicial ou da redução da pena. Precedentes.

Omissis

12. Apelo do réu desprovido e apelo ministerial parcialmente provido. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0005877-52.2012.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 21/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/10/2014)

Da análise dos autos, infere-se que tal benefício foi negado na sentença com lastro no probatório colhido na instrução criminal, pois o acusado não delatou de forma eficaz a existência

de organização criminosa nem possibilitou o seu desmantelamento ou prisão de seus membros.

Nessa esteira, a colaboração do réu não produziu os resultados que reclama o artigo 41 da Lei nº 11.343/2006, de forma que não preenche os requisitos necessários ao benefício da delação premiada.

DA TRANSNACIONALIDADE (art. 40, I, da Lei nº 11.343/06)

A defesa pretende o afastamento da causa de aumento de pena do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, sob a alegação de que a internacionalidade (transnacionalidade) do tráfico já integraria o tipo penal (verbo exportar) - *bis in idem*.

De outra parte, o Ministério Público Federal pugna pela majoração do *quatum* fixado a título da causa de aumento referente à transnacionalidade (art. 40, I, da Lei nº 11.343/06), afirmando que o réu buscou violar interesse de mais Estados do que ocorre comumente (Brasil - Portugal - Espanha), merecendo reprimenda mais severa.

A hipótese se cuida de interpretação sistemática da lei. O legislador, ao prever a causa especial de aumento da pena pela transnacionalidade, normatizada pelo artigo 40 da Lei nº 11.343/2006 (inc. I), pretendeu estabelecer distinção em relação à exportação nacional tipificada no artigo 33 (*caput*), consubstanciada esta na remessa de entorpecente para fora do Estado, Município ou Região, porém, dentro do País. Nesse sentido, impende frisar que o verbete “exportar”, no dicionário pátrio, significa “mandar transportar para fora de um país, estado ou município”.

Por seu turno, para a caracterização da majorante é imprescindível que a operação realizada seja destinada à introdução de substâncias entorpecentes no território nacional ou de sua difusão para o exterior, como se verificou na espécie (Brasil - Portugal - Espanha).

Sob outro aspecto, o réu foi denunciado e condenado por “trazer consigo, oculto em sua bagagem, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros”, cocaína, mostrando-se desconexa a argumentação da defesa.

A propósito do tema, cito precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETORES UTILIZADOS TANTO PARA A ESCOLHA DA PENA-BASE QUANTO PARA A FIXAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA VALORAÇÃO NEGATIVA. *BIS IN IDEM*. *Omissis*

CAUSA DE AUMENTO. TRANSNACIONALIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. FUNDAMENTO DIVERSO.

1. Em se tratando o crime de tráfico ilícito de entorpecentes de delito de ação múltipla, fica afastada a alegação de *bis in idem* na aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, pois o fato de trazer consigo a droga já conduz à configuração da tipicidade formal, enquadrando a conduta no tipo do art. 33.

Omissis. (Destaquei)

(AgRg no REsp 1349247/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 17/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. PREPONDERÂNCIA. ART. 42, DA LEI Nº 11.343/06. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENAL. PLEITO PELA APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. TRANSNACIONALIDADE.

BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE DOS REQUISITOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

4. Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, delito de ação múltipla fica afastada a alegação de bis in idem pelo uso da causa especial de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei de Drogas), porquanto a transnacionalidade é circunstância que diferencia, caracteriza o delito.

(...) (Destaquei)

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1346322/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE PELO TRIBUNAL A QUO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA EXECUÇÃO DO DELITO. ÓBICE DO VERBETE SUMULAR Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DECLARAÇÃO QUE FUNDAMENTOU O JUÍZO CONDENATÓRIO. ATENUAÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. REDIMENSIONAMENTO DAS REPRIMENDAS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Omissis

3. Não se verifica o alegado bis in idem na aplicação da majorante do art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06, ao delito de tráfico de drogas, pois os verbos “importar e exportar” inseridos no tipo podem indicar o transporte de um Estado ou Município para outro Estado ou Município dentro de um mesmo país. Já a causa de aumento referente à transnacionalidade do tráfico majora a pena pelo fato de a droga ser exportada para outro país.

Omissis

7. Agravo regimental parcialmente provido para, reconhecendo a atenuante relativa à confissão espontânea, redimensionar as reprimendas nos termos explicitados no voto. (Destaquei) (AgRg no REsp 1358625/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

Respeitante ao *quantum* eleito na sentença, no meu entender, data vênua, a causa de aumento de pena do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, diz respeito unicamente à internacionalidade ou transnacionalidade do tráfico de drogas, sendo irrelevante a trajetória geográfica a ser percorrida. Além disso, não vislumbro estar diante de uma trajetória extraordinária a se cogitar a causa de aumento de pena acima do mínimo legal (Brasil - Portugal - Espanha).

Nessa linha de exegese, trago arestos deste Egrégio Tribunal:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE ALÉM DO PATAMAR MÍNIMO: POSSIBILIDADE. PAGA OU PROMESSA DE RECOMPEN-

SA: ELEMENTO DO TIPO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO: INCABÍVEL. CONCURSO DE CAUSAS DE AUMENTO DO ARTIGO 40 DA LEI 11.343/2006: NÃO CARACTERIZADO. INTERNACIONALIDADE DELITIVA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRAFICANTE OCASIONAL: NÃO INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO: IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO: POSSIBILIDADE.

Omissis

7. São irrelevantes considerações de ordem geográfica, pois a causa de aumento é relativa à internacionalidade, ou transnacionalidade, e essa característica é invariante com relação à distância geográfica - em outras palavras, ela resta caracterizada se o tráfico transcende as fronteiras nacionais, seja de ou para um país estrangeiro vizinho, seja de ou para um país estrangeiro distante.

12. Apelo parcialmente provido. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0011309-86.2011.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 12/03/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/03/2013)

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE.

Omissis

- A internacionalidade do tráfico se caracteriza pela execução potencial ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país, não infirmando esta inteligência o pensamento de implicação de “bis in idem” em relação à conduta de exportação, exegese que ignora as características da figura delituosa de conteúdo variado e opera descabida decomposição do tipo penal que como um todo unitário se apresenta à interpretação. *Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga, o que não se depara de maior censurabilidade*, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância.

- De ofício reduzida a pena-base ao mínimo legal.

- Recurso da acusação parcialmente provido para afastar a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

- Recurso da defesa desprovido.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR 0011580-66.2009.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 18/10/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/10/2010 PÁGINA: 1455)

Noutro vértice, cogitando-se a internacionalidade, ou transnacionalidade do delito, como única causa de aumento de pena, é de rigor a sua fixação no patamar mínimo de 1/6 (um sexto). A aplicação em patamar superior deve ser reservada ao concurso de causas de aumento de pena constantes do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006.

Destaco precedentes desta Colenda Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PEDIDO DE AGUARDAR O JULGAMENTO EM LIBERDADE: PREJUDICADO. RÉU QUE RESPONDEU PRESO AO PROCESSO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO: CABIMENTO. CAUSA DE AUMENTO DA TRANSNACIONALIDADE: INCIDÊNCIA NO PATAMAR MÍNIMO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRAFICANTE OCASIONAL: NÃO CONFIGURADA. PENA DE MULTA: APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO: NÃO CABIMENTO.

Omissis

7. O artigo 40 da Lei nº 11.343/2006 apresenta um rol de sete causas de aumento para o crime de tráfico, a serem fixadas em patamar de um sexto a dois terços. Cada uma das causas de aumento descreve circunstâncias de fato que não são mutuamente excludentes (com exceção talvez das constantes dos incisos I e V, cuja aplicação cumulativa é duvidosa). A aplicação da causa de aumento em patamar superior ao mínimo deve ser reservada quando caracterizado o concurso de causas de aumento. Cogitando-se apenas da internacionalidade, ou transnacionalidade do delito, é de rigor a fixação da causa de aumento em seu patamar mínimo de 1/6. Precedentes.

Omissis

17. Apelação conhecida em parte, e, na parte conhecida, parcialmente provida.
(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0002131-21.2008.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVO-CADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 15/01/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/01/2013)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO IMPUGNAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. MANTIDA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. RECONHECIDA MAS NÃO APLICADA. SÚMULA 231 DO STJ. MANTIDO PERCENTUAL MÍNIMO DA CAUSA DE AUMENTO DA INTERNACIONALIDADE. APLICADA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PERCENTUAL MÍNIMO. REGIME INICIAL FECHADO. INALTERADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

Omissis

III - Deve ser mantido o percentual mínimo de 1/6 (um sexto) da causa de aumento prevista no art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 (internacionalidade), vez que presente uma única causa de aumento de pena.

Omissis

XI - Recurso do Ministério Público Federal desprovido. Recurso da defesa parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0005407-89.2010.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 24/04/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2012)

Nesse raciocínio, reputo adequado o reconhecimento da causa de aumento de pena do artigo 40, inciso I, da Lei Antidroga, assim como suficiente o patamar fixado em seu mínimo legal de 1/6 (um sexto).

DA PENA DE MULTA

A defesa requer o afastamento da pena de multa, alegando insuficiência financeira do acusado. Afirma que a impossibilidade do seu pagamento integral implicará em manter o réu preso por mais tempo do que o devido, violando o princípio constitucional do direito à liberdade, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna. Alega, ainda, que o processo de expulsão só se concretiza, conforme demonstra a experiência, com o pagamento integral da pena de multa.

Contudo, o legislador, ao fixar os parâmetros da pena pecuniária, observou as características inerentes ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo que as questões referentes à eventual impossibilidade de cumprimento, assim como relativas ao eventual decreto de expulsão, devem ser discutidas, no momento oportuno, perante o Juízo das Execuções.

DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA

Pleiteia a defesa a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais brando, afirmando que o acusado preenche os requisitos.

A teor do disposto no artigo 33 do Código Penal, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a de detenção em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (*caput*).

A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, segundo o mérito do condenado e observado o *quantum* fixado, ressalvada a necessidade de transferência para regime mais gravoso (art. 33, § 2º, do CP): a) o condenado a pena superior a 08 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a (quatro) anos e não excede a 08 (oito) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime semiaberto; e c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Além disso, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (art. 33, § 3º, do Código Penal).

Desta forma, o juiz deve valer-se não apenas das penas impostas, mas igualmente das circunstâncias judiciais, sejam favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, sendo-lhe autorizado, inclusive, fixar regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso ou brando do que aquele determinado pela quantidade da pena.

A jurisprudência pátria é firme nesta orientação, inclusive, restou consolidada nas Súmulas nº 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nºs 718 e 719 da Suprema Corte.

Nesse sentido, destaco julgados deste Egrégio Tribunal: Primeira Turma, ACR 0001911-18.2011.4.03.6119, Rel. Juiz Fed. Conv. HÉLIO NOGUEIRA, j. 10/06/2014, DJF3 14/07/2014; Primeira Turma, ACR 0006155-47.2001.4.03.6181, Rel. Juiz Fed. Conv. MÁRCIO MESQUITA, j. 16/10/2012, DJF3 24/10/2012; Segunda Turma, ACR 0009418-30.2011.4.03.6119, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, j. 05/03/2013, DJF3 26/03/2013; e Primeira Turma, ACR 0101435-94.1991.4.03.6181, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, j. 05/09/2006, DJF3 03/10/2006.

Respeitante ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o legislador infraconstitucional dispensou tratamento mais rigoroso ao estabelecer no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado. Porém, a Suprema Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 27 de junho de 2012. Dessa forma, embora permitido regime inicial mais brando para os crimes hediondos e equiparados, devem ser observados os critérios comuns aos demais delitos (art. 33, do CP).

Registro, por oportuno, que a Lei nº 12.736/2012, que incluiu o § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, prevê expressamente que o tempo de prisão provisória, de prisão temporária ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Anoto que o juiz sentenciante observou o disposto no artigo 387, § 2º, do estatuto processual repressivo, descontado o período de prisão provisória (07 meses e 21 dias).

Destarte, considerando a pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos, 07 (meses) e 21 (vinte e um) dias - já descontado o tempo de prisão provisória até a data da sentença condenatória, somado ao quadro de circunstâncias judiciais do artigo 59 do estatuto repressivo, em conjugação com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, que não se mostram em sua integralidade favoráveis ao acusado, impõe-se a manutenção do regime inicial fechado para cumprimento

da pena, nos termos do artigo 33 c/c artigo 59, ambos do Código Penal.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Pretende a defesa também a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

O Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o impedimento legal da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, constante do artigo 44 da Lei n 11.343/2006, no julgamento do *Habeas Corpus* 97256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, em 01 de setembro de 2010, suspendendo a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” (antes prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas).

Assim, embora permitida a conversão da pena privativa de liberdade, afastado o impedimento legal, devem ser preenchidos os requisitos legais necessários a autorizar a sua substituição por pena restritiva de direitos.

Na espécie, considerando a pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão, impossibilitada à substituição de pena pretendida, a teor do disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, *nego provimento* às apelações interpostas pela defesa e pela acusação.
É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0006390-62.2013.4.03.6126
(2013.61.26.006390-0)

Apelantes: VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES E JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS (réus presos)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 58203
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

EMENTA

PENAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENORES. SUJEITO PASSIVO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

- Delito em prejuízo da ECT em que as encomendas dos Correios foram retiradas da esfera de disponibilidade da vítima, ocorrendo a ação policial quando o veículo utilizado para fuga dos réus inclusive já havia deixado a cena do crime, o importante na questão estando na inversão da posse, no caso efetivamente ocorrida, não tendo relevância mensuração de tempo decorrido. Precedentes.
- Delito de corrupção de menores que é de natureza formal e prescinde da comprovação de efetiva corrupção do menor, bastando que seja demonstrada sua participação na empreitada delituosa na companhia de agente imputável. Aplicação da Súmula nº 500 do Superior Tribunal de Justiça (“a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”).
- Fixado o regime inicial semiaberto porquanto a pena privativa de liberdade é superior a quatro anos e inferior a oito anos, os réus não são reincidentes e inexistem circunstâncias judiciais desfavoráveis a justificar a fixação de regime de maior rigor na forma do artigo 33, § 3º, do Código Penal.
- Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena para ambos os réus, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Rodrigues e Jean Fernando Rafael Ramos foram denunciados como incursos nos artigos 157, §2º, incisos I, II e V, do Código Penal e 244-B da Lei 8.069/90 c.c. 29 e 69, ambos do Código Penal, descritos os fatos nestes termos pela denúncia que como apresentada se transcreve:

No dia 10 de setembro de 2013, por volta das 12h30min, na rua Confúcio, altura do número 83, bairro Jardim Santo Antonio, no município de Santo André/SP, VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES e JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS, em concurso e vínculo subjetivo com o adolescente Ebson Lourenço da Silva, subtraíram, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, o veículo PEUGEOT/BOXER, placa ECM 0367, cor amarelo, de propriedade de Sebastião Adeilton Pereira Dias e que se encontrava a serviço da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, e 03 (três) encomendas que ali estavam acondicionadas à espera de entrega pelos carteiros Laercio Donizete Andrade e Rogério Inacio dos Santos.

Na mesma data e ocasião, VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES e JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS corromperam e facilitaram a corrupção do menor de 18 (dezoito) anos Ebson Lourenço da Silva, com ele praticando o crime de roubo majorado.

Segundo consta, após realizarem a entrega de uma segunda encomenda na rua Confúcio, altura do número 83, bairro Jardim Santo Antonio, neste município, os carteiros Laercio Donizete Andrade e Rogério Inacio dos Santos foram abordados por JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS e pelo adolescente Ebson Lourenço da Silva que, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, subtraíram o veículo automotor que estava a serviço dos correios. JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS assumiu a direção do veículo automotor, sendo as vítimas conduzidas para o bagageiro (baú) pelo adolescente Ebson Lourenço da Silva e sob a mira da arma de fogo obrigadas a abrirem as encomendas.

Após transitarem por alguns minutos, o veículo automotor subtraído estacionou, e JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS desembarcou e dirigiu-se para a parte traseira do veículo, permanecendo de pé ao lado do veículo GM/Corsa, cor vermelha, placa DQE 2564, conduzido por VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES com a finalidade de dar cobertura e garantir a fuga dos criminosos com restrição da liberdade das vítimas, bem como no intuito de assegurar a detenção dos objetos (encomendas).

Neste interregno, os policiais militares Matias Alves Ferreira e Glauco Ryodi Fukuda, que passavam pelo local em patrulhamento de rotina desconfiaram da situação e passaram a perseguir JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS que fugiu a pé com a chegada da viatura policial. Sem êxito na perseguição, o policial militar Matias Alves Ferreira embarcou na viatura policial, e juntamente com o policial militar Glauco Ruyodi Fukuda, visualizou um terceiro indivíduo dentro o bagageiro (baú), que também empreendeu fuga a pé, porém passaram a perseguir o veículo GM/Corsa, cor vermelha, placa DQE 2564, conduzido por VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES.

Informados por populares a direção do veículo GM/Corsa, cor vermelha, placa DQE 2564, os policiais militares lograram êxito em perseguir, abordar e prender em flagrante os denunciados VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES e JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS e apreender o adolescente Ebson Lourenço da Silva.

No interior do veículo GM/Corsa, cor vermelha, placa DQE 2564, foram apreendidas 03 (três) encomendas discriminadas às fls. 27/29.

A materialidade delitiva está demonstrada pelo Auto de Exibição e Apreensão acostados às fls. 25/27, pelo Auto de Avaliação às fls. 28 e 29, pelo Auto de Entrega às fls. 30/31, 32 e 33, bem como pelas declarações das vítimas às fls. 09/10 e 11/12.

A autoria exsurge do auto de prisão em flagrante e do reconhecimento pessoal no momento da prisão.

A sentença proferida é de condenação dos acusados pelos delitos capitulados na denúncia em concurso formal, cada um a seis anos, sete meses e dez dias de reclusão, em regime inicial

fechado, e quatorze dias-multa, no valor unitário mínimo.

Recorre a defesa dos acusados, no arrazoado que apresenta postulando:

a) a desclassificação do delito para a forma tentada, visto que não houve efetiva subtração do bem, que é “aquela que afaste significativamente o bem da esfera de vigilância e disponibilidade de seu titular, assegurando ao agente posse tranquila, desvigiada e incontestável dela”;

b) a absolvição quanto ao delito do artigo 244-B, da Lei 8.069/90, aduzindo-se que não há prova de que o adolescente tenha sido corrompido, não bastando “o fato de ter ele participado do delito de roubo perpetrado contra as vítimas”;

c) fixação de regime mais brando para o início de cumprimento de pena;

Com contrarrazões, subiram os autos.

O parecer ministerial é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Apela a defesa em relação à parte da sentença nos pontos em que reconheceu a consumação do delito de roubo e a prática do delito de corrupção de menores, assim como no ponto em que fixou o regime fechado para cumprimento das penas.

Quanto à questão da consumação do delito de roubo, no caso verifica-se que as encomendas foram retiradas do veículo que prestava serviços aos Correios e transferidas para o carro no qual os autores do crime se evadiram do local, sendo posteriormente perseguidos e presos por policiais que passavam pela região e perceberam a ação dos agentes.

É quadro no qual não há a mais ligeira dúvida de que as encomendas foram retiradas da esfera de disponibilidade da vítima, ocorrendo a ação policial quando o veículo utilizado para a fuga dos agentes inclusive já havia deixado a cena do crime, no mais cabendo asseverar que o importante na questão é a inversão da posse, no caso efetivamente ocorrida, não tendo relevância mensuração de tempo decorrido.

De utilidade na questão, trago a colação os seguintes julgados:

ROUBO. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.

- Entende-se consumado o roubo se o agente, havendo arrebatado a coisa, logrou retirá-la da esfera da vigilante observação da vítima, ainda que por breve tempo.

(RE nº 108.049, Segunda Turma, Relator: Exmo. Sr. Min. Francisco Rezek, RTJ 117, p 889/890)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE HC PROLATADO POR TRIBUNAL ESTADUAL. IMPETRAÇÃO DE NOVO *WRIT* NO STJ EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. VEDAÇÃO. ROUBO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUILA DO BEM. DESNECESSIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO LOGO APÓS A PRÁTICA CRIMINOSA. CONSUMAÇÃO DO CRIME. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O crime de roubo consuma-se quando o agente, após subtrair coisa alheia móvel, mediante o emprego de violência, passa a ter a posse da res furtiva fora da esfera de vigilância da vítima,

não se exigindo, todavia, a posse tranquila do bem. Destarte, a prisão do agente logo após a subtração da res furtiva não configura tentativa de furto, porquanto o crime já foi consumado. Precedentes: HC 91.154, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 19.12.08; HC 89.488, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 13.06.08; HC 85.262, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º.07.05. 2. *In casu*, o paciente subtraiu, mediante violência, a bicicleta da vítima. Após a prática criminosa, empreendeu fuga do local, mas, logo em seguida, foi interceptado por populares e preso em flagrante delito pela Polícia Militar. (...) 7. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. (RHC nº 119611/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 10.12.2013) (destaquei)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA POSSE MANSA E PACÍFICA DA COISA. DECISÃO IMPUGNADA EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REEXAME DE PROVA. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE ADMITIR-SE O WRIT CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - A decisão ora questionada está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a consumação do roubo ocorre no momento da subtração, com a inversão da posse da res, independentemente, portanto, da posse pacífica e desvigiada da coisa pelo agente. Precedentes. (...) IV - *Habeas Corpus* denegado. (HC nº 109078/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 11.10.2011)

No tocante ao delito de corrupção de menores provado ficou que os acusados praticaram o delito com o adolescente apreendido e o questionamento feito concerne a suposta exigência de verificação de estar ou não previamente corrompido o menor mas cuida-se de delito de natureza formal que prescinde da comprovação de efetiva corrupção do menor, conforme preceitua a Súmula 500 do Superior Tribunal de Justiça:

a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.

Já, em relação ao regime inicial, verifica-se que a pena privativa de liberdade é superior a quatro anos mas inferior a oito anos, e considerando ainda que os réus não são reincidentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis a justificar a fixação de regime de maior rigor na forma do artigo 33, §3º, do Código Penal, deve ser fixado o regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena.

Anoto, por oportuno, não haver incompatibilidade do regime semiaberto com a custódia cautelar que fora mantida na sentença. Destaco os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça de utilidade na questão:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE PARTE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. AMEAÇAS AO CORRÉU DURANTE O PERÍODO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA. REGIME SEMIABERTO. VIABILIDADE DA VEDAÇÃO IMPOSTA. COMPATIBILIZAÇÃO DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA COM O REGIME FIXADO. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

3. não há incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação de regime semiaberto , caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

.....
(STJ, HC 268816, Quinta Turma, Relator: Ministro Jorge Mussi, DJe 17/10/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA. QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO PREVENTIVA E REGIME SEMIABERTO, CUJO CUMPRIMENTO DEVE SER EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. PRECEDENTES.

.....
3. Esta Corte Superior orienta que há compatibilidade entre a prisão cautelar e o regime inicial semiaberto , fixado na sentença condenatória recorrível, pois plenamente válidos e harmônicos, devendo, contudo, cumprir a respectiva medida em estabelecimento prisional compatível com o regime inicial definido.

4. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.
(STJ, HC 265053, Quinta Turma, Relator: Ministro Moura Ribeiro, DJe 30/09/2013)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DO ART. 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

.....
2. A negativa do direito de recorrer em liberdade não é incompatível, em si, com a fixação do regime inicial semiaberto , sobretudo quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

.....
(STJ, HC 228010, Quinta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJe 28/05/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. POSIÇÃO DE DESTAQUE NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FINANCIADOR. PROGRESSÃO DE REGIME. PEDIDO PREJUDICADO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido se foi negado ao paciente o direito de recorrer em liberdade em razão de persistirem os motivos que levaram à decretação da prisão preventiva. Esta, por sua vez, foi adequadamente fundamentada na necessidade de resguardar a ordem pública, notadamente pela suposta posição de destaque do paciente na organização criminosa, apontado como financiador do negócio envolvendo tráfico de entorpecentes.

2. Fica prejudicado o pedido de progressão de regime prisional se o paciente já progrediu para o regime semiaberto .

3. *Habeas corpus* julgado parcialmente prejudicado e, no mais, denegado.

(STJ, HC 88240, Sexta Turma, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21/09/2009)

Outro não tem sido o entendimento desta Corte:

HABEAS CORPUS. ROUBO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS

PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. ORDEM DENEGADA.

2. Não há qualquer incompatibilidade entre a fixação do regime semiaberto e a negativa do direito de recorrer em liberdade, uma vez que a custódia provisória do paciente encontra fundamento nas hipóteses do artigo 312 do CPP. Nesse sentido recente julgado desta Primeira Turma, de relatoria do Des. Fed. Johonsom Di Salvo (HC nº 2011.03.00.003375-0, julgado 12.04.2011, por unanimidade).

3. Ordem denegada.

(TRF3, HC 0034344-02.2011.4.03.0000, Primeira Turma, Relatora: Desembargadora Federal Vesna Kolmar, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/01/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO . COMPATIBILIDADE. “FUMUS COMISSI DELICTI”. “PERICULUM LIBERTATIS”. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA . ORDEM DENEGADA.

2. Inexiste incompatibilidade entre o regime inicial de cumprimento da pena com a decretação de prisão preventiva, desde que presentes os requisitos descritos no artigo 312, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

8. Ordem denegada.

(HC 0007718-72.2013.4.03.0000, Quinta Turma, Relator: Desembargador Federal Antônio Cedenho, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/05/2013)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena para ambos os réus, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0008881-71.2013.4.03.6181

(2013.61.81.008881-9)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorrido: FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: RSE 6936

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2015

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA - ART. 33, § 1º, INCISO I, DA LEI 11.343/06. AS SEMENTES DE MACONHA NÃO CONSTITUEM MATÉRIA-PRIMA - OBJETO MATERIAL DO DELITO -. CONDUTA ATÍPICA. RECURSO DESPROVIDO.

I - Por entender que a conduta imputada ao recorrido caracteriza-se como ato preparatório impunível, o Juízo *a quo* rejeitou a denúncia.

II - A importação de semente de maconha não configura o delito do artigo 33 - § 1º - I, da lei nº 11.343/06 que se refere à matéria prima destinada à preparação de substância entorpecente.

III- A semente de maconha não é a matéria-prima, porquanto não possui nela própria as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., produzir o entorpecente proibido. Não se obtém a maconha da semente em si, mas só da planta que resultar da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir as folhas necessárias para tanto.

IV - A semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no artigo art. 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06, em que o legislador tipificou como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga. No caso dos autos, o apelante não iniciou os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de droga, pois sequer chegou a ter as sementes apreendidas em sua posse.

V - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo voto da Des. Fed. Cecília Mello, vencido o Des. Fed. Nino Toldo, que lhe dava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, com supedâneo no artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal, contra decisão do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, que rejeitou a denúncia oferecida contra FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO pela prática, em tese, do crime descrito no artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

Narra a denúncia que (fls. 39/41):

1. Consta dos autos do presente inquérito policial que FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO importou, sem autorização e em desacordo com normas legais e regulamentares, matéria-prima (mais especificamente, sementes) destinada à preparação de drogas (maconha, substância entorpecente capaz de causar dependência física e psíquica).
2. Segundo consta das investigações, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, em São Paulo (SP), juntamente com a Receita Federal do Brasil, na data de 08/05/2013, identificou encomenda oriunda da Holanda, e destinada a FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO. Ouvido perante a autoridade policial, FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO confessou que é usuário de maconha e importara as sementes da droga com o propósito de plantá-las. Afirmou ainda que as sementes foram compradas por ele em sítio eletrônico mediante pagamento de R\$ 120,00 ou R\$ 150,00 (fls. 19).

Por entender que a conduta imputada ao recorrido caracteriza-se como ato preparatório impunível, o Juízo *a quo* rejeitou a denúncia (fls. 43 e verso).

Inconformado, recorre o Ministério Público Federal (fls. 45/57) e sustenta, em síntese, que as sementes não são a droga em si, mas são elementos que constituem matéria-prima para a elaboração do produto final e, sendo assim, não é necessário apresentar o princípio ativo da droga que será produzida. Postula a reforma da decisão recorrida com o consequente recebimento da denúncia.

Contrarrazões da defesa (fls. 60/67), nas quais se requer o desprovisionamento do recurso interposto.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 105/107-v) em prol de ser provido o recurso.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): O recorrido foi denunciado pela prática, em tese, do crime descrito no artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

O Juízo de 1º grau rejeitou a peça acusatória, por entender que a conduta descrita na denúncia caracteriza-se como ato preparatório impunível.

O recurso interposto não merece ser provido.

Assim dispõe o art. 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 6.368/76:

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, *matéria-prima*, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

As sementes de maconha não podem ser consideradas como matérias-primas. Ao menos juridicamente. Vejamos:

Matéria-prima é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes ou drogas que causem dependência física ou psíquica. Não há necessidade de que as matérias-primas já tenham de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos; *basta que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas*. São matérias-primas o éter e a acetona, conforme orientação do Supremo Tribunal federal e consagração da Convenção de Viena de 1988. (TÓXICOS P Prevenção - Repressão, Vicente Greco Filho, Ed. Saraiva, 1993, p. 101). Grifei.

Do conceito acima descrito, depreende-se que as sementes de maconha não podem ser consideradas matérias-primas, pois não possuem “condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas”.

A matéria-prima, destinada à preparação, é aquela industrializada, que, de uma forma ou de outra, pode ser transformada ou adicionada a outra substância, com capacidade de gerar substância entorpecente ou que cause dependência ou, ainda, seja um elemento que, por suas características, faça parte do processo produtivo das drogas.

De outra parte, não se extrai maconha da semente, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir folhas necessárias para a droga. A partir exclusivamente da semente ou adicionando qualquer outro elemento, não se obtém, por si só, a maconha. A semente é a maconha em potência, mas, antes disso, precisa ser adequadamente cultivada a fim de florescer.

Nesse sentido, decisão em Embargos Infringentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGOS 12- § 1º - I, DA LEI Nº 6.368/76).SEMENTES DE MACONHA.

A guarda ou posse de semente de maconha não configura o delito do artigo 12 - § 1º - I, da lei nº 6.368/76. *A semente de maconha não é matéria-prima, pois esta seria a substância que deve ser submetida a trabalho industrial antes de ser tornada própria ao consumo. Não se extrai maconha da semente, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e não da indústria humana*. EMBARGOS ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70019927193, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 03/08/2007) Grifei.

Não custa deixar assente as explanações feitas pelo e. relator dos referidos Embargos Infringentes, *verbis*:

A 1ª Câmara Criminal deste TJRS, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 70.001.650.662, relatado pelo Des. Nilo Wolff, concedeu a ordem impetrada e determinou a soltura do pa-

ciente, já que as sementes de maconha não constituem objeto material do crime do artigo 12 da Lei de Tóxicos.

A 2ª Câmara Criminal do TJRS, quando julgou a apelação nº 685.006.017, relatada pelo Des. Ladislau Rohnelt, deixou assentado que “a semente de maconha não é matéria-prima, pois esta seria substância que deve ser submetida a trabalho industrial antes de ser tornada própria ao consumo. Da semente não se extrai maconha, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e não por obra da indústria humana”

A matéria foi abordada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação nº 185.273-3/7, relatada pelo Des. Jarbas Mazzoni, no sentido de que *a semente de maconha não tem princípio ativo, não produzindo dependência física ou psíquica e que se a perícia toxicológica não encontra em sementes de maconha o princípio ativo do vegetal responsável pelo seu poder intoxicante (THC) a posse ou guarda de tais sementes não tipifica a infração.*

A conduta imputada ao embargante só estaria configurada se ele houvesse semeado, cultivado ou feito a colheita de planta destinada à preparação do entorpecente ou de substância que determine dependência (artigo 12 - § 1º - II, da Lei nº 6.368/76), o que não é o caso dos autos, como bem apontou o voto vencido. Grifei.

Ressalte-se, ainda, que a semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no inciso II, do mesmo artigo 33, da Lei nº 11.343/06, em que o legislador tipificou como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga, *verbis*:

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

No caso dos autos, o recorrido não iniciou os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de droga, pois sequer chegou a ter as sementes apreendidas em sua posse. Apenas se supõe que seriam plantadas para ulterior consumo ou revenda do produto do cultivo no mercado interno.

Nesse sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. ART.12, *CAPUT*, (PRIMEIRA FIGURA), C/C 18, INCISO I (PRIMEIRA FIGURA), DA LEI 6.368/76, C/C ART. 14, II, DO CP. ART. 43, I, DO CPP. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA (MACONHA), POR INTERMÉDIO DE SÍTIO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ATO PREPARATÓRIO. I - *A conduta atribuída ao denunciado foi, de fato, mero ato preparatório não punível, a teor do que dispõe o art. 31 do CP.* Tampouco há que se falar em tentativa (art. 14, II, do CP), uma vez que não se iniciou a fase executória, pressuposto para sua ocorrência. II - Na hipótese, não há como se concluir pela traficância internacional atribuída ao denunciado. A rigor, verifica-se a tentativa de importação de sementes de substância prosrita, que, apesar da confissão do acusado, em fase policial, *apenas se presume que seriam plantadas para posterior consumo ou revenda do produto do cultivo no mercado interno.* III - *Presunção desacompanhada de fato concreto torna duvidosa a tipicidade da conduta e, por conseguinte, incabível o recebimento da denúncia.* IV - Conduta que não se abona; contudo, é atípica, porque meramente preparatória. V - Recurso desprovido. (RCCR 200634000311480 - Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro - e-DJF1 DATA: 26/09/2008). Grifei.

Como é cediço, no âmbito do direito penal, reina o princípio da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, de sorte que só a conduta prévia e perfeitamente descrita na hipótese de

incidência da norma penal autoriza a lícita imputação criminal. Por tais razões, tenho que a conduta narrada na inicial não se subsume ao art. 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/06, porque a semente de maconha não constitui *matéria-prima*, objeto material do referido tipo penal.

A conduta do recorrido só seria típica se ele, ao menos, houvesse semeado, cultivado ou feito a colheita de planta destinada à preparação do entorpecente ou de substância que determine dependência (art. 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06), o que também não ocorreu, no caso dos autos.

Por tais razões, deve ser mantida a decisão que rejeitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal.

Nesse sentido, decisão também da 1ª Turma desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. IMPORTAÇÃO. SEMENTES DE MACONHA. MATÉRIA-PRIMA. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. No que tange à tipicidade ou não da importação de sementes de maconha como crime de tráfico de drogas, é necessário distinguir “preparação de drogas” da “produção de drogas”.

2. A semente de maconha presta-se à produção da maconha, mas não à preparação dela, pois a semente, em si, não apresenta o princípio ativo tetrahydrocannabinol (THC) em sua composição e não tem qualidades químicas que, mediante adição, mistura, preparação ou transformação química, possam resultar em drogas ilícitas.

3. O verbo preparar tem o sentido de “aprontar (algo) para que possa ser utilizado”; “cuidar para que (algo) aconteça como planejado”; “compor (algo) a partir de elementos ou ingredientes”; “criar um estado de coisas propício a (que algo ocorra)”, entre outras acepções, conforme Minidicionário de Caldas Aulete. Já o verbo produzir significa “fazer nascer de si”; “fabricar”; “causar”; “provocar”, etc. (*ibidem*).

4. Comparando esses verbos, verifica-se que: a) a semente de maconha não pode ser “composta” com outros elementos, substâncias ou ingredientes para, a partir dela, criar uma substância entorpecente; e b) as condutas de “aprontar” a semente de maconha, “cuidar” dela ou “criar um estado de coisas propício” a que ela germine importam a que a semente seja “semeada” ou “cultivada”. Só assim, ela “produzirá” a maconha, ao dela “fazer nascer” a planta que dará origem à droga.

5. A semente de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à preparação da maconha, a que se refere o inciso I, do § 1º do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

6. Para que se configure o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, é preciso que a substância por si só tenha potencialidade para a produção de efeitos entorpecentes e/ou psicotrópicos e possa causar dependência física ou psíquica, o que não ocorre com as sementes da planta *Cannabis sativa* Linneu.

7. A semente de maconha poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à produção da maconha. Não há, porém, qualquer referência à produção de drogas nesse inciso. Logo, não se pode equiparar a “preparação” à “produção” em face do princípio da legalidade estrita que norteia a interpretação do Direito Penal. Caso fosse a intenção do legislador, haveria referência expressa à “produção” e não apenas à “preparação” de drogas, no inciso em questão.

8. Já à luz do inciso II do § 1º do art. 33 da Lei de Drogas, a importação (e a consequente posse) da semente de maconha é meramente ato preparatório, portanto, impunível, das condutas aí previstas.

9. A semente de maconha, quando semeada ou cultivada, dá origem à planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da droga denominada “maconha”. A importação e posse da semente de maconha, até que, ao menos, se inicie a execução dessas condutas, não poderá ser considerada fato típico caracterizador do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos termos do art. 14, II, do CP.

10. Só quando o agente inicia a semeadura ou o cultivo da planta de maconha, utilizando-se da semente dessa planta que importou, parece configurar-se, em tese, o crime equiparado ao tráfico previsto no § 1º, II, do art. 33 da Lei nº 11.343/06.
11. Importante ressaltar a distinção que a lei faz em relação à matéria-prima que sirva para a preparação de drogas e às plantas que se constituem em matéria-prima para a preparação de drogas. Nesse passo, é de se observar que, no inciso I do § 1º do art. 33, fala-se em “matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”, enquanto, no inciso II, “plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”.
12. Razoável interpretar a primeira referência a “matéria-prima”, contida no inciso I, como a que cuida da hipótese em que a matéria-prima não decorreu de plantas, enquanto a segunda, contida no inciso II, como a que decorreu de plantas. Essa distinção parece excluir a semente de maconha do âmbito de incidência do inciso I e incluí-la no do inciso II, pois ela é que dá origem a planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da substância entorpecente conhecida como “maconha”.
13. Assim, não se prepara a “maconha” tendo por base a semente dela, mas sim a partir da planta que dela se originou.
14. Registre-se que muitos órgãos do Ministério Público Federal, ou seja, os próprios procuradores da República que oficiam perante as varas federais criminais de São Paulo, têm sustentado a atipicidade da conduta de importar sementes de maconha e têm requerido o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação instaurado a respeito.
15. Ainda que equiparasse a preparação de drogas à sua produção, a quantidade da semente apreendida, ou seja, 28 (vinte e oito), denota que a intenção do agente era plantio para consumo pessoal e não para o tráfico. Tal conduta, teoricamente subsumível no art. 28, § 1º, da Lei nº 11.343/06, na forma tentada (CP, art. 14, II), apresenta-se impunível, já que o preceito secundário, isto é, as penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06, na prática, não comportam combinação com o art. 14, parágrafo único, do Código Penal.
16. Cumpre registrar que a importação de semente de maconha poderá subsumir-se no crime de contrabando, ou seja, no crime de importação de mercadoria proibida (art. 334, *caput*, do Código Penal), já que não se permite a importação de semente de maconha sem prévia autorização do órgão competente, de modo que não houve, nem haverá, liberação geral de tal conduta como fato penalmente atípico, a ponto de incentivar pessoas desavisadas a acharem que a importação de semente de maconha não é crime, portanto, livre. Muito pelo contrário. A importação de semente de maconha sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar é, sim, crime, ressaltando-se que não se trata de crime de tráfico de drogas, mas sim de contrabando.
17. Eventual punição do agente pelo contrabando deverá levar em conta duas ordens de considerações. A primeira diz respeito à quantidade da semente de maconha importada ilegalmente, e a segunda, às condições pessoais do infrator.
18. Quanto à quantidade da semente, há que se indagar do cabimento ou não do princípio da insignificância ou da bagatela. Tal princípio é um corolário do princípio da intervenção mínima que informa o Direito Penal contemporâneo (o qual deriva, por sua vez, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana), segundo o qual só se justifica a intervenção desse ramo do direito como último instrumento de controle social (“ultima ratio”), devendo o Estado, sempre que há instrumentos menos gravosos para assegurar a paz social, prioritariamente recorrer a eles, evitando-se o emprego da pena criminal, que atinge mais intensamente a liberdade individual, que é um dos bens mais preciosos do ser humano. Daí falar-se em caráter subsidiário do Direito Penal, pelo que o Direito Penal deve atuar tão-somente em face de fatos que causem grave lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos por ele tutelados.
19. Nesse diapasão, se ínfima a quantidade de semente importada, aplicável, ao menos em tese, o princípio da insignificância, ficando a critério do prudente arbítrio do juiz em cada caso concreto, pois o fato, embora formalmente típico, pode não sê-lo sob o ponto de vista da tipicidade material.

20. Quanto às condições pessoais do infrator, é necessário verificar se ele já importou as sementes de maconha, qual a finalidade por ele visada por essa conduta, qual o seu meio de vida, se a intenção dele é a de semeá-las e plantá-las, com vistas à colheita da planta para consumo pessoal ou para o tráfico, se há indício de habitualidade etc., pois, dependendo da resposta a essas indagações, a solução variará, deixando ser aplicável o princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade da semente ilegalmente importada.

21. *Na situação dos autos, a conduta narrada na inicial acusatória não se subsume ao tipo descrito no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, haja vista que a semente importada pelo paciente não constitui matéria-prima destinada à preparação de drogas.*

22. Agravo regimental prejudicado. Ordem concedida para trancar a ação penal, em razão da atipicidade da conduta imputada ao paciente. (TRF3 - 1ª Turma - Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto - D. E publicado em 27/11/2013). Grifei.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso ministerial.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO: Pedi vista dos autos em razão da relevância do tema abordado (*sementes de maconha tem potencialidade lesiva para configurar o tráfico de droga?*).

Entendeu o relator, Desembargador Federal José Lunardelli, em síntese, que a semente de maconha não pode ser considerada como matéria-prima da maconha porque não possui condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação ou adição, resultar em entorpecente ou droga análoga.

Aduziu que “não se extrai maconha da semente, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir as folhas necessárias para a droga. A partir exclusivamente da semente ou adicionando qualquer outro elemento, não se obtém, por si só, a maconha. A semente é maconha em potência, mas, antes disso, precisa ser adequadamente cultivada a fim de florescer”.

Citando precedentes jurisprudenciais, inclusive da Primeira Turma deste Tribunal (HC nº 0025590-03.2013.4.03.0000, Rel. Des. Federal Toru Yamamoto, j. 12.11.2013, e-DJF3 Judicial 1 26.11.2013), concluiu que a conduta imputada ao recorrido é atípica, razão pela qual negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal.

Divirjo, com a devida vênia.

Observando o *Laudo de Perícia Criminal Federal* elaborado pelo Setor Técnico Científico do Núcleo de Criminalística da Superintendência Regional no Estado de São Paulo do Departamento de Polícia Federal (fls. 23/29), extraio os seguintes - e importantes - trechos, que destaco:

Não se trata de substância ou de produto químico. As características do material examinado e sua massa líquida encontram-se descritas na seção I-MATERIAL EXAMINADO. Quanto à sua natureza, os materiais vegetais questionados foram examinados sob ampliação, sendo considerados propágulos vegetais e cuja descrição morfológica é compatível com a de frutos aquênios da espécie *Cannabis sativa* Linneu (conhecida popularmente como maconha).

(...)

De acordo com a publicação da Organização das Nações Unidas, os frutos aquênios da planta *Cannabis sativa* Linneu não apresentam a substância tetrahidrocannabinol (THC). Porém, a planta *Cannabis sativa* Linneu - que pode se originar dos frutos questionados - está relacionada na lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas (Lista E) constante da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, republicada no DOU em 1º de fevereiro de 1999, bem como no RDC/ANVISA nº 39 (Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária), datada de 9 de julho de 2012, que atualiza a lista de substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e outras sob controle especial, sendo proibida a importação, a exportação, o comércio, a manipulação o seu uso.

A semente de maconha é prosrita no Brasil e sua importação é evidentemente proibida. Ainda que não apresente, em sua composição, o THC, isso não a descaracteriza como elemento essencial para a produção da maconha. Afinal, da semente germinará a planta de cuja folha se originará a droga.

Nesse sentido, menciono o seguinte precedente deste Tribunal:

PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. CONDUTA PENALMENTE TÍPICA. ADEQUAÇÃO, EM TESE, AO INCISO I DO § 1º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. MATÉRIA-PRIMA. AUSÊNCIA DO PRINCÍPIO ATIVO THC. IRRELEVÂNCIA. DENÚNCIA REJEITADA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. É penalmente típica a conduta de importar sementes de maconha, achando-se prevista no inciso I do § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. 2. O conceito de “matéria-prima”, para os fins do inciso I do § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não se limita ao produto ou substância que imediata e diretamente seja utilizado para a produção da droga. A produção da droga pode compreender - e geralmente compreende - várias etapas, assim como também podem ser múltiplas as transformações necessárias a sua conformação. Desse modo, mesmo as substâncias ou produtos utilizados nas primeiras etapas da produção da droga são, para os fins legais, matérias-primas ou, conforme o caso, insumos. 3. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que a expressão “matéria-prima”, para os efeitos da lei de regência, compreende não só as substâncias destinadas exclusivamente à preparação da droga, como as que, eventualmente, se prestem a essa finalidade, como o éter e a acetona, destacando, ademais, ser irrelevante que tais substâncias não constem na lista de prosritas. 4. Se assim é em relação ao éter e à acetona, com muito mais razão as sementes de maconha - cuja serventia mais evidente é, sem dúvida, o plantio do vegetal - devem ser consideradas alcançadas pelo conceito legal de matéria-prima. 5. O fato de as sementes de maconha não conterem o princípio ativo THC (tetrahydrocannabinol) não afasta a tipicidade da conduta, pois o objeto material do crime previsto no inciso I do § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 não é a droga em si, mas a matéria-prima, o insumo ou produto químico destinado a sua preparação, ou seja, também são incriminadas as etapas anteriores da produção. 6. Do fato de o inciso II do § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 incriminar a conduta de “semear” não resulta que a importação de sementes constitua mero ato preparatório. O tipo em questão é classificado como misto alternativo, isto é, uma conduta pode ser mais ampla ou pode ser pressuposto de outra e, mesmo assim, ambas são igualmente incriminadas, não sendo dado concluir que se tenha, em tais hipóteses, mera tentativa ou ato preparatório. 7. Ainda que a importação de sementes de maconha, feita em desacordo com determinações legais e regulamentares, não se amoldasse à previsão do inciso I do § 1º do artigo 22 da Lei nº 11.343/2006, a denúncia não poderia ser rejeitada, uma vez que, à luz do artigo 34 da Lei nº 10.711/2003 e do artigo 105 do Decreto nº 5.153/2004, seria caso de contrabando. 8. Recurso ministerial provido. (RESE nº 0009203-62.2011.4.03.6181/SP, Segunda Turma, v.u., Rel. Des. Federal Nelton dos Santos, j. 11.06.2013, e-DJF3 Judicial 1 20.06.2013)

Do minucioso voto do Desembargador Federal Nilton dos Santos, extraio o seguinte trecho, que, por sua importância, transcrevo:

Ora, a semente serve para a produção da maconha; a germinação nada mais é do que uma modalidade de transformação, pois é por meio dela que a semente transmuda-se em planta. Afirmar, portanto, que a semente de maconha não é matéria-prima para a produção da droga significaria restringir o alcance da norma, máxime quando se sabe que, no caso presente, o próprio recorrido admitiu que as sementes seriam por ele plantadas com o propósito de produzir a droga. Note-se que, de rigor, nem se faz necessário o dolo específico para a configuração desse delito, bastando que o agente saiba que a matéria-prima serve para a produção da droga. Entendo, assim, que o conceito de matéria-prima, para os fins do aludido dispositivo legal, *não se prende* ao produto ou substância que *imediata e diretamente* seja utilizado para a produção da droga. A produção da droga pode compreender - e geralmente compreende - várias etapas, assim como também podem ser múltiplas as transformações necessárias à conformação da substância entorpecente. Desse modo, mesmo as substâncias ou produtos utilizados nas primeiras etapas da produção da droga são, para os fins legais, matérias-primas ou, conforme o caso, insumos.

Nessa ordem de ideias, Carlos Roberto Bacila sustenta, em sede doutrinária, que o conceito de matéria-prima “refere-se às *sementes* da planta que originarão as drogas, bem como as mesmas plantas no caso das drogas que são derivadas de plantas, como é o caso da *maconha*, da planta de coca e da papoula, que é utilizada para a produção do ópio, da morfina e da heroína. (...) Portanto, *sementes*, plantas e produtos fundamentais constituem matéria-prima da droga” (Comentários penais e processuais penais à lei de drogas: Lei nº 11.343/2006. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 111).

Lembre-se de que são exemplos clássicos de matéria-prima, para os fins do artigo 33, § 1º, inciso I, o éter e a acetona, substâncias que podem ser usadas para outras finalidades que não a produção de drogas. Ainda na vigência da Lei nº 6.368/1976, o Supremo Tribunal Federal proclamou que o éter e a acetona são alcançados pela expressão “matéria-prima” e que é irrelevante a circunstância de não constarem na lista de substâncias entorpecentes (STF, 1ª Turma, HC 69308/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 28/4/1992).

Também já decidiu o Excelso Pretório, em pelo menos duas outras ocasiões que versavam sobre éter e acetona, que “a expressão ‘matéria-prima’ constante do inciso I do parágrafo 1º do artigo 12 da Lei 6.368/76 compreende não só as substâncias destinadas exclusivamente à preparação da droga, como as que, eventualmente, se prestem a essa finalidade” (STF, 1ª Turma, RHC 64340/MS, rel. Min. Sydney Sanches, j. 16/9/1986; STF, 1ª Turma, RE 108726/PR, rel. Min. Oscar Corrêa, j. 26/8/1986).

Se assim é com relação ao éter e à acetona, com muito mais razão as sementes de maconha devem ser consideradas como matéria-prima, pois sua serventia é bem mais restrita, podendo-se afirmar, sem temor de erro, que a principal função da semente de maconha é a de ser plantada para a produção do correspondente vegetal.

Não merece acolhida, portanto, o entendimento, consagrado na decisão objurgada, segundo o qual “a ausência do princípio ativo THC afasta a elementar do tipo ‘matéria-prima destinada à preparação de drogas’” (f. 63). No § 1º, inciso I, do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, o objeto material das condutas não é a droga, mas é a matéria-prima, o insumo ou o produto químico que se destina à respectiva preparação.

Entendo exatamente como Sua Excelência.

Nesse mesmo sentido, encontram-se os seguintes precedentes da Quinta Turma deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. NÃO EVIDENCIADA A FLAGRANTE ATIPICIDADE DOS FATOS SOB INVESTIGAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. 1- Verificada a existência de fato que, em tese, configura crime, e havendo indícios de sua autoria, cabe ao Representante do Ministério Público Federal, no exercício de suas atribuições constitucionais, oferecer denúncia com o fim de instaurar ação penal, para, à luz dos princípios constitucionais e legislação vigente, proceder à apuração dos fatos. 2. *Nos termos da jurisprudência que vem se consolidando, a semente, em seu estado natural, é a matéria-prima para a produção de uma planta.* 3. A materialidade do delito restou comprovada pelo Termo de Apreensão de Substâncias Entorpecentes e Drogas Afins, pelo Auto de Apresentação e Apreensão, e pelo Laudo de Perícia Criminal Federal. 4. Os indícios da autoria podem ser extraídos do fato de que o acusado é o destinatário da remessa interceptada nos Correios pela Polícia Federal. 5. O recebimento da denúncia com o consequente prosseguimento da persecutio criminis é de rigor, inclusive sob o pálio da regra *in dubio pro societate*, que vigora neste momento processual. Havendo dúvidas acerca da correta tipificação penal da conduta do denunciado, deve prosseguir a ação penal para que, ao final, conclua-se acerca da definição jurídica adequada, vide julgados colacionados. 6- Ordem denegada. (HC 0023269-58.2014.4.03.0000/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Des. Federal Paulo Fontes, j. 03.11.2014, e-DJF3 Judicial 10.11.2014)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. CONDUTA PENALMENTE TÍPICA. MATÉRIA-PRIMA PARA A PRODUÇÃO DA DROGA. RECURSO PROVIDO. 1. Reexame necessário criminal contra decisão que indeferiu o requerimento ministerial e determinou, de ofício, o arquivamento do inquérito policial instaurado através da Portaria IPL nº 1882/2013-2 DPF/CAS/SP. 2. A hipótese dos autos versa sobre inquérito policial instaurado para apurar eventual crime de tráfico internacional de drogas previsto no artigo 33, § 1º, inciso I, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/2006, tendo em vista a apreensão pela Polícia Federal, na sede dos Correios em São Paulo, de encomenda consistente em 16 sementes de Cannabis Sativa Lineu. 3. Foi proferida decisão determinando o arquivamento do inquérito policial sob o fundamento da atipicidade do fato, por considerar que as sementes de maconha não apresentam a substância tetrahidrocannabinol (THC), geradora da dependência, e ainda que a quantidade encontrada não conformaria o tipo penal do delito de tráfico internacional de drogas. 4. Não se pode descaracterizar a semente da maconha como matéria-prima para a produção da droga, dado que a germinação da mesma é a etapa inicial do crescimento da planta. Precedentes. 5. A semente, em seu estado natural, é a matéria-prima para a produção da planta de maconha e, portanto, sua importação é proscriita e configura ilícito penal, haja vista que sua internalização em território nacional não é permitida. 6. A pequena quantidade de sementes, no presente caso, deve ser posteriormente analisada no contexto dos elementos que vierem à lume com o prosseguimento das investigações, podendo, a critério do órgão ministerial de primeiro grau, ensejar, inclusive, significativa redução no apenamento ou mesmo a incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006, conforme a prova produzida. 7. Recurso provido. (RENEC 0014055-61.2013.4.03.6181/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Des. Federal Paulo Fontes, j. 04.08.2014, e-DJF3 Judicial 13.08.2014)

Por fim, lembro também que há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que semente de maconha é matéria-prima destinada à preparação da maconha:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. Incorre no tráfico de entorpecentes quem importa ou exporta, remete, produz,

fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/76). 2. No caso, o fato narrado na denúncia, ou seja, a apreensão, na residência do paciente, de 170 sementes de *cannabis sativa*, amolda-se perfeitamente ao tipo penal “ter em depósito” e “guardar” matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/76), não podendo se falar em atipicidade da conduta. 3. Ordem denegada.

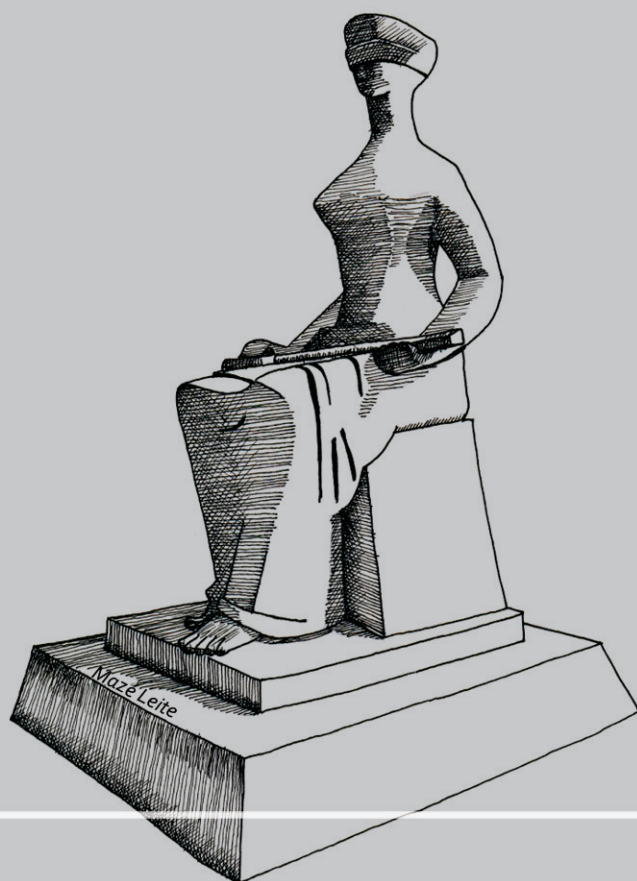
(HC 100437/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.12.2008, DJe 02.03.2009)

Posto isso, pedindo vênias ao relator, DOU PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal para receber a denúncia, nos termos em que oferecida, determinando ao juízo *a quo* que dê prosseguimento ao feito, nos termos do art. 56 da Lei nº 11.343/2006.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL
0002252-44.2001.4.03.6103
(2001.61.03.002252-0)

Apelante: MIRIAM CELI FREITAS VIEIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: AC 993052
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/12/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ARTIGO 543-C, § 7º, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR. BENEFÍCIO DEVIDO SOMENTE ATÉ O PENSIONISTA ATINGIR 21 ANOS DE IDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Para fazer jus ao benefício da pensão por morte, é necessária a comprovação da condição de dependente do segurado e da filiação do falecido à Previdência Social na data do evento morte (Lei nº 8.213/91, artigos 16, 26, I e 74).
2. Exceção feita às hipóteses de invalidez, faz jus à pensão por morte o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não havendo previsão legal de extensão etária decorrente de frequência a curso superior.
3. O dever estatal da prestação de educação, constitucionalmente consagrado, centra-se na outorga de ensino fundamental gracioso e na gradativa universalização do ensino médio gratuito (art. 208, I e II, da CF/88), não havendo referência expressa quanto ao nível universitário.
4. Não há previsão legal para que se mantenha o benefício após o pensionista completar a idade de 21 (vinte e um) anos.
5. Questão decidida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.369.832/SP, em sede de recurso repetitivo.
6. Apelação a que se nega provimento, reformando-se o julgamento anteriormente proferido, nos termos do art. 543-C, § 7º, inciso II, do CPC.

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, *em juízo de retratação nos termos do art. 543-C, § 7º, inciso II, do CPC negar provimento à apelação da parte autora*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Cuida-se de processo devolvido a esta Sétima Turma pela Vice-Presidência desta Corte, que determinou a aplicação do disposto no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil (fls. 122/v), com vistas à possível retratação, em razão de Recurso Especial interposto pelo INSS e em face da apreciação da questão de mérito pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.369.832/SP, em sede de recurso repetitivo, para apreciação de eventual dissonância da decisão recorrida com o entendimento consolidado desses Tribunais Superiores.

A parte autora propôs ação em face do INSS, pleiteando a manutenção da pensão por morte até a conclusão de curso universitário. Sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

A autora interpôs apelação alegando que faz jus à prorrogação do benefício de pensão por morte até a conclusão do curso superior ou até a data em que completar 24 (vinte e quatro) anos de idade.

O *decisum* foi reformado por acórdão proferido por esta Sétima Turma, que, por unanimidade, deu provimento à apelação da parte autora, reformando, *in totum*, a r. sentença.

O INSS interpôs, então, recurso especial, sendo que os autos foram remetidos a esta Relatoria para os fins do disposto no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa para julgamento.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Para fazer jus ao benefício da pensão por morte, é necessária a comprovação da condição de dependente do segurado e da filiação do falecido à Previdência Social na data do evento morte (Lei nº 8.213/91, artigos 16, 26, I e 74).

Na espécie, o autor recebeu pensão por morte, em decorrência do óbito de seu pai, pretendendo sua manutenção até a conclusão do curso superior.

Acerca do tema, dispõe o art. 16 da Lei nº 8.213/91:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Do acima exposto, exceção feita às hipóteses de invalidez, depreende-se fazer jus à pensão por morte o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não havendo previsão legal de extensão etária decorrente de frequência a curso superior.

Ademais, o dever estatal da prestação de educação, constitucionalmente consagrado, centra-se na outorga de ensino fundamental gracioso e na gradativa universalização do ensino médio gratuito (art. 208, I e II, da CF/88), não havendo referência expressa quanto ao nível universitário.

A propósito, confira-se o seguinte paradigma:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO TEMPORÁRIA POR MORTE DA GENITORA. TERMO FINAL. PRORROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. A Lei nº 8.212/90 prevê, de forma taxativa, quem são os beneficiários da pensão temporária por morte de servidor público civil, não reconhecendo o benefício a dependente maior de 21 anos, salvo no caso de invalidez. Assim, a ausência de previsão normativa, aliada à jurisprudência em sentido contrário, levam à ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, estudante universitário, de estender a concessão do benefício até 24 anos. Precedentes: (v.g., REsp 639487/SP, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 01.02.2006; RMS 10261/DF, 5ª T., Min. Félix Fischer, DJ 10.04.2000).

2. Segurança denegada.

(STJ, MS nº 12.982/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 01/02/2008, v.u., DJ 31/3/2008)

No mesmo sentido, os seguintes julgados desta 7ª Turma:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. PENSÃO POR MORTE. FILHO NÃO-INVÁLIDO MENOR DE 21 ANOS. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS OU ATÉ A CONCLUSÃO DO CURSO UNIVERSITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

- A pensão por morte é devida ao filho menor de 21 anos ou inválido, não sendo possível, em face de ausência de previsão legal, a prorrogação do recebimento desse benefício até os 24 anos, ainda que o beneficiário seja estudante universitário. Precedentes do STJ.

- Embargos infringentes providos.

(EI nº 1295326, rel. Des. Fed. Eva Regina, j. 11/02/2010, maioria, DJF3 29/03/2010, p. 112).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. PENSÃO POR MORTE. PRORROGAÇÃO ATÉ OS 24 ANOS POR SER ESTUDANTE UNIVERSITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. São dependentes para o efeito de recebimento da pensão por morte os que, embora não contribuindo para o custeio da seguridade social, estão indicados como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social.

2. O requisito temporal exigido para delinear-se a qualidade de dependência presumida do filho que não é inválido, é ser menor de 21 (vinte e um) anos.

3. Embora alguns julgados venham estendendo o benefício até o limite da idade de 24 (vinte e quatro) anos, com vistas a garantir ao pensionista a conclusão do curso superior, a melhor doutrina posiciona-se em sentido contrário.

4. Salta evidente que não almeja a parte Agravante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada.

5. Agravo legal a que se nega provimento.

(AC nº 1128407, rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 07/06/2010, v.u., DJF3 28/07/2010, p. 385).

Destaco, ainda, o novel posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria, em aresto representativo de controvérsia explicitado abaixo, em beneplácito à segurança jurídica que sintetiza a necessidade de uniformidade de tratamento jurídico, firmado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC):

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. OMISSÃO DO TRIBUNAL A QUO. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. OBSERVÂNCIA. SÚMULA 340/STJ. MANUTENÇÃO A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se verifica negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina a questão supostamente omitida “de forma criteriosa e percuciente, não havendo falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que desampara a pretensão da embargante”

(REsp 1.124.595/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 20/11/09).

2. A concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

3. Caso em que o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23/12/94 e 5/10/01, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

4. Não há falar em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Precedentes.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do

Código de Processo Civil.

(STJ-1ª Seção, RESP nº 1369832, publicação: DJe: 07/08/2013, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima).

Dessa forma, não há previsão legal para que se mantenha o benefício após o pensionista completar a idade de 21 (vinte e um) anos.

Impõe-se, por isso, a manutenção da r. sentença.

Ante tais considerações, à vista do posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça, em juízo de retratação, nos termos dos artigos 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, procedo à reforma do julgamento anteriormente proferido às fls. 75/78 para *negar provimento à apelação da parte autora*, nos termos acima expostos.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0034995-59.2001.4.03.9999

(2001.03.99.034995-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 204/208V

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: FERNANDO BORTOLETTI

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRAVINHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AC 714148

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE ESPECIAL. FRENTISTA. VIGIA. TERMO INICIAL DOS EFEITOS FINANCEIROS.

- O período laborado como vigilante, conquanto a lei não preveja expressamente o enquadramento da atividade no rol de atividades especiais, é forçoso reconhecer sua periculosidade, independente do uso de arma de fogo, por analogia à função de guarda, prevista no item 2.5.7 do Decreto 53.831/64. (REsp 449.221 SC, Min. Felix Fischer).

- A atividade de frentista é tida por especial, em razão de exposição a tóxicos orgânicos, derivados de hidrocarbonetos e outros compostos de carbono, cujo enquadramento se dá em conformidade com os itens 1.2.10 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64.

- Além dos malefícios causados à saúde, devido à exposição a tóxicos do carbono, álcool, gasolina e diesel, a que todos os empregados de posto de gasolina estão sujeitos, independentemente da função desenvolvida, existe, também, a característica da periculosidade do estabelecimento, na forma da Súmula 212 do Supremo Tribunal Federal

- As atividades laborais do autor, cujo enquadramento como especiais ora se reconhece, foram exercidas em período anterior a 28.04.1995, época em que a especialidade da atividade podia ser verificada com base na categoria profissional. Dessa forma, o INSS tinha condições de constatar a existência do direito do autor à contagem dos interregnos como especiais por ocasião do pedido administrativo. A produção probatória posterior à concessão do benefício não era essencial à comprovação de seu direito e não altera a conclusão que poderia ser obtida somente com os elementos aferidos no procedimento administrativo.

- Os argumentos trazidos pelo Agravante não são capazes de desconstituir a Decisão agravada.

- Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo (fls. 211/219) previsto no artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil, interposto pelo INSS em face de Decisão (fls. 204/208v), que deu provimento parcial à Remessa Oficial tida por interposta e à Apelação do INSS, mantendo a Sentença na parte em que determinou a revisão do tempo de serviço que embasou a concessão de aposentadoria, mediante o reconhecimento de períodos de labor considerados especiais, como vigia e frentista.

Alega o Instituto-Agravante que, após a edição da Lei nº 9.032/1995, não é possível o reconhecimento da especialidade com base na categoria profissional. Caso mantida a sentença quanto à matéria de fundo, requer seja fixado o termo inicial na data da juntada do laudo.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão singular que apreciou integralmente o pedido, julgando-o de forma fundamentada, embasada na legislação pertinente e no entendimento jurisprudencial predominante. Por oportuno, destaco os seguintes trechos da decisão agravada, que responde às impugnações da autarquia-agravante:

(...) omissis

O caso em concreto.

Busca o autor o reconhecimento da insalubridade do labor de frentista e vigia, nos períodos abaixo relacionados, com a finalidade de majorar a renda mensal percebida em razão de benefício de aposentadoria por tempo de serviço:

- a) 01/12/82 a 21/09/83, como frentista, na Comercial Zapelini Ltda.;
- b) 01/10/83 a 23/03/84, como vigia, na Intersolo Comércio e Importação Ltda.;
- c) 01/04/84 a 25/06/93, como vigia, na Cooperativa dos plantadores de cana do Estado de São Paulo.

A fim de comprovar suas alegações, o autor juntou aos autos:

- a) Fls. 13/24 - Cópias de sua CTPS;
- b) Fls. 26 - Formulário DSS 8030, referente ao período entre 01/04/84 a 25/06/93, trabalhado como vigia para a Cooperativa dos plantadores de cana do Estado de São Paulo;
- c) Fls. 27 - Formulário DSS 8030, referente ao período entre 01/12/82 a 21/09/83, trabalhado como frentista para a Comercial Zapelini Ltda, atestando a exposição do autor, de modo habitual e permanente aos agentes agressivos umidade, combustíveis, óleo, calor e gases expelidos em decorrência da queima de combustível;
- d) Fls. 28 - Certificado de Reservista de 1ª Categoria, atestando a atividade militar do autor no 17º Regimento de Cavalaria, de 1952 a 1954.

Por determinação judicial, foi produzido laudo técnico pericial, acostado às fls. 145/149.

Quanto à atividade de vigilante, observo que essa atividade é enquadrada como especial pelo Decreto nº 53.831/64 (código 2.5.7), de modo que o enquadramento se dá pela presunção legal até 10/12/1997.

Portanto, a atividade exercida na função de vigilante nos períodos entre 01/10/83 a 23/03/84, na Intersolo Comércio e Importação Ltda., e entre 01/04/84 a 25/06/93, na Cooperativa dos plantadores de cana do Estado de São Paulo deverá ser considerada especial e, posteriormente, convertida em tempo de serviço comum, pois consta nas categorias profissionais elencadas no quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64, código 2.5.7. Nesse sentido, confirmam-se as ementas abaixo transcritas:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. *GUARDA*_NOTURNO. ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE ESPECIAL.

1. É indubitoso o direito do segurado, se atendidos os demais requisitos, à aposentadoria especial, em sendo de natureza perigosa, insalubre ou penosa a atividade por ele exercida, independentemente de constar ou não no elenco regulamentar dessas atividades.

2. ‘Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.’ (Súmula do extinto TFR, Enunciado nº 198).

3. Recurso conhecido.”

(STF, REsp 234.858/RS, 6ª Turma, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ 12/05/2003, p. 361)

“PREVIDENCIÁRIO - SENTENÇA *ULTRA PETITA* - REDUÇÃO - RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE EM PARTE - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - REQUISITO PREENCHIDO - JUROS DE MORA - CORREÇÃO MONETÁRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO ADESIVO DA PARTE AUTORA PREJUDICADO - APELAÇÃO DO INSS E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. - (...) - Prestando, o autor, serviços em condições especiais, nos termos da legislação vigente à época, anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, faz jus à conversão do tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de aposentadoria, a teor do já citado art. 70 do Decreto 3.048/99. - É amplamente aceito na jurisprudência a condição de especial da atividade de *vigia*, eis que equiparada à atividade de guarda, prevista no item 2.5.7 do quadro anexo do Decreto nº 53.831/64. - Somado o período de trabalho em atividade especial devidamente convertido no período entre 03.11.1987 a 05.03.1997, não considerado em sede administrativa, o autor faz jus ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço, deste a data da citação, no percentual de 76% do salário-de-benefício. - (...) Acolho a matéria preliminar. - Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas. - Recurso adesivo prejudicado.”

(TRF/3ª Região, APELREEX 00427260920014039999, 7ª Turma, Relatora Desembargadora Federal EVA REGINA, DJF3 24/9/2008)

Ressalte-se que o reconhecimento da periculosidade independe do porte de arma de fogo, conforme precedente desta Corte:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO §1º ART.557 DO C.P.C. ATIVIDADE ESPECIAL. *VIGIA*. INDEPENDENTE DE PORTE DE ARMA DE FOGO. REQUISITO NÃO PREVISTO EM LEI. RUÍDO. EPI. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS PREENCHIDOS NA DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. I - O porte de arma não define a periculosidade da atividade do *guarda*/vigilante, pois o risco a que o trabalhador se expõe advém da função de defender o patrimônio alheio, sendo que o fato de não portar arma de fogo o coloca em situação de desvantagem, pois desprovido de instrumento de defesa para repelir agressão alheia - (...) Agravo do INSS improvido. Agravo da parte autora parcialmente provido.”

(APELREE - 1408209, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, DJF3 CJ119/8/2009 p. 860)

Já a atividade de frentista é tida por especial, em razão de exposição a tóxicos orgânicos, derivados de hidrocarbonetos e outros compostos de carbono, cujo enquadramento se dá em conformidade com os itens 1.2.10 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64.

Cumpra esclarecer que além dos malefícios causados à saúde, devido à exposição a tóxicos do carbono, álcool, gasolina e diesel, a que todos os empregados de posto de gasolina estão sujeitos, independentemente da função desenvolvida, existe, também, a característica da periculosidade do estabelecimento, na forma da Súmula 212 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Súmula 212. Tem direito ao adicional de serviço perigoso o empregado de posto de gasolina de revenda de combustível líquido.”

Por sua vez, o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF/3ª Região, AMS 2006.61.26.003803-1, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, DJF3 4/3/2009, p. 990, APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal, 7ª Turma, LEIDE POLO, DJF 29/5/2009, p. 391.

Nesses termos, reconheço como tempo de atividade especial os períodos de 01/12/82 a 21/09/83, como frentista, na Comercial Zapelini Ltda., de 01/10/83 a 23/03/84, como vigia, na Intersolo Comércio e Importação Ltda., e de 01/04/84 a 25/06/93, como vigia, na Cooperativa dos plantadores de cana do Estado de São Paulo.

Dessa forma, impõe-se a revisão do cômputo de tempo de serviço do autor, a partir da data de concessão do benefício.

(...) *omissis*

Por fim, o termo inicial dos efeitos da revisão deve ser mantido na data de início do benefício, conforme fixado em sentença.

No caso concreto, as atividades laborais do autor, cujo enquadramento como especiais ora se reconhece, foram exercidas em período anterior a 28.04.1995, época em que a especialidade da atividade podia ser verificada com base na categoria profissional. Dessa forma, o INSS tinha condições de constatar a existência do direito do autor à contagem dos interregnos como especiais por ocasião do pedido administrativo. A produção probatória posterior à concessão do benefício não era essencial à comprovação de seu direito e não altera a conclusão que poderia ser obtida somente com os elementos aferidos no procedimento administrativo.

No mais, os argumentos trazidos pelo agravante não são capazes de desconstituir a Decisão agravada.

Assim, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder que justificasse sua reforma, a Decisão atacada deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0006421-50.2006.4.03.9999

(2006.03.99.006421-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 175/176

Interessado: THEREZINHA MARESTONI E EVERTON JOSÉ CABRAL MORGADO (incapaz)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PARAGUAÇU PAULISTA - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR

Classe do Processo: AC 1089459

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO MINISTERIAL NA SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO MENOR. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO DA COMPANHEIRA. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ART. 74, LEI 8.213/91. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. AGRAVO LEGAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A ausência de intervenção do Ministério Público nesta Corte Regional, para configurar nulidade, necessita da demonstração de prejuízo ao menor, o que não ocorreu no caso dos autos (STJ - REsp 15.713 - rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04.12.1991, DJU 24.02.1992 / STJ - AI 423.153 - Quarta Turma - rel. Min. Aldir Passarinho Jr. - j. 06.08.2002 - DJ 16.09.2002).

2. O benefício deve ser concedido desde o requerimento administrativo (07/08/2002 - fls. 11) e não da data do óbito.

3. A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.

4. Os juros de mora, por sua vez, incidem a partir da citação até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV, devendo ser fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem fixados no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente.

5. Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL e determinar, de ofício, a fixação da correção monetária

e dos juros de mora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal interposto pela autarquia contra r. decisão monocrática proferida nos moldes autorizados pelo artigo 557, do Código de Processo Civil.

Requer a parte agravante a reforma da r. decisão agravada sob o argumento, em síntese, de que há nulidade absoluta em virtude da ausência de manifestação do Ministério Público Federal nesta Corte Regional, posto que há interesse de menor, para o qual também houve sucumbência.

Ademais, aduz a necessidade de apreciação da questão relativa ao termo inicial do benefício, o qual foi fixado à partir da data do óbito, ao passo que o correto seria a fixação na data do requerimento administrativo.

Concedida vista ao Ministério Público Federal (fls. 188/189), houve manifestação preliminar pela nulidade da decisão monocrática de fls. 175/176 e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso de apelação e da remessa oficial (fls. 193/198).

Existindo elementos que autorizam a reforma, em parte, da r. decisão, deixo de efetuar o juízo monocrático de retratação e, em homenagem ao princípio da celeridade processual, apresento o recurso diretamente em mesa a fim de que seja analisado pelo Colegiado.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

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

Assiste razão parcial à agravante.

Inicialmente, atendendo ao princípio da celeridade processual, afastado a preliminar de nulidade da decisão monocrática de fls. 175/176 ante a ausência de intervenção do Ministério Público nesta Corte Regional, tendo em vista que não houve prejuízo ao menor.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual, para configurar nulidade, é necessária a demonstração do prejuízo, o que não ocorreu no caso dos autos, porquanto houve manifestação do *parquet* em primeira instância, ocasião em que requereu a procedência da presente demanda. (STJ - REsp 15.713 - rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04.12.1991, DJU 24.02.1992 / STJ - AI 423.153 - Quarta Turma - rel. Min. Aldir Passarinho Jr. - j. 06.08.2002 - DJ 16.09.2002)

Ademais, de acordo com a redação do art. 475, § 2º, do CPC, dada pelo art. 1º da Lei nº 10.352/2001, que entrou em vigor em 27 de março de 2002, não mais está sujeita ao reexame necessário a sentença em ações cujo direito controvertido não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, razão pela qual não conheço da remessa oficial, tida por interposta.

Passo à análise do mérito.

O artigo 74 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, estabelece que:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

No caso dos autos, o falecimento do instituidor do benefício ocorreu em 28/01/1999, conforme faz prova a certidão de óbito acostada pela companheira em fls. 10. Por seu turno, o requerimento administrativo do benefício foi feito apenas em 07/08/2002 (fls. 11), mais de trinta dias após o óbito.

Portanto, nos termos do artigo supracitado, o benefício deve ser concedido *desde o requerimento administrativo* (07/08/2002 - fls. 11) e não da data do óbito.

A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.

Os juros de mora, por sua vez, incidem a partir da citação até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV, devendo ser fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem fixados no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo legal tão somente para alterar o termo inicial do benefício, o qual fixo na data do requerimento administrativo (07/08/2002), e determino, de ofício, a fixação dos juros de mora e correção monetária, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

EMBARGOS INFRINGENTES

0007387-61.2006.4.03.6103

(2006.61.03.007387-2)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: LUIZ CARLOS PEREIRA

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: EI 1343021

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. EXPOSIÇÃO A RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95, bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.

- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei.

- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes em formulário próprio (SB 40).

- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.

- A partir de 01.01.2004, o PPP constitui-se no único documento exigido para fins de comprovação da exposição a agentes nocivos, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial.

- O PPP que contemple períodos laborados até 31.12.2003 mostra-se idôneo à comprovação da atividade insalubre, dispensando-se a apresentação dos documentos outrora exigidos.

- Acerca da utilização de EPI - Equipamento de Proteção Individual, o seu uso, antes da vigência da Lei nº 9.732/98, não descaracterizava o enquadramento da atividade sujeita a agentes agressivos à saúde ou à integridade física. Tampouco era obrigatória, para fins de aposentadoria especial, a menção expressa à sua utilização no laudo técnico pericial. Contudo, em relação às atividades exercidas a partir da data da publicação da Lei nº 9.732/98, é indispensável a elaboração de laudo técnico de que conste “informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo”. Na hipótese de o laudo atestar expressamente a neutralização do agente nocivo, a utilização de EPI afastará o enquadramento do labor desempenhado como especial.

- Do que consta dos autos, contudo, não se extrai a indicação de neutralização do agente nocivo - no caso, o ruído -, mas tão somente a sua diminuição, tampouco se podendo afirmar que tenha havido efetiva fiscalização quanto ao uso do EPI.
- Atividade especial comprovada por meio de laudo técnico e PPP que atestam a exposição a níveis de ruído superiores aos permitidos em lei, consoante Decretos nºs 2.172/97 e 4.882/2003, contemporâneos aos fatos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

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

Embargos infringentes tirados de julgado assim resumido (fl. 208):

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. USO DE EPI.

1 - A utilização de Equipamentos de Proteção Individual - EPI não cria óbice à conversão do tempo especial em comum, uma vez que não extingue a nocividade causada ao trabalhador, cuja finalidade de utilização apenas resguarda a saúde e a integridade física do mesmo, no ambiente de trabalho.

2 - Agravo legal do autor 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 maioria, dar provimento ao agravo legal, nos termos do voto condutor que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de novembro de 2013.

NELSON BERNARDES DE SOUZA

Relator para o acórdão

O INSS requer a prevalência do voto vencido, ao argumento de que “se há prova nos autos assinalando que o EPI utilizado pelo segurado neutraliza a insalubridade, não há que se falar em exercício de atividade especial”.

Recurso admitido (fl. 214) e redistribuído a minha relatoria (fl. 216 v.).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

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

Do voto condutor, da lavra do Desembargador Federal Nelson Bernardes, extraí-se (fl. 207):

Em sessão de julgamento realizada em 04 de novembro de 2013, o Excelentíssimo Senhor Juiz Federal Rodrigo Zacharias proferiu voto no sentido de negar provimento ao agravo legal interposto pelo autor e manter a decisão monocrática por ele proferida (fls. 195/196), por meio da qual negara seguimento à apelação, em ação objetivando a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial.

Fundamentou Sua Excelência seu voto no sentido da utilização eficaz de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, o que inviabilizaria o reconhecimento da especialidade em lapso temporal posterior a 14 de dezembro de 1998.

Dirijo do entendimento manifestado pelo eminente Relator, uma vez que, a meu julgar, a utilização de Equipamentos de Proteção Individual - EPI não cria óbice à conversão do tempo especial em comum, uma vez que não extingue a nocividade causada ao trabalhador, cuja finalidade de utilização apenas resguarda a saúde e a integridade física do mesmo, no ambiente de trabalho. A propósito, julgado desta Egrégia Corte Regional: 8ª Turma, AC nº 1999.03.99.106689-8, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 03.11.2003, DJU 29.01.2004, p. 259.

Assim, reconhecido como insalubre o lapso temporal objeto de controvérsia (18 de maio de 1989 a 16 de fevereiro de 2006 - data em que emitido o PPP de fl. 16) desempenhado junto à empresa General Motors do Brasil Ltda., conta o autor com tempo superior a 25 anos, ensejando-lhe a *conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial*. Termo inicial do benefício mantido na data do requerimento administrativo (27 de abril de 2006).

As parcelas em atraso devem ser corrigidas nos moldes do Provimento nº 64/05 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, da Lei nº 6.899/81 e das Súmulas nº 148 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nº 8 deste Tribunal.

Os juros de mora, que incidirão até a data da conta de liquidação, são fixados em 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02; após, à razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, c.c. o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. A partir da vigência da Lei nº 11.960/09, o mesmo percentual das taxas relativas aos depósitos da caderneta de poupança, em conformidade com o disposto no seu art. 5º, o qual atribuiu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Os honorários advocatícios são fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença, conforme entendimento desta Turma.

Ante o exposto, dirijo do ilustre Relator, com a devida venia, e pelo meu voto, dou provimento ao agravo legal oposto pelo autor para tornar insubsistente a decisão agravada. Em novo julgamento, dou provimento ao apelo para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, nos termos da fundamentação. (destaque no original)

O voto vencido, a seu turno, da lavra do Juiz Federal em Auxílio Rodrigo Zacharias, veio consubstanciado nos moldes abaixo (fls. 204/205):

A decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante. Pretende o agravante, em sede de agravo, rediscutir argumentos já enfrentados pela decisão recorrida.

Reitero, por oportuno, alguns dos fundamentos expostos quando de sua prolação:

“(…)

Do enquadramento de período especial

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto nº 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

‘Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(…)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.’ Por conseguinte, o tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a ‘qualquer tempo’, independentemente de haverem ou não preenchido os requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

Ademais, em razão do novo regramento, encontra-se superada a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98 bem como qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei nº 6.887/80.

Nesse sentido, reporto-me a jurisprudência firmada pelo Colendo STJ:

‘PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO AO PERÍODO TRABALHADO.

1. Com as modificações legislativas acerca da possibilidade de conversão do tempo exercido em atividades insalubres, perigosas ou penosas, em atividade comum, infere-se que não há mais qualquer tipo de limitação quanto ao período laborado, ou seja, as regras aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período, inclusive após 28/05/1998. Precedente desta 5ª Turma.

2. Recurso especial desprovido’.

(STJ; REsp 1010028/RN; 5ª Turma; Rel. Ministra Laurita Vaz; julgado em 28/2/2008; DJe 07/4/2008)

Cumprir observar que, antes da entrada em vigor do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei nº 9.032/95, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB40 ou DSS8030) a atestar a existência das condições prejudiciais.

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo é o ruído, sempre houve a necessidade da apresentação de laudo pericial, independentemente da época em que o serviço fora prestado.

Dentro desse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto nº 2.172/97, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos nº 83.080/79 e nº 53.831/64 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto nº 2.172/97.

Com a edição do Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.0.1, 3.0.1 e 4.0.0 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

No caso vertente, em relação aos intervalos:

a) de 9/2/1977 a 30/11/1988, há formulário que aponta a atividade de operador de caldeira, no setor de caldeira da empresa - código 2.5.2 do anexo do Decreto nº 83.080/79;

b) de 18/5/1989 a 27/4/2006, há formulários, laudos técnicos e perfis profissiográficos previdenciários - PPP, os quais informam a exposição habitual e permanente a níveis de ruído

superiores a 90 decibéis.

Contudo, restou comprovado que o equipamento de proteção individual - EPI elimina ou neutraliza a nocividade. Com efeito, os laudos técnicos referidos apontam que são fornecidos e de uso obrigatório todos os equipamentos de proteção individual - EPI necessários à atividade e que estes diminuem o agente agressivo ruído aos limites de tolerância.

Destaco que a utilização de Equipamento de Proteção Individual - EPI, desde que comprovadamente elimine ou neutralize a nocividade, exclui o enquadramento da atividade especial somente a partir da vigência da Lei nº 9.732, em 14/12/1998, quando foi inserida na legislação previdenciária a exigência de que essa informação constasse do respectivo laudo técnico.

Dessa forma, o enquadramento dos períodos acima se limita a 13/12/1998, consoante, alias, já havia reconhecido a autarquia no âmbito administrativo (fls. 98/107).

Por conseguinte, ausente o requisito temporal insculpido no artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Deixo de condenar a parte autora em verbas de sucumbência, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, nego seguimento à apelação da parte autora.

(...)"

Assim, a decisão agravada está suficientemente fundamentada e atende ao princípio do livre convencimento do Juiz, de modo que não padece de nenhum vício formal que justifique sua reforma.

Outrossim, segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Menciono julgados pertinentes ao tema: AgRgMS nº 2000.03.00.000520-2, Primeira Seção, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJU 19/6/01, RTRF 49/112; AgRgEDAC nº 2000.61.04.004029-0, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 29/7/04, p. 279.

Com efeito, o artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator, que negará seguimento a "recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" (*caput*), ou, ainda, dará 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" (§ 1º-A).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo. (g.n.)

O cerne da controvérsia diz respeito à possibilidade, ou não, de a utilização do EPI - Equipamento de Proteção Individual afastar o enquadramento de atividade especial após o advento da Lei nº 9.732/98.

Exigia-se para a concessão de aposentadoria especial, desde a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, o trabalho do segurado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos. Ato do Chefe do Poder Executivo trataria de explicitar quais os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

A Lei nº 8.213/91, em seus artigos 57 e 58, conservou o arquétipo legislativo originário, dispondo que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei própria.

O campo de aplicação dos agentes nocivos associava-se ao serviço prestado, chegando-se à atividade profissional e final classificação em serviço penoso, insalubre ou perigoso. O rol de agentes nocivos era exaustivo, mas exemplificativas as atividades listadas sujeitas à exposição pelo segurado.

Daí que para a concessão da aposentadoria especial era suficiente que o segurado comprovasse o exercício das funções listadas nos anexos trazidos pela lei. Também, é fato, porque impossível listar todas as atividades profissionais, perícia judicial era admitida para constatar que a atividade profissional do segurado, não inscrita nos anexos, classificava-se em perigosa, insalubre ou penosa. A jurisprudência assim caminhou, culminando com a edição da Súmula 198 do Tribunal Federal de Recursos.

Quizá diante do aumento da concessão de aposentadorias, facilitado pelo caminho que o legislador, jurisprudência e súmula consagraram para a constatação de que a atividade profissional estava exposta a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, veio a Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995. E alterou o modelo.

De ver que a redação original do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 dispunha que “A aposentadoria especial será devida ... conforme a atividade profissional”; a Lei nº 9.032/95, por sua vez, estatuiu que “A aposentadoria especial será devida ... conforme dispuser a lei”.

Os parágrafos 3º e 4º do referido artigo rematam a ideia:

3º. A concessão da aposentadoria especial *dependerá de comprovação pelo segurado*, perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

4º. *O segurado deverá comprovar*, além do tempo de trabalho, *exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física*, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

A dizer que o simples enquadramento da atividade profissional, conforme o disposto nos anexos do decreto regulamentador - isto é, a concessão da aposentadoria especial com base na presunção de que certa categoria estaria sujeita a certo e correspondente agente nocivo - não mais era bastante. O segurado deveria comprovar, realmente, que estava exposto a agentes insalubres, penosos ou perigosos. E tal comprovação foi organizada pelo INSS por meio de formulário próprio, o SB 40.

Eficácia plena as alterações impostas pela Lei nº 9.032/95 somente alcançaram com o advento da MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. De modo a sacramentar a necessidade de efetiva exposição a agentes nocivos, prova a ser feita por meio de formulário e laudo.

A redação do artigo 58, com os devidos destaques:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

1º. *A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário*, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

2º. *Do laudo técnico* referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

3º. A empresa que não mantiver *laudo técnico atualizado* com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir *documento de comprovação de efetiva exposição* em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à

penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

4º. A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento.

E o Poder Executivo definiu a relação dos agentes nocivos por meio do Decreto nº 2.172/1997.

Do que se extrai o seguinte: funções exercidas até a promulgação da Lei nº 9.032/95, ou seja, até 28 de abril de 1995, suficiente o simples exercício da profissão, fazendo-se o enquadramento conforme o disposto nos anexos dos regulamentos; de 29 de abril até a publicação da Medida Provisória 1.523/96, ou seja, até 13 de outubro de 1996, fazia-se a prova da efetiva exposição por meio de formulário próprio; de 14 de outubro em diante necessários o formulário e correspondente laudo técnico. Síntese que leva em conta o período em que foram exercidas as atividades, de forma a que as modificações da legislação valham sempre para frente, pouco importando o requerimento posterior do benefício, cuidando-se de normas reguladoras dos meios de prova do direito previamente adquirido, atinentes, portanto, à forma, não à matéria.

Quanto ao grau mínimo de ruído para caracterizar a atividade como especial, a evolução legislativa começa com o Decreto nº 53.831/64, que considerou insalubre e nociva à saúde a exposição do trabalhador em locais com ruídos acima de 80 decibéis. O Decreto 83.080/79, por sua vez, aumentou o nível mínimo de ruído, fixando-o para acima de 90 decibéis.

Até que fosse promulgada a lei que dispusesse sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física, trataram os Decretos 357/91 e 611/92 de disciplinar que, para efeito de concessão de aposentadoria especial, fossem considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, e o anexo do Decreto nº 53.831/64.

Vale dizer, diante de clara contradição entre a legislação - o Decreto nº 83.080 fixou o nível mínimo de ruído acima de 80 dB e o Decreto nº 53.831/64 acima de 90 dB -, considerava-se especial a atividade que sujeitasse o trabalhador à ação de mais de 80 decibéis, nos termos do Decreto nº 53.831/1964. Prevaleceu a solução mais favorável ao trabalhador, dado o fim social do direito previdenciário.

Assim, até a vinda do Decreto 2.172, de 05.03.1997 - que exigiu a exposição permanente a níveis de ruído acima de 90 decibéis - era considerada especial a exposição do trabalhador a mais de 80 dB. Depois, sabe-se, veio o Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, fixando a exposição a Níveis de Exposição Normalizados (NEN) superiores a 85 decibéis.

Então:

- Até 05.03.1997 era considerada especial a atividade que expunha o trabalhador ao nível de ruído superior a 80 decibéis. Coexistência dos Decretos nº 53.831/64, anexo I, Item 1.1.6 e Decreto nº 83.080, de 24.01.79.

- Após a publicação do Decreto nº 2.172, de 05.03.97, passou-se a exigir exposição a ruído acima de 90 decibéis. Pelo Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, nova alteração impôs oficialmente o limite de 85 decibéis.

(8ª Turma, Apelação Cível nº 1999.61.16.001655-9-SP, rel. Marianina Galante, j. 25.06.2007, DJU 25.07.2007, p. 691)

O meio de prova admitido para demonstrar a exposição do trabalhador ao agente nocivo ruído é o laudo técnico.

Necessário, contudo - diante das restritas hipóteses em que possível a aceitação de outro documento que não o laudo técnico -, tecer algumas considerações acerca do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído na legislação pátria pelo Decreto nº 3.048/99, que, em seu artigo 68, com a redação dada pelo Decreto nº 4.032/2001, assim dispôs:

Art. 68. A relação de agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.

(...)

§ 2º. A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

§ 6º. A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico previdenciário, abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento, sob pena da multa prevista no art. 283.

(...)

§ 8º. Considera-se perfil profissiográfico previdenciário, para os efeitos do § 6º, o documento histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo Instituto Nacional do Seguro Social, que, entre outras informações, deve conter registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos. (...)

Assim, o PPP surge como o documento a ser emitido pela empresa, segundo padrão instituído pelo INSS, em que deverão ser lançados, além de informações administrativas, os registros das atividades desempenhadas durante o período laboral nele indicado e os resultados das avaliações relativas ao ambiente de trabalho em que exercidas as funções pelo segurado, sendo obrigatório, para fins de validade, que dele conste a identificação do profissional responsável pela elaboração do laudo técnico de condições ambientais em que se baseia - médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Trata-se de um documento que, elaborado de forma individualizada relativamente ao trabalhador que desempenha seu labor com exposição a agentes nocivos - físicos, químicos ou biológicos - ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, contém elementos outros que não unicamente a análise técnica das condições ambientais em que se dá a prestação de serviços.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário difere do Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho - LTCAT na medida em que este, nos dizeres de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, em sua obra “Manual de Direito Previdenciário”, 15ª edição, Grupo Editorial Nacional, consiste em um “documento com caráter pericial, de iniciativa da empresa, com a finalidade de *propiciar elementos ao INSS para caracterizar ou não a presença dos agentes nocivos à saúde ou à integridade física relacionados no Anexo IV do Decreto nº 3.048/99*”, devendo “ser assinado por engenheiro de segurança do trabalho ou por médico do trabalho”.

Na coexistência de dois documentos técnicos a contemplar as condições ambientais a que sujeito o trabalhador - Perfil Profissiográfico Previdenciário e/ou o Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho -, acabou-se por delimitar a abrangência de cada um, segundo critérios temporais e conforme os agentes nocivos relativamente aos quais seriam exigidos.

Nesse contexto, restou estabelecido pela Instrução Normativa INSS/DC nº 84, de 17.12.2002, que:

Art. 153. Deverá ser exigida a apresentação do LTCAT para os períodos de atividade exercida sob condições especiais apenas a partir de 29 de abril de 1995, exceto no caso do agente nocivo ruído ou outro não arrolado nos decretos regulamentares, os quais exigem apresentação de laudo para todos os períodos declarados.

Parágrafo único. A exigência da apresentação do LTCAT prevista no caput será dispensada a partir de 01/07/2003, data da vigência do PPP, devendo, entretanto, permanecer na empresa a disposição da previdência social. (g.n.)

A Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010, em seu artigo 256, reproduzindo a redação do artigo 161 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 27, de 30.04.2008, estabeleceu, expressamente, o critério temporal a ser observado no tocante à exigência de documentação específica para a comprovação de tempo de serviço exercido em condições especiais, nos seguintes termos:

Art. 256. Para instrução do requerimento da aposentadoria especial, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

I - para períodos laborados até 28 de abril de 1995, véspera da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, será exigido do segurado o formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais e a CP ou a CTPS, bem como, para o agente físico ruído, LTCAT;

II - para períodos laborados entre 29 de abril de 1995, data da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, a 13 de outubro de 1996, véspera da publicação da MP nº 1.523, de 1996, será exigido do segurado formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais, bem como, para o agente físico ruído, LTCAT ou demais demonstrações ambientais;

III - para períodos laborados entre 14 de outubro de 1996, data da publicação da MP nº 1.523, de 1996, a 31 de dezembro de 2003, data estabelecida pelo INSS em conformidade com o determinado pelo § 2º do art. 68 do RPS, será exigido do segurado formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais, bem como LTCAT, qualquer que seja o agente nocivo; e

IV - para períodos laborados a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme estabelecido por meio da Instrução Normativa INSS/DC nº 99, de 5 de dezembro de 2003, em cumprimento ao § 2º do art. 68 do RPS, o único documento será o PPP.

(...)

Determinou-se, a partir de 01.01.2004, a obrigatoriedade de elaboração do Perfil Profissiográfico Previdenciário, pela empresa, para seus empregados, trabalhadores avulsos e cooperados que desempenhem o labor em condições insalubres, prescrevendo que referido documento deveria substituir o formulário até então exigido para a comprovação da efetiva exposição do segurado a agentes nocivos. Nesse particular, confira-se a redação do artigo 272 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010:

Art. 272. A partir de 1º de janeiro de 2004, conforme estabelecido pela Instrução Normativa nº 99, de 2003, a empresa ou equiparada à empresa deverá preencher o formulário PPP, conforme Anexo XV, de forma individualizada para seus empregados, trabalhadores avulsos e cooperados, que laborem expostos a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, ainda que não presentes os requisitos para a concessão desse benefício, seja pela eficácia dos equipamentos de proteção, coletivos ou individuais, seja

por não se caracterizar a permanência.

§ 1º. O PPP substitui o formulário para comprovação da efetiva exposição dos segurados aos agentes nocivos para fins de requerimento da aposentadoria especial, a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme inciso IV do art. 256.

§ 2º. Quando o PPP contemplar períodos laborados até 31 de dezembro de 2003, serão dispensados os demais documentos referidos no art. 256.

(...) (g.n.)

Em conclusão, a partir de 01.01.2004, o único documento exigido para fins de comprovação da exposição do segurado a agentes nocivos, inclusive o ruído, será o PPP, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial, conforme se depreende da conjugação dos artigos 256, inciso IV, e 272, parágrafo 1º, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010.

Para os períodos laborados até 31.12.2003, é dispensável o laudo técnico se houver a inclusão dos interregnos no Perfil Profissiográfico Previdenciário.

Corroborando tal entendimento, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

(...) a questão remanescente a ser enfrentada diz respeito à possibilidade de o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário - ser suficiente para fazer prova do tempo especial, não se exigindo desta forma, específico laudo técnico.

(...)

De acordo com o § 14 do art. 178 da Instrução Normativa 20 de 11/10/2007, o PPP substitui o formulário para comprovação da efetiva exposição dos segurados aos agentes nocivos para fins de requerimento da aposentadoria especial, a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme determinado pelo § 2º do art. 68 do RPS, alterado pelo Decreto 4.032/2001.

Estabelece, ainda, o § 1º do art. 161 da IN 20/2008 que, se os períodos laborados até 31/12/2003 estiverem contidos no perfil profissiográfico previdenciário, será dispensada a apresentação de outros documentos, como formulários e o laudo técnico de condições ambientais do trabalho. (...).

(AgRg no AREsp 265201; Relator: Min. Mauro Campbell Marques; DJe 06/11/2013)

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO INSUFICIENTE PARA OBTENÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL. RUÍDOS E HIDROCARBONETOS. DECRETOS Nº 83080/79, 53.831/64, 2172/97 E 3048/99. INSALUBRIDADE RECONHECIDA. AVERBAÇÃO. POSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE EPI'S. SÚMULA Nº 09-TNU.

omissis

6. A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos atualmente é feita através do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP a teor do art. 58 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9732/98. Este documento é fornecido pela empresa ou por seu preposto e deve estar baseado em laudo técnico de condições ambientais do trabalho emitido pelos profissionais competentes, vindo este novo documento a substituir o SB-40, DISES BE 5235, DSS 8030 e DIRBEN 8030 e o próprio laudo pericial, a partir de 01.01.2004.

7. Há de se salientar que a apresentação do PPP, contemplando os períodos anteriores a 31.12.2003, por força da IN/INSS 27/2008, dispensa a exibição de todos os demais documentos que são exigidos para comprovação dos períodos de trabalho até a referida data em que o segurado se submeteu a condições especiais, ainda que em se tratando do agente físico ruído. Precedentes: (EDAC533811-AL, Rel. Des. Federal Edilson Nobre, Quarta Turma, DJE 17.05.12 e AC547600/CE, Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado), Segunda

Turma, DJE 25/10/2012).

omissis.

(TRF da 5ª Região; AC 520981; Relator: José Maria Lucena; 1ª Turma; v.u.; DJE 22/05/2013; p. 142)

AGRAVO LEGAL. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADES ESPECIAIS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SUCUMBÊNCIA DA PARTE AUTORA. OBSERVÂNCIA DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

omissis

- Para a comprovação da atividade insalubre será necessário o laudo técnico a partir de 10.12.1997, com a edição da Lei 9.528, demonstrando efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos mediante formulário estabelecido pelo INSS, com base em laudo técnico do ambiente de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, com exceção ao ruído, pois sempre houve a necessidade da apresentação do referido laudo para caracterizá-lo como agente agressor.

- Registre-se, ainda, que o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP substitui o laudo técnico sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador.

omissis.

(TRF da 3ª Região; APELREEX 1023816; Relator: Fausto de Sanctis; 7ª Turma; v.u.; e-DJF3 Judicial 1 26/03/2013)

Oportuna, ainda, a transcrição do voto proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, em que se expõe, de maneira clara, a questão atinente à possibilidade de substituição do laudo técnico pericial pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário, especificamente em relação ao agente físico ruído:

(...)

Remanesce cristalino, de todo o expendido, que a própria Administração Pública, consubstanciada na autarquia previdenciária, a partir de 2003, por intermédio de seus atos normativos internos, prevê a desnecessidade de apresentação do laudo técnico, para comprovação da exposição a quaisquer agentes agressivos, inclusive o ruído, desde que seja apresentado o PPP, por considerar que o documento sob exame é emitido com base no próprio laudo técnico, cuja realização continua sendo obrigatória, devendo este último ser apresentado tão-somente em caso de dúvidas a respeito do conteúdo do PPP. Esclareça-se que o entendimento manifestado nos aludidos atos administrativos emitidos pelo próprio INSS não extrapola a disposição legal, que visa a assegurar a indispensabilidade da feitura do laudo técnico, principalmente no caso de exposição ao agente agressivo ruído. Ao contrário, permanece a necessidade de elaboração do laudo técnico, devidamente assinado pelo profissional competente, e com todas as formalidades legais. O que foi explicitado e aclarado pelas referidas Instruções Normativas é que esse laudo não mais se faz obrigatório quando do requerimento do reconhecimento do respectivo período trabalhado como especial, desde que, quando desse requerimento, seja apresentado documento emitido com base no próprio laudo, contendo todas as informações necessárias à configuração da especialidade da atividade. Em caso de dúvidas, remanesce à autarquia a possibilidade de exigir do empregador a apresentação do laudo, que deve permanecer à disposição da fiscalização da previdência social. Parece-me evidente que o louvável intuito do administrador foi justamente desburocratizar o processo de reconhecimento da atividade especial, tornando despicienda a apresentação de dois documentos muito parecidos em seu teor, que atestam a mesma situação de fato: a sujeição do empregado aos agentes agressivos. Não é cabível, nessa linha de raciocínio, exigir-se, dentro

da via judicial, mais do que o próprio administrador, sob pretexto de uma pretensa ilegalidade da Instrução Normativa, que, conforme já dito, não extrapolou o ditame legal, apenas o aclarou e explicitou, dando a ele contornos mais precisos, e em plena consonância com o princípio da eficiência, que deve reger todos os atos da Administração Pública. Ademais, utilizando-se de uma interpretação teleológica, pode-se concluir que a finalidade da norma que prescreveu a exigibilidade do laudo técnico, quando se tratar do agente agressivo ruído, restou plenamente atendida pelas instruções normativas mencionadas, visto que o laudo continua sendo obrigatório, considerando a necessidade da aferição técnica da intensidade do ruído, restando sua não apresentação perante a autarquia, na via administrativa, e, por conseguinte, também na via judicial, omissão suprável pela apresentação de outro documento emitido com base no próprio laudo, o PPP.

(...)

(Turma Nacional de Uniformização; PEDILEF 200651630001741; Relator: Otávio Henrique Martins Port; v.u.; DJ 15/09/2009)

A discussão *supra* é relevante porque, *in casu*, para o período controvertido - 14.12.1998 a 16.02.2006 -, o autor juntou prova documental, consubstanciada no PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, do qual são extraídos, dentre outros, os seguintes dados (fl. 16):

* Descrição das atividades na General Motors do Brasil Ltda (a partir de 01.02.1996): “executar operação e manutenção preventiva e corretiva de caldeiras, compressores, máquinas de refrigeração, centrífugas e bombas dos sistemas de combustíveis, incêndio, águas e condensados. Executar partidas, paradas, manobras nos sistemas e auxiliar na execução de testes de segurança dos equipamentos. Preparar soluções químicas e captar amostras para análises laboratoriais. Relatar ocorrências”;

* Exposição a fatores de riscos (a partir de 01.02.1996): fator de risco “barulho”; “nível de barulho equivalente a 91 dB(A)”.

O laudo técnico mais recente, emitido em 13.10.1999 (fl. 22), referente ao período de atividade de 01/02/96 até o momento, indica que “o empregado é adequadamente protegido uma vez que a empresa dispõe, de acordo com a área e atividade, equiptos de proteção coletiva (EPCs), bem como *são fornecidos e de uso obrigatório pelo empregado, todos os equiptos de proteção individual (EPIs) necessários às atividades*. Para o agente barulho utiliza-se protetor auditivo de espuma moldável de inserção, fornec. 3M, C.A. 5674, NRR/RC 29dB ou protetor auditivo tipo plug de P.V.C, fornec. Duráveis, C.A. 13, NRR/RC 19dB, *diminuindo o agente agressivo a limites de tolerância* conforme NRs 07, 09, 15 e ou 06. O nível de barulho indicado já considera a atenuação da utilização de EPCs”. (grifei).

No caso em concreto, tem-se que o Perfil Profissiográfico Previdenciário, emitido em 16.02.2006, supre a ausência do laudo para o período em discussão, considerando-se a informação de exposição a fator de risco a partir de 01.02.1996 (com termo final em aberto), não vindo aos autos qualquer notícia de irregularidade formal em sua elaboração.

Sobra examinar se a utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) tem o condão de infirmar a especialidade do tempo de serviço prestado.

Antes da vigência da Lei nº 9.732/98, o uso do EPI não descaracterizava o enquadramento da atividade sujeita a agentes agressivos à saúde ou à integridade física. Tampouco era obrigatória, para fins de aposentadoria especial, a menção expressa à sua utilização no laudo técnico pericial.

Contudo, em relação às atividades exercidas a partir da data da publicação da Lei nº 9.732/98, é indispensável a elaboração de laudo técnico de que conste “informação sobre a

existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo”. Na hipótese de o laudo atestar expressamente a neutralização do agente nocivo, a utilização de EPI afastará o enquadramento do labor desempenhado como especial.

Do que consta dos autos, contudo, não se extrai a indicação de *neutralização* do agente nocivo - no caso, o ruído -, mas tão somente a sua *diminuição*, tampouco se podendo afirmar que tenha havido efetiva fiscalização quanto ao uso do EPI, ressaltando-se que o nível indicado considerou a atenuação.

Desse modo, e em consonância com o posicionamento defendido na Oitava Turma, possível o reconhecimento da natureza insalubre das atividades exercidas no interregno de 14.12.1998 a 16.02.2006, já que demonstrada a exposição do autor ao agente nocivo ruído, em níveis superiores aos admitidos pelos Decretos nºs 2.172/97 e 4.882/2003, contemporâneos aos fatos.

Por fim, conquanto não se ignore o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de repercussão geral sobre a matéria (ARE 664.335/SC), inexistente óbice ao prosseguimento do feito, ausente qualquer comando para sobrestamento dos processos que versem sobre a questão debatida, exceção feita apenas aos recursos extraordinários, nos termos do artigo 543-B, § 1º, do CPC.

Posto isso, nego provimento aos embargos infringentes.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0053352-43.2008.4.03.9999
(2008.03.99.053352-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JONAS HENRIQUE DA SILVA (incapaz)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1368525
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/12/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PAIS DESTITUÍDOS DO PODER FAMILIAR. MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS.

1. O ponto controvertido nestes autos está na condição de dependente do autor em relação a sua falecida mãe.
2. Consta à margem da certidão de nascimento do autor averbação da sentença de destituição do poder familiar que a falecida Vera Aparecida Rodrigues da Silva exercia sobre o requerente, tendo sido nomeada como tutora Dorcelina Rosa de Jesus da Silva, mãe da segurada falecida e avó do autor.
3. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) estabelece como modalidade de medida pertinente aos pais ou responsáveis a destituição do poder familiar, que deverá ser “decretada judicialmente, em procedimento contraditório” (art. 24, com redação dada pela Lei nº 12.010/09).
4. A medida em questão, por si só, não caracteriza o rompimento do vínculo com a mãe biológica. A obrigação de prestar alimentos pelos pais suspensos do poder familiar continua existindo pela própria redação do art. 163, parágrafo único, do Estatuto. Deste modo, não há que se falar em cancelamento do registro de nascimento e, conseqüentemente, de rompimento dos vínculos de parentesco e obrigações ou deveres disto decorrentes.
5. Necessário observar que averbação não se confunde com cancelamento de registro, eis que averbar é fazer constar à margem de um registro as ocorrências que, por qualquer modo, o alterem. Por sua vez, o cancelamento torna sem efeito jurídico o registro anterior. Somente com a adoção ocorre o cancelamento do registro original, com a confecção de novo, estabelecendo assim novos vínculos de parentesco, agora em relação aos adotantes e adotados (47, *caput* e § 2º).
6. Ademais, a Lei 12.010/2009, ao tratar da guarda e responsabilidade de crianças e adolescentes, alterou a redação do § 4º do art. 33 do ECA, estabelecendo que o dever de prestar alimentos, assim como o direito a visitas somente se extinguem automaticamente quando a medida for aplicada em preparação para a adoção.
7. Embora o autor, nascido em 22/04/1991, tenha como tutora a sua avó paterna, desde 16/03/1994, é certo que não deixou de ser dependente de sua falecida mãe, eis que não foi rompido o vínculo biológico. Some-se que as testemunhas ouvidas nos autos sustentam que a media de destituição do poder familiar decorreu do fato de a mãe do requerente apresentar problemas de saúde, mas que a mesma sempre manteve

contato com o requerente, ajudava a avó no sustento e educação do filho, inclusive, participava das reuniões escolares, sendo que, antes do falecimento, doou ao filho o imóvel de que era proprietária.

8. Demonstrado nos autos que o autor, apesar de estar sob a tutela da avó, era também dependente em relação à sua falecida mãe, nos termos do art. 16 da Lei 8.213/91.

9. Apelação do INSS 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 do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de dezembro de 2014.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de apelação interposta pelo *Instituto Nacional do Seguro Social* (INSS), contra sentença que julgou procedente o pedido de pensão por morte, para condenar o apelante a conceder ao autor Jonas Henrique da Silva o benefício, desde a data do requerimento administrativo (11/07/2007), incidindo sobre as parcelas em atraso correção monetária e juros de mora, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, em conformidade com a Súmula 111 do STJ. Antecipação dos efeitos da tutela.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Requer o INSS a suspensão dos efeitos da tutela. No mérito, alega o recorrente, em síntese, que a parte autora não demonstrou o cumprimento do requisito dependência econômica e requer, em consequência, a improcedência do pedido. Subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial do benefício na data da citação e honorários advocatícios em 5% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença. Prequestiona a matéria.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 135/139 opinando pelo desprovimento da apelação do INSS.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

De início, a controvérsia referente a antecipação de tutela já não se faz mais presente, em virtude do pagamento da prestação ter cessado em 22/04/2012, quando a parte autora completou 21 anos de idade.

Passo à análise dos requisitos para a concessão do benefício.

Na espécie, alega o autor que era filho de Vera Aparecida Rodrigues da Silva, falecida em 25/06/2007 (fls. 21).

A pensão por morte é benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, não sendo exigível o cumprimento de carência, nos termos dos artigos 26, I, e 74 da Lei 8.213/91.

É necessário, ainda, o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; condição de segurado do *de cujus*, ou, perdida esta, o preenchimento dos requisitos para a concessão de aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97).

A qualidade de segurado da *de cujus* restou comprovada, uma vez que era aposentada pelo Regime Geral de Previdência Social (NB 114.939.480-0/32), desde 17/11/1994 (fls. 22 e 38/40).

O ponto controvertido nestes autos está na condição de dependente do autor em relação a sua falecida mãe.

De fato, consta à margem da certidão de nascimento do autor averbação da sentença de destituição do poder familiar que a falecida Vera Aparecida Rodrigues da Silva exercia sobre o requerente, tendo sido nomeado como tutora Dorcelina Rosa de Jesus da Silva, mãe da segurada falecida, e avó do autor, em 16/03/1994, conforme fls. 19.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) estabelece como modalidade de medida pertinente aos pais ou responsáveis a destituição do poder familiar, que deverá ser “decretada judicialmente, em procedimento contraditório” (art. 24, com redação dada pela Lei nº 12.010/09).

Todavia, a medida em questão, por si só, não caracteriza o rompimento dos vínculos parentais. A obrigação de prestar alimentos pelos pais suspensos do poder familiar continua existindo pela própria redação do art. 163, parágrafo único, do Estatuto: “a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente”. Deste modo, não há que se falar em cancelamento do registro de nascimento e, conseqüentemente, de rompimento dos vínculos de parentesco e obrigações ou deveres disto decorrentes.

Necessário observar também que averbação não se confunde com cancelamento de registro, eis que averbar é fazer constar à margem de um registro as ocorrências que, por qualquer modo, o alterem. Por sua vez, o cancelamento torna sem efeito jurídico o registro anterior. Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a adoção, ocorre o cancelamento do registro original, com a confecção de novo, estabelecendo assim novos vínculos de parentesco, agora em relação aos adotantes e adotados (art. 47, *caput* e § 2º).

Dessa forma, somente é possível falar em rompimento dos vínculos parentais quando a criança ou adolescente é colocada em nova família por meio do instituto da adoção, que por disposição expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente, extinguindo, por seu turno, os vínculos relativos ao parentesco.

Por isso, conforme se observa do art. 41 do Estatuto, “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”, e do art. 49, “a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais”, por óbvio, em razão do rompimento de tais vínculos.

Logo, no caso dos autos, não ocorreu a colocação do autor em nova família, sendo assim,

continuaram existindo os vínculos familiares com os pais biológicos e demais parentes. A falecida somente foi afastada do poder familiar, mas continuou ainda como mãe do requerente para todos os demais efeitos.

Ademais, a Lei 12.010/2009, ao tratar da guarda e responsabilidade de crianças e adolescentes, acrescentou nova redação e disciplina ao § 4º do art. 33 do ECA, estabelecendo que o dever de prestar alimentos, assim como o direito a visitas somente se extinguem automaticamente quando a medida for aplicada em preparação para a adoção.

Dessa forma, embora o autor, nascido em 22/04/1991, tenha como tutora a sua avó paterna, desde 16/03/1994, é certo que não deixou de ser dependente de sua falecida mãe, eis que não foi rompido o vínculo biológico. Some-se que as testemunhas ouvidas nos autos sustentam que a media de destituição do poder familiar decorreu do fato de a mãe do requerente apresentar problemas de saúde, mas que a mesma sempre manteve contato com o requerente, até ajudava a avó no sustento e educação do filho, e inclusive participava das reuniões escolares. A prova dos autos também demonstra que, antes do falecimento, a mãe do autor doou a ele o imóvel de que era proprietária (fls. 84/85).

Sendo assim, demonstrada nos autos a dependência do autor em relação à sua falecida mãe, nos termos do art. 16 da Lei 8.213/91.

Mantida a condenação ao pagamento da verba honorária, conforme fixada na sentença recorrida, uma vez que de conformidade com a orientação firmada por esta Décima Turma.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO APELAÇÃO DO INSS.**

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0001457-94.2009.4.03.6123

(2009.61.23.001457-8)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Interessado: SIDNEI DE ASSIS FERREIRA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Classe do Processo: AC 1546950

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2014

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA TURMA. ARTIGO 16, I, *b*, DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRF. OMISSÃO. CARACTERIZAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA EM PARTE. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA.

- São de competência das Turmas julgadoras os embargos declaratórios opostos contra seus acórdãos.

- Os incisos I e II, do artigo 535 do Código de Processo Civil dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. Destarte, impõe-se o acolhimento do recurso em face da omissão verificada.

- A investigação social revela que a parte autora residiria com sua mãe - de idade avançada, viúva - além de um irmão maior de idade, solteiro; a moradia foi classificada como própria, com 04 cômodos, de traços simples, guarneçada com alguns móveis e eletrodomésticos; a renda familiar seria proveniente, unicamente, do benefício concedido à genitora, vale dizer, pensão por morte no valor de 01 salário mínimo; e as despesas mensais relatadas seriam com alimentação, água, luz, gás, e empréstimo consignado.

- Assim, há elementos o bastante para se afirmar que se trata de família que vive em estado de miserabilidade. Não há recursos obtidos para cobrir os gastos ordinários, bem como tratamentos médicos e cuidados especiais que lhe são (à autora) imprescindíveis.

- Com relação aos demais dados constantes do laudo social - de outro grupo familiar - observa-se que fazem referência à família do irmão-curador do autor, sendo certo que se trata de núcleo distinto, não sendo possível o aproveitamento da renda de seus membros para o cômputo da renda familiar, propriamente, da parte autora.

- Atribuído o efeito modificativo aos aclaratórios, dando-se parcial provimento ao recurso de apelação do INSS, para reformar a r. sentença de Primeiro Grau apenas quanto aos juros de mora e correção monetária.

- Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração para, imprimindo-lhes caráter infringente, reformar a decisão de fls. 154/157, dando parcial provimento à apelação do INSS, apenas no tocante aos critérios de incidência de juros de mora e correção monetária*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de novembro de 2014.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Tratam-se de embargos de declaração (fls. 328/331) opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão desta Oitava Turma (fls. 222/226) que, por voto unânime, *negou provimento ao (embargos de declaração recebidos como) agravo legal* ofertado pela parte autora em face de decisão monocrática (fls. 154/157) que, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, *dera provimento ao apelo do INSS*, reformando a r. sentença (fls. 102/105) que julgara *procedente* pedido de restabelecimento/concessão de “benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência”, ainda, *revogando a tutela* concedida.

Sustenta o órgão Ministerial a existência de *omissão* no julgado, no tocante ao núcleo familiar da parte autora, que restara esclarecido como sendo composto, *apenas*, pelos genitora e irmão do autor.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

São de competência das Turmas julgadoras os embargos declaratórios opostos contra seus acórdãos, à luz do artigo 16, I, *b*, do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Quanto aos embargos declaratórios opostos, os incisos I e II, do artigo 535, do Código de Processo Civil, dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão; em face da ausência de quaisquer das circunstâncias supramencionadas, seria de se impor a rejeição do recurso.

Tenho para mim que assiste razão ao *Parquet*.

Aduz a parte embargante que o acórdão é *omisso* quanto à análise da condição socioeconômica da parte autora, *máxime* em razão de que, no agravo legal interposto pelo demandante, constavam esclarecimentos acerca da composição de seu grupo familiar que, diferentemente do que constara na decisão monocrática proferida em 17/02/2011 pelo então Relator, Excelentíssimo Desembargador Federal Newton de Lucca, seria integrada tão somente por sua mãe e seu irmão; transcrevo, pois, o teor do acórdão:

Quanto aos embargos declaratórios opostos pela parte autora, os incisos I e II, do artigo 535 do Código de Processo Civil dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão.

Destarte, em face da ausência de quaisquer das circunstâncias supramencionadas, seria de se impor a rejeição do presente recurso.

Entretanto, *ao reconhecer o manifesto caráter infringente dos embargos de declaração (real intenção de reverter o julgado), com fulcro no Princípio da Fungibilidade, recebo os declaratórios como agravo legal*, uma vez que a pretensão da embargante não se enquadra na finalidade do recurso por ela manejado, qual seja, de sanar omissão, contradição ou obscuridade que eventualmente existam na decisão recorrida.

Nesse sentido:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. RECEBIMENTO COMO AGRAVO INTERNO. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. LEI 11.960/09. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA.

I - Tendo em vista o caráter infringente dos presentes embargos de declaração e os princípios da fungibilidade e instrumentalidade das formas, recebo os embargos como se agravo regimental fossem.

(...).

V - Agravo regimental improvido, com imposição de multa.” (EDcl no AREsp 86079/SP, 2011/0205782-4, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, v.u., DJe 30.03.12)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CARÁTER INFRINGENTE - RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL - FUNGIBILIDADE RECURSAL - POSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO AO INSTITUTO DA COISA JULGADA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - ÓBICE DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DESTA CORTE - AGRAVO IMPROVIDO.” (EDcl no REsp 1207303/RS, 2010/0151833-3, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, v.u., DJe 15.03.12)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE EFEITOS INFRINGENTES. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO TRATADA EXPRESSAMENTE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. PROCURAÇÃO. AUTENTICAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1 - Improperável a alegação do recorrente de ausência de prequestionamento e dialeticidade, eis que a matéria relativa à multa do art. 475-J foi devidamente tratada pelo tribunal de origem no acórdão recorrido e suficientemente impugnada pelas razões do recurso especial.

2. (...).

3 - Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento”. (EDcl no AREsp 7365/MS, 2011/0092711-0, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, v.u., DJe 27.03.12)

“PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL, COM PEDIDO DE EFEITOS INFRINGENTES. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA. REVISÃO. CONCESSÃO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.213/91. RETROAÇÃO. PARA NOVO CÁLCULO DA RENDA MENSAL - RMI. POSSIBILIDADE. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 05/10/88 E 05/04/91. ‘BURACO NEGRO’. RECÁLCULO E REAJUSTE COM APLICAÇÃO DO ART. 144 DA LEI Nº 8.213/91.

1 - Evidenciando o manifesto caráter infringente dos embargos, são eles recebidos como agravo regimental, com fulcro no Princípio da Fungibilidade, uma vez que a pretensão da embargante não se coaduna com a finalidade dos declaratórios de sanar omissão, contradição ou obscuridade que, porventura, existam na decisão recorrida.

2. (...).

3 - Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento.” (EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1217199/PR, 2010/0191646-9, 5ª Turma, Rel. Des. Conv. TJ/RJ Adilson Vieira Macabu, v.u., DJe 27.04.12)

Razão não lhe assiste, cabendo consignar que o caso dos autos não é de retratação.

Aduz a parte autora, em síntese, que a r. decisão é contraditória, uma vez que não analisada sob as provas produzidas nos autos, notadamente o estudo social.

Abaixo, trechos do referido decisum agravado:

“Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando o restabelecimento do benefício previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988, sob o fundamento de ser pessoa portadora de deficiência e não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento do benefício requerido a partir da cessação administrativa, corrigido monetariamente ‘de acordo com o manual de cálculos desta Justiça Federal’ (fls. 103) e acrescido de juros de 1% ao mês a contar da citação. A verba honorária foi arbitrada em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ. Por fim, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela.

Inconformado, apelou o Instituto, alegando, preliminarmente, a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, insurgindo-se contra a antecipação dos efeitos da tutela. No mérito, requer a reforma integral da R. sentença. Caso não seja esse o entendimento, requer a incidência da correção monetária e dos juros moratórios nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Com contra-razões, subiram os autos a esta E. Corte.

Parecer do Ministério Público Federal a fls. 139/143.

É o breve relatório.

Dispõe o art. 203, inc. V, da Constituição Federal, *in verbis*:

(...)

Para regulamentar o dispositivo constitucional retro transcrito, foi editada a Lei nº 8.742 de 7/12/1993 que, em seu art. 20, dispôs:

(...)

Cumprе ressaltar, ainda, que em 08/12/95 sobreveio o Decreto nº 1.744 regulamentando a Lei da Assistência Social supra mencionada.

Da leitura dos dispositivos legais, depreende-se que o benefício previsto no art. 203, inc. V, da CF é devido à pessoa portadora de deficiência ou considerada idosa e, em ambas as hipóteses, que não possua meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Com relação ao requisito etário, observo que a idade de 70 (setenta) anos prevista no *caput* do art. 20, da Lei nº 8.742/93, foi reduzida para 67 (sessenta e sete), conforme a Lei nº 9.720/98 e, posteriormente, para 65 (sessenta e cinco), nos termos do art. 34 da Lei nº 10.741/2003.

In casu, a deficiência da parte autora ficou plenamente demonstrada mediante perícia médica realizada pelo INSS na revisão do benefício na esfera administrativa (fls. 59). Constatou o perito que o autor é portador de oligofrenia, estando total e definitivamente incapacitado para o trabalho.

No que concerne à incapacidade para a vida independente, conforme disposto no § 2º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, não me parece ter sido o intuito do legislador conceituar pessoa portadora de deficiência como aquela que necessita da assistência permanente de outra para a realização das atividades básicas do ser humano. Nem seria razoável que o fizesse. Há de se entender como pessoa portadora de deficiência, sim, aquela que não dispõe de recursos para promover, por seus próprios meios, condições para sobreviver com um mínimo de dignidade. Relativamente ao segundo requisito, qual seja, a comprovação de a parte autora não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, o Plenário do C.

Supremo Tribunal Federal, em sessão de 27/8/1998, julgou improcedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, considerando constitucional o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, *in verbis*:

(...)

No entanto, o C. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que a renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo deve ser objetivamente considerada para a comprovação da insuficiência de meios para prover a subsistência do necessitado não impedindo, todavia, que o magistrado utilize, no caso concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da parte autora.

Nesse sentido, transcrevo o julgamento proferido no Recurso Especial Repetitivo Representativo de Controvérsia nº 1.112.557-MG (2009/0040999-9), bem como os seguintes precedentes pretorianos, de caráter verdadeiramente histórico para a jurisprudência pátria:

(...)

Outrossim, o E. Ministro da nossa mais alta Corte de Justiça, Ricardo Lewandowsky, ao apreciar a Reclamação nº 4.729/MS, assim se pronunciou: (...)

Esse foi o superior entendimento que, afastando-se sabiamente do critério puramente objetivo constante da norma, foi sufragado no voto condutor, o qual venho adotando, igualmente, no âmbito da Turma.

No entanto, no presente caso, não ficou comprovado que a parte autora não possui condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Observo que o estudo social acostado aos autos demonstra que o *autor reside com seu irmão, de 47 anos, sua cunhada, de 47 anos e seus sobrinhos, de 19, 15 e 12 anos, em casa própria, construída em alvenaria, composta por 2 quartos, sala, cozinha e banheiro e garantida de geladeira, TV, máquina de lavar, DVD, microondas, guarda-roupa, 3 camas e sofá de 3 e 2 lugares, estes em péssimo estado. A renda familiar mensal totaliza R\$ 1.471,00, sendo que R\$ 926,00 são provenientes do salário de seu irmão como pedreiro e R\$ 545,00 oriundos do salário de sua sobrinha como repositora. Os gastos mensais são de R\$ 450,00 de alimentação, R\$ 43,08 de água, R\$ 51,24 de energia elétrica, R\$ 24,90 de telefone, R\$ 38,00 de gás, R\$ 490,00 de material de construção, R\$ 493,93 de prestação do carro e R\$ 124,72 de IPTU. A família possui um carro ano 2002, cor grafite e placa DEX 6619. O estudo social foi elaborado em 12/2/10, data em que o salário mínimo era de R\$ 510,00.*

Dessa forma, não ficou comprovada a alegada miserabilidade da parte autora.

O beneficiário da assistência judiciária gratuita não deve ser condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, conforme a jurisprudência da Terceira Seção desta E. Corte. Por fim, observo que o valor da condenação não excede a 60 (sessenta) salários mínimos, motivo pelo qual a R. sentença não está sujeita ao duplo grau obrigatório, nos termos do § 2º, do art. 475, do CPC.

Ante o exposto, e com fundamento no art. 557, do CPC, dou provimento à apelação da autarquia para julgar improcedente o pedido, revogando-se a antecipação dos efeitos da tutela. Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de Origem. Int.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2011.”

Finalmente, eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso em mesa para julgamento colegiado. Desta forma, não merecem acolhida a pretensão da parte autora.

Isso posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

Senão vejamos.

A parte autora ajuizou a presente demanda em 31/07/2009, objetivando o restabelecimento/concessão de benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Carta Magna (portador de deficiência), outrora lhe deferido sob NB 87/111.408.977-7, segundo a parte autora, indevidamente cessado (fls. 27/28).

Foram acostados documentos (fls. 13/22 e 48/80).

Justiça gratuita concedida (fl. 29).

Laudo socioeconômico (fls. 85/89).

CNIS/Plenus (fls. 41/44, 121/126, 144/146).

A r. sentença prolatada em 30/04/2010 julgou *procedente* o pedido, condenando o INSS a restabelecer a benesse, desde a data da suspensão, em 01/08/2008, incidindo, sobre os atrasados, correção monetária e juros de mora; honorários advocatícios de 10% sobre o montante apurado, observada a Súmula 111 do C. STJ. Tutela antecipada concedida. Remessa oficial não-determinada.

Apelação ofertada pelo INSS (fls. 112/120), requerendo, inicialmente, a concessão de efeito suspensivo; pela reforma integral da sentença ou, noutra via, pela fixação de critérios de atualização do débito nos moldes da lei nº 9.494/97, com alterações dadas pela Lei nº 11.960/09.

Contrarrazões recursais em fls. 129/135.

Ascenderam os autos a esta Corte, sobrevindo parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 139/143).

Após o julgamento monocrático (fls. 154/157), a parte autora protocolizou embargos de declaração - recebidos como agravo legal (fls. 159/162) - cujo provimento foi negado, por unanimidade (fls. 222/226).

Pois bem.

O benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias. Neste aspecto está o lastro social do dispositivo inserido no artigo 203, V, da Constituição Federal, que concretiza princípios fundamentais, tais como o de respeito à cidadania e à dignidade humana, ao preceituar o seguinte:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

De outro giro, os artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei 12.435, de 06 de julho de 2011, e o art. 34, da Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de 2003 rezam, *in verbis*:

Art. 20. O Benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda "per capita" seja inferior a 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 6.214/07, o qual em nada alterou a interpretação das referidas normas, merecendo destaque o art. 4º, inc. VI e o art. 19, *caput* e parágrafo único do referido decreto, *in verbis*:

Art. 4º. Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos, auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios da previdência pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

Art. 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.

Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

A inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da mencionada Lei nº 8.742/93 foi arguida na ADIN nº 1.232-1/DF que, pela maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi julgada improcedente. Para além disso, nos autos do agravo regimental interposto na reclamação nº 2303-6, do Rio Grande do Sul, interposta pelo INSS, publicada no DJ de 01.04.2005, p. 5-6, Rel. Min. Ellen Gracie, o acórdão do STF restou assim ementado:

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E IDOSO. ART. 203. CF.

- A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1232.

- Reclamação procedente.

Evidencia-se que o critério fixado pelo parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS é o único apto a caracterizar o estado de necessidade indispensável à concessão da benesse em tela. Em outro falar, aludida situação de fato configuraria prova incontestada de necessidade do benefício constitucionalmente previsto, de modo a tornar dispensável elementos probatórios outros.

Assim, deflui dessa exegese o estabelecimento de presunção objetiva absoluta de estado de penúria ao idoso ou deficiente cuja partilha da renda familiar resulte para si montante inferior a 1/4 do salário mínimo.

Não se desconhece notícia constante do Portal do Supremo Tribunal Federal, de que aquela Corte, em recente deliberação, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais em voga (Plenário, na Reclamação 4374, e Recursos Extraordinários - REs 567985 e 580963, estes com repercussão geral, em 17 e 18 de abril de 2013, reconhecendo-se superado o decidido na ADI 1.232-DF), do que não mais se poderá aplicar o critério de renda *per capita* de ¼ do salário mínimo para fins de aferição da miserabilidade.

Em outras palavras: deverá sobrevir análise da situação de hipossuficiência porventura existente, consoante a renda informada, caso a caso.

Na hipótese *sub judice*.

Conquanto não se tenha observado a realização de perícia médica, vale relembrar que a incapacidade da parte autora não foi objeto de controvérsia nos presentes autos, e até pelo fato de que a própria autarquia previdenciária reconheceu a inaptidão do demandante, junto à seara administrativa.

Já a investigação social revela que a parte autora residiria com sua mãe - de idade avançada, viúva - além de um irmão maior de idade, solteiro.

A moradia foi classificada como própria, com 04 cômodos, de traços simples, guarneceida com alguns móveis e eletrodomésticos.

A renda familiar seria proveniente, unicamente, do benefício concedido à genitora, vale dizer, pensão por morte no valor de 01 salário mínimo.

E as despesas mensais relatadas seriam com alimentação, água, luz, gás, e empréstimo consignado.

Assim, há elementos o bastante para se afirmar que se trata de família que vive em estado de miserabilidade. Não há recursos obtidos para cobrir os gastos ordinários, bem como tratamentos médicos e cuidados especiais que lhe são (à autora) imprescindíveis.

Com relação aos demais dados constantes do laudo social - de outro grupo familiar - observa-se que fazem referência à família do irmão-curador do autor, sendo certo que se trata de núcleo distinto, não sendo possível o aproveitamento da renda de seus membros para o cômputo da renda familiar, propriamente, da parte autora.

E nessas condições, não é possível à parte autora ter vida digna ou, consoante assevera a Constituição Federal, permitir-lhe a necessária dignidade da pessoa humana ou o respeito à cidadania, que são, às expensas, tidos por princípios fundamentais do almejado Estado Democrático de Direito.

Portanto, positivados os requisitos legais, é de se concluir que a parte autora tem direito ao restabelecimento do amparo assistencial, devendo ser mantida a sentença de Primeiro Grau, neste ponto.

E não se olvide a exigência contida no art. 21 da Lei nº 8.742/93, que impõe a *revisão, a cada dois anos*, das condições ensejadoras da concessão do Amparo, o que permitirá, caso adquirida/readquirida a capacidade laboral e/ou a autossuficiência econômica, a cassação do benefício.

Com relação aos *correção monetária e juros de mora*, determino a observância dos critérios contemplados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça

Federal, de acordo com a Resolução nº 267/2013, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal.

Isso posto, com fundamento no art. 557, *caput* e/ou § 1º-A, do CPC, DOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para, imprimindo-lhes caráter infringente, reformar a decisão de fls. 154/157, DANDO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO INSS, apenas no tocante aos critérios de incidência de juros de mora e correção monetária, mantendo a procedência do pedido de restabelecimento do benefício assistencial, devido desde a cessação administrativa, tudo conforme acima explicitado.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora SIDNEI DE ASSIS FERREIRA, representada nestes autos por VALDIR APARECIDO ASSIS FERREIRA (curador), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja reimplantado o benefício de “Amparo social à pessoa portadora de deficiência”, sob NB 87/111.408.977-7, nos moldes supra expostos. As prestações adimplidas por força da tutela antecipada serão compensadas em liquidação de sentença.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

EMBARGOS INFRINGENTES

0010842-44.2010.4.03.9999

(2010.03.99.010842-1)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargados: JESUS CARLOS PEREIRA E JOANA JAQUELINE DE ALMEIDA (incapaz)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE COSTA RICA - MS

Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: EI 1498256

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE. DECRETO-LEGISLATIVO Nº 186/2008. CONCEITO DE DEFICIÊNCIA. OBSTRUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL DO INDIVÍDUO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO.

I - A Convenção de Nova Iorque, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, já no seu Artigo 1, cuidou de tratar do conceito de “pessoa com deficiência”, definição ora constitucionalizada pela adoção do rito do artigo 5º, § 3º, da Carta, a saber: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

II - O conceito de “deficiência” atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade.

III - No caso dos autos, o laudo médico acostados aos autos, realizado em 13.11.2008, atestou que a autora era portadora de cifose, lordose, escoliose, diabetes e hipertensão, que a tornavam incapacitada de forma total e permanente para o trabalho.

IV - Com fundamento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que se incorporou no ordenamento jurídico com status constitucional, é de se reconhecer a deficiência da autora, tendo em vista que possui impedimentos de longo prazo de natureza física. Notadamente, tal condição obstruirá sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

V - Por ocasião do julgamento da Reclamação nº 4374-PE, julgado em 18.04.2013, prevaleceu o entendimento de que “ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de ‘inconstitucionalização.’” Com efeito, as significativas alterações no contexto socioeconômico desde então e o reflexo destas nas políticas públicas de assistência social, teriam criado um distanciamento entre os critérios para aferição da miserabilidade previstos na Lei 8.742/93 e aqueles

constantes no sistema de proteção social que veio a se consolidar.

VI - O art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 não é o único critério para aferição da hipossuficiência econômica, razão pela qual é de se reconhecer que muitas vezes o quadro de pobreza há de ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa e adoentada é através da própria natureza dos males que a assolam, do seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades. Difícil, portanto, enquadrar todos os indivíduos em um mesmo patamar e entender que somente aqueles que contam com menos de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo possam fazer jus ao benefício assistencial.

VII - Cabe destacar que é firme a jurisprudência no sentido de que o parágrafo 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93 estabelece situação objetiva pela qual se presume pobreza de forma absoluta, mas não impede o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do segurado e de sua família.

VIII - O estudo social realizado em 19.08.2008 constatou que o núcleo familiar da autora era formado por ela e sua filha menor, sendo que, naquele momento, estava separada de seu companheiro. Assinalou que a casa em que ambas residiam é própria, padrão simples. A renda familiar totalizava R\$ 120,00 (cento e vinte reais), decorrente de um programa social governamental e de eventuais serviços prestados pela autora, como cabo eleitoral, com vencimentos de R\$ 200,00 (duzentos reais) mensais.

IX - Não obstante o retorno de seu companheiro ao lar, consoante depoimento pessoal, e a existência de vínculos empregatícios em seu nome, desde fevereiro de 2010, com renda equivalente a um salário mínimo, segundo extrato do CNIS, a situação fática ora examinada permite concluir pela absoluta insuficiência de recursos, tendo em vista a gravidade das doenças de que era portadora a autora, que acabaram culminando com sua morte.

X - Resta comprovado que a autora era portadora de deficiência e que não possui meios para prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família, fazendo jus a concessão do benefício assistencial.

XI - Embargos infringentes do INSS desprovidos.

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 maioria, negar provimento aos embargos infringentes interpostos pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator para o acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Embargos infringentes (fls. 191/199) interpostos contra julgado, abaixo resumido (fl. 180), que conservou decisão monocrática na qual provida apelação interposta pela parte autora contra sentença de mérito que reconheceu a improcedência de pedido de concessão de benefício assistencial de prestação continuada:

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.

1- Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e dela não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

2- O artigo 557, do Código de Processo Civil, consagra a possibilidade do recurso ser julgado pelo respectivo Relator.

3- Na decisão agravada ficou consignado que a constitucionalidade do parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, proferida na ADIN 1232-1/DF, não impede o julgador de levar em conta outros dados a fim de identificar a condição de miserabilidade do idoso ou do deficiente.

4- Agravo desprovido. Decisão mantida.

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

São Paulo, 13 de setembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

Requer, o INSS, a prevalência do voto proferido pela Desembargadora Federal Marisa Santos, sob o argumento de que “a autora não comprovou o requisito da hipossuficiência econômica, pois a prova documental acostada aos autos, e o seu depoimento pessoal em Juízo, dão conta da existência de renda mensal familiar ‘per capita’ superior a ¼ do salário mínimo”.

Recurso não respondido (certidão de fl. 201, verso), admitido (fl. 206) e redistribuído a minha relatoria (fl. 208).

Parecer da Procuradoria Regional da República “pelo conhecimento e rejeição dos Embargos Infringentes” (fl. 205).

Constatada, em razão do óbito da autora, a cessação do pagamento do amparo assistencial, implantado via tutela específica concedida no bojo do pronunciamento monocrático da Relatora no âmbito da Turma julgadora, e requerida a habilitação dos herdeiros, sobreveio decisão de seguinte teor (290):

Vistos.

Nos termos da manifestação da Procuradoria Regional da República, o fato de se tratar, o amparo assistencial objeto da lide, de benefício personalíssimo, “não permite extrair a conclusão de que os sucessores não poderiam perceber, nessa qualidade, as prestações eventualmente devidas ao titular do direito, mas a ele não entregues em vida” (fl. 287).

Apresentando-se viável, portanto, a recomposição do pólo ativo da presente demanda, já com o processamento todo concluído e julgamento de recurso de apelação favorável à falecida autora, faltando apenas a solução destes embargos infringentes, lobrigando-se a possibilidade de recebimento pelos herdeiros dos valores eventualmente devidos referentes às prestações vencidas até a data do óbito, acaso conservada no âmbito desta Seção especializada a procedência da pretensão inicial, *admito a habilitação*, em razão da morte de Neiva de Almeida Souza ocorrida em 23.5.2010 (certidão à fl. 235), *dos filhos Jesus Carlos Pereira* (fls. 261/264) - conforme oposição formulada pelo INSS, porquanto casada em separação de bens, Daiane Pinheiro de Souza Pereira não pode ser considerada sucessora’ (fl. 284) - e *Joana Jaqueline de Almeida* (fls. 298/299), menor púbere tutelada pela avó Ercidia Alves de Almeida (fls.

268/274), estendendo-lhes os benefícios da assistência judiciária gratuita deferida nos autos. Ao setor competente para *retificação da autuação*.

Intimem-se as partes.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 07 de agosto de 2013.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

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

Do voto condutor da à época Juíza Federal Convocada Monica Nobre, extrai-se (fls. 178/179):

Conheço do recurso, porém nego provimento ao agravo.

Por primeiro, destaco que ficou consignado que a constitucionalidade do parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, proferida na ADIN 1232-1/DF, não impede o julgador de levar em conta outros dados a fim de identificar a condição de miserabilidade do idoso ou do deficiente. Reitero, por oportuno, alguns dos fundamentos expostos quando de sua prolação:

“(…)

Em conclusão, 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, como se conclui da legislação acima citada.

No caso dos autos, a autora, que contava com 43 (quarenta e três) anos de idade na data do ajuizamento da ação (21/06/2007), requereu o benefício assistencial por ser deficiente. No laudo médico (fls. 96/99), constatou o perito judicial que a requerente é portadora de males que a incapacitam de forma total e permanente para o trabalho.

Anoto que o exercício de atividade laboral informal de cabo eleitoral, por curto período, não afasta a conclusão da perícia médica, pois a requerente, obrigada a aguardar por grande lapso a implantação do benefício assistencial, precisou manter-se durante esse período, vale dizer, viu-se compelida a retornar ao trabalho, por estado de necessidade, mesmo sem ter sua saúde restabelecida.

Esta Corte de Justiça já se posicionou nesse sentido, conforme entendimento esposado nos seguintes julgados: Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2004.03.99.036046-8, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, julg. 14/04/2008; Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.080499-6, 10ª Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, julg. 30/05/2006; Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 268552, Primeira Seção, Rel. Juíza Conv. Marisa Santos, julg. 03/05/2000; Remessa Ex-Ofício Processo: 96030044024, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, julg. 16/12/1997.

De outra feita, consta no estudo social (fls. 91/93), que a autora residia com sua filha, menor impúbere.

A renda familiar era constituída do trabalho esporádico da autora, como cabo eleitoral, e da quantia recebida do programa Bolsa-Família.

Em consulta às informações do CNIS/DATAPREV, constatou-se a inexistência de vínculos empregatícios atuais em nome da requerente.

Cumpra ressaltar que, para o cômputo da renda familiar, devem ser considerados apenas os rendimentos estáveis, porquanto se provenientes de fontes volúveis, sujeitos a bruscas

variações, não se pode inferir com certeza se tal grupo continuaria a percebê-los ou se o seu montante seria reduzido. Vale ressaltar, ainda, que os gastos pertinentes a remédios e à manutenção de uma família são permanentes, mormente se houver pessoa deficiente. Os depoimentos colhidos em audiência (fls. 123/125) informam que o companheiro Jovelino voltou a integrar o núcleo familiar posteriormente.

Em consulta às informações do CNIS/DATAPREV, verifica-se que, durante o curso da ação, o amásio manteve dois vínculos empregatícios de curta duração (nos períodos de 12/01/2009 a 02/03/2009 e de 16/03/2009 a 09/06/2009), o que, por si só, assinala a precariedade dos referidos contratos de trabalho.

O sistema CNIS ainda demonstrou que Jovelino firmou novo pacto laboral em fevereiro de 2010, ganhando a quantia fixa de um salário mínimo por mês.

Além disso, a família reside em casa de padrão simples, composta por quatro cômodos, guarnecidos com mobiliário que se restringe ao básico.

Assim, do conjunto probatório, verifica-se que a autora é deficiente e não possui meios de prover a própria subsistência nem pode tê-la provida por sua família, pois, não obstante a percepção de renda por seu companheiro, é inegável que tal rendimento não é suficiente para o atendimento das necessidades.

Em decorrência, concluo pelo preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada, previsto no artigo 20, da Lei nº 8.742/93, regulamentado pelo Decreto nº 1.744/95, impondo-se a reforma da r. sentença.

(...)

A decisão ora agravada foi fundamentada, bem como proferida com observância do princípio do livre convencimento do Juiz, não padecendo de qualquer vício formal que justifique sua reforma.

Ademais, segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do relator não deve ser alterada quando fundamentada e dela não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Menciono julgados pertinente ao tema: AgRgMS 2000.03.00.000520-2, Primeira Seção, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJU 19.06.01, RTRF 49/112; AgRgEDAC 2000.61.04.004029-0, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 29.07.04, p. 279.

Com efeito, o artigo 557, do Código de Processo Civil, consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator, que negará seguimento a “recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (*caput*), ou, ainda, dará 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” (§ 1º-A).

Quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo que não houve qualquer infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Diante o exposto, nego provimento ao agravo.

O pronunciamento minoritário, a seu turno, da lavra da Desembargadora Federal Marisa Santos, veio consubstanciado nos seguintes termos (fl. 186):

O benefício da assistência social, de caráter não contributivo, tem como alguns de seus princípios norteadores a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e o enfrentamento da pobreza no nosso País, que constituem os objetivos fundamentais consagrados nos incisos I e III do art. 3º da CF, garantindo-se os mínimos sociais àqueles que efetivamente necessitam. Para a sua concessão necessário o preenchimento dos requisitos: ser o requerente pessoa portadora de deficiência ou idoso e, em ambos os casos, sem condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, à luz do que dispõem o art. 203, V da C.F. e

o art. 20 da Lei nº 8.742/93, que regulamentou a Assistência Social.

O estudo social (fls. 91/93), de 19-08-2008, dá conta de que a autora residia com a filha, Jaqueline de Almeida, de 12 anos.

Por sua vez, em audiência realizada em julho de 2009, as testemunhas relatam que a autora reside com a filha e o companheiro, Jovelino Rodrigues de Almeida. A renda da família advém do trabalho do companheiro, na condição de diarista, recebendo o valor de R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) mensais.

Em consulta ao CNIS, verifica-se que o companheiro da autora tem vários vínculos de trabalho e, desde fevereiro de 2010, com SANVA COMERCIO DE PEÇAS E FERRAGENS LTDA, recebendo um salário mínimo ao mês.

Dessa forma, a renda familiar per capita correspondia a 33% do salário mínimo e, portanto, superior àquela determinada pelo § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93.

Dessa forma, não preenche a autora todos os requisitos necessários ao deferimento do benefício.

É de se observar, ainda, que o benefício assistencial não tem por fim a complementação da renda familiar ou proporcionar maior conforto ao beneficiário, mas sim, que se destina ao idoso ou deficiente em estado de penúria, que comprove os requisitos legais, sob pena de ser concedido indiscriminadamente em prejuízo daqueles que realmente necessitam, na forma da lei.

Isto posto, DOU PROVIMENTO ao agravo do INSS para reformar a decisão atacada e, em novo julgamento, nego provimento à apelação da autora, cassando expressamente a tutela concedida.

O benefício perseguido tem caráter assistencial, devendo ser prestado pelo Estado a quem dele necessitar, independentemente de contribuição.

Antes da Constituição da República de 1988, a proteção social era restrita àqueles que estiveram, em algum instante, vinculados ao sistema previdenciário, o qual tem caráter contributivo.

Com o advento da Carta Constitucional atual, expressamente restou autorizada, no artigo 203, inciso V, a implementação do amparo social às pessoas idosas ou com deficiência que comprovem não possuir condições econômicas e financeiras para prover sua manutenção nem de tê-la provida por algum membro de sua família.

Assim, o benefício assistencial hoje vigente destina-se a amparar os hipossuficientes, dispensando qualquer espécie de contribuição.

O aludido dispositivo constitucional condicionou o regramento desse benefício à elaboração de lei, dando ensejo à conclusão de se tratar de norma de eficácia limitada.

Após a publicação da Constituição de 1988, foi promulgada a Lei nº 8.213/91, que, em seu artigo 139, manteve a renda mensal vitalícia como benefício previdenciário, enquanto não regulado o artigo 203, inciso V, do Estatuto Supremo.

A fim de regulamentar a referida norma constitucional, surgiu, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 8.742/93, que disciplinou os requisitos necessários à implementação do benefício em questão. O artigo 20, em sua redação original, estabelecia a idade mínima para aferição do benefício, em se tratando de pessoa idosa, e assentava, para os efeitos dessa lei, os conceitos de família, de pessoa portadora de deficiência e de miserabilidade, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 20 - O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º - Para os efeitos do disposto no “caput”, entende-se como família o conjunto de pessoas elencados no art. 16 da Lei. 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto (par. com redação dada pela Lei nº 9.720, de 30/11/1998).

§ 2º - Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal “per capita” seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. (...)

A Lei nº 9.720, de 30.11.98, alterou a redação do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, no que pertine à idade mínima para auferir o benefício, reduzindo-a para 67 (sessenta e sete) anos, a partir de 1º de janeiro de 1998.

Com o advento da Lei nº 10.741, de 01.10.2003 (Estatuto do Idoso), houve nova redução no requisito etário, para 65 (sessenta e cinco) anos, a partir de 1º de janeiro de 2004.

A Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011, por sua vez, alterou diversos dispositivos da Lei Orgânica da Assistência Social, passando a apresentar, o artigo 20 dessa lei, a seguinte redação:

Art. 20 - O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

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.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo.

(...)

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Como se vê, no tocante à definição de família, privilegiou-se entendimento mais extensivo acerca do grupo familiar, desvinculando-se da classificação restrita do artigo 16 da Lei de Benefícios.

Quanto ao conceito de pessoa com deficiência, o legislador inspirou-se na definição contida no artigo 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Assinados em Nova York na data de 30 de março de 2007, foram aprovados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, e posteriormente promulgados pelo Presidente da República (Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009).

O critério objetivo para aferição da miserabilidade não foi alterado pela Lei nº 12.435/2011, restando mantida a exigência de que a renda familiar *per capita* deve ser inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para efeito de concessão do benefício.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.232/DF, reconheceu a constitucionalidade desse parâmetro, previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

É de se notar, contudo, que em observância ao princípio do livre convencimento motivado, a jurisprudência pátria tem entendido que a condição de miserabilidade pode ser aferida por outros meios de prova. Nesse sentido, o julgamento proferido no Recurso Especial Repetitivo Representativo de Controvérsia nº 1.112.557/MG:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1.112.557/MG, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, v.u., j. 28/10/2009, DJE 20/11/2009)

Cabe ao magistrado avaliar, em cada caso concreto, as condições apresentadas pelo pleiteante, seja no que diz respeito à renda familiar, seja no tocante ao conjunto de pessoas que lhe dão suporte. Decerto que não só a existência de miserabilidade, mas também a ausência dessa situação pode ser aferida por meio da análise do conjunto probatório. Do contrário, teríamos decisões desarrazoadas, apartadas da realidade, distantes dos objetivos almejados pelo legislador.

Conectado a essa realidade dos Tribunais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 18 de abril de 2013 - ocasião em que apreciados conjuntamente também a Reclamação 4.374/

PE e o Recurso Extraordinário 580.963PR, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes -, ao concluir o julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que reconhecida a existência de repercussão geral da questão versada na hipótese, acabou por declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, do § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, revisitando a matéria nos termos seguintes, assim redigidos ementa e extrato de ata:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS.

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836 /2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), desprovendo o recurso, e o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, negando-lhe provimento e declarando a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, sem pronúncia de nulidade, dando pela sua validade até dezembro de 2014, o julgamento foi adiado pelo pedido de vista do Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo recorrente, a Dra. Luysien Coelho Marques Silveira, Procuradora Federal; pela Advocacia-Geral

da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pela interessada Defensoria Pública-Geral da União, o Dr. Haman Tabosa de Moraes e Córdova; e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Plenário, 06.06.2012.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que negava provimento ao recurso; os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso e declaravam a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, sem pronúncia de nulidade, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014; o voto do Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), negando provimento ao recurso e declarando a inconstitucionalidade, mas sem fixação de prazo, e os votos dos Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2013. Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio (Relator), que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade da norma referida, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o quorum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente). O Relator absteve-se de votar quanto à modulação. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 18.04.2013.

Mantido em vigor o comando previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 no que diz respeito ao critério lá estabelecido para verificação da condição ensejadora da concessão do benefício assistencial, e no pressuposto de que não é a previsão contida no dispositivo em tela que por si só padece de inconstitucionalidade, mas sim naquilo que não disciplinou, ao se fiar em critério objetivo e único a tanto, assentou, a Suprema Corte, a possibilidade, justamente a partir da incompletude da norma, de aplicação de outros parâmetros para aferição da miserabilidade, até que se tenha solução para a omissão legislativa quanto ao efetivo cumprimento do artigo 203, inciso V, da Constituição.

Cumprir, nesse ínterim, a menção ao patamar de ½ (meio) salário mínimo como possível critério de aplicação prática, até que sobrevenha novo comando legislativo, e ante a constatação da insuficiência do parâmetro anterior, de ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, extrai-se:

(...) os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de ½ salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios. Tal fato representa, em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de ¼ do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização.

De todo modo, o Supremo não determinou a incidência taxativa deste ou daquele critério e sim, consoante se observa de excertos dos debates lá travados, chancelou, por ora, a atuação

das instâncias ordinárias, que já aplicam nos julgamentos, remarque-se, a depender da particularidade em que se encontra cada situação trazida a exame, os parâmetros que reputam razoáveis à luz do caso concreto.

Confira-se, a propósito:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Estamos dizendo, apenas, que o juiz, no caso concreto, vai aferir as situações individuais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estamos dizendo que se declara a constitucionalidade, deixa a lei em vigor, devolvemos ao legislador a possibilidade de reconformar o sistema.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Por isso, se me permite, apenas complementar o meu voto: peço vênua ao Ministro Fux para não estabelecer qualquer critério, porque, com todo o respeito, entendendo que aqui não é o fórum, o locus adequado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (...) Eu coloquei o § 3º do artigo 20 em discussão, porque disse que estamos num processo de inconstitucionalização. O que eu estou dizendo? Que sugiro e que se dê prazo para que o legislador faça uma reavaliação completa do sistema.

O Tribunal não está, agora, genericamente fixando novos critérios. (...)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência não está decretando a inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Fixando prazo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ele, em si, a meu ver, não traz inconstitucionalidade, mas, tal como o Ministro Teori, se bem entendi, eu não afasto a possibilidade do juiz, no caso concreto, afastar essas...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas é o que está ocorrendo sistematicamente, tanto é que o INSS...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas eu não avanço a ponto de declarar a inconstitucionalidade, porque, em si mesmo considerado, esse parágrafo não é inconstitucional (...).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas por isso que eu trouxe a Reclamação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agora, se nós, eventualmente, fôssemos caminhar para uma decretação de inconstitucionalidade, ou o dispositivo está a caminho de uma inconstitucionalização, eu acho que nós deveríamos respeitar, pelo menos, o plano plurianual, quer dizer, dar ao Estado a possibilidade de prever, no seu plano plurianual, a verba necessária para acorrer com essas despesas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas nós não estamos nem mandando fixar valor, mas que se faça a revisão do sistema.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É preciso entender exatamente o que isso significa, porque está se declarando a constitucionalidade do artigo 20...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, estamos declarando inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas mantendo a sua vigência?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sem declaração de nulidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O artigo 27...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Essa situação é que tem que ficar bem clara. Estamos declarando a inconstitucionalidade por omissão do artigo 20, § 3º, mas estamos mantendo a sua vigência. Na verdade, não é o artigo que é inconstitucional, é aquilo que ele não disciplinou.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - São situações das mais diversas. O fato é que, por princípio de segurança jurídica, nós entendemos que é inconstitucional, mas que autorizamos a sua aplicação por um período.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo. Estamos dizendo que o legislador está omissos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - E fixando um prazo para que ele legisle.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo. Se o legislador está omissa, a questão que se coloca é de saber como é que, no interregno, vai se colmatar essa omissão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A Justiça de Primeiro Grau o fará, como já vem fazendo.

Como exposto, para a concessão do benefício assistencial, mister se faz a conjugação de dois requisitos: alternativamente, a comprovação da idade avançada ou da condição de pessoa com deficiência e, cumulativamente, a miserabilidade, caracterizada pela inexistência de condições econômicas para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por alguém da família.

Ainda que se tenha por superada a discussão envolvendo o estado de deficiência de Neiva de Almeida Souza, à vista da conclusão posta na perícia médica a que submetida, de “incapacidade total e permanente para o trabalho” (fl. 98) em razão do quadro caracterizado por “Cifose, Lordose, Escoliose, Diabetes, Hipertensão” (fl. 96), nem sequer objeto de questionamento pelo ora embargante, cujas razões recursais limitam-se à “ausência do requisito da hipossuficiência econômica” (fl. 193), vindo a requerente a falecer justamente em decorrência de “DISTÚRBIO METABÓLICO INSUFICIÊNCIA RENAL SEPSE DIABETES MELLITUS DESCOMPENSADO PROVAVEL ENCEFALITE” (fl. 235); no que concerne ao outro requisito exigido para a hipótese a existência de meios de ter provida sua manutenção impõe o reconhecimento da improcedência da pretensão formulada em seu nome.

Segundo consta do estudo social realizado em 19.8.2008 (fls. 92/93), “A Sra. Neiva 45 anos de idade, relatava que vivia em união estável com o Sr. Jovelino, e que no momento estão separados, sendo a composição familiar no momento, somente ela e a filha, Joana Jaqueline de Almeida 12 anos idade, estudante. Menciona que tem um outro filho, casado, com vida independente e sem condições financeiras de ajuda-la, devido sua situação financeira não ser favorável. A casa em que ambas residem, é própria, de padrão simples, composta por: 01 sala, 01 cozinha, 02 quartos, banheiro e áreas externas, a mobília existente na casa é a básica. A renda familiar segundo a requerente, é de R\$ 120,00 vinda de um programa social governamental, e de alguns serviços periódicos que a Sra. Neiva realiza, que no momento, está trabalhando como cabo eleitoral, com vencimentos de R\$ 200,00 mês, sendo esta, uma renda temporária. A Sra. Neiva relata que é hipertensa e portadora de diabetes, necessitando de medicação insulina todos os dias, menciona que, não consegue realizar atividades que exijam muito esforço físico”.

O parecer em questão conclui que “conforme o que dispõe a Lei 8.742/93, em seu Art. 20, a requerente não possui idade e nem deficiência física, que a incapacite de exercer sua rotina diária, para efeito da Lei supra, embora, percebe-se a existência de uma situação sócio-econômica desfavorável, seguida de um quadro de saúde fragilizado, que impede a requerente de realizar atividades laborais que exijam esforço físico”, sem ao menos discriminar, entretanto, as despesas mensais usuais ou mesmo excepcionais do grupo familiar, nem sequer eventuais dispêndios de soma com medicamentos, inexistindo ao longo de todo o processado quaisquer elementos de prova documental ou mesmo menção a gastos ocorridos a esse respeito.

Da prova oral colhida em audiência realizada pelo juízo *a quo* em 7.7.2009, a seu turno, extrai-se o seguinte:

Que a depoente em pressão alta e diabetes e que os remédios que toma a fazem desmaiar. Que mora em casa própria, com sua filha e o companheiro da depoente. Que a filha da depoente tem 13 anos. Que a depoente recebe a bolsa família no valor de R\$ 120,00, não recebendo qualquer outro benefício. Que o companheiro da depoente trabalha como diarista. Que o

companheiro da depoente recebe cerca de R\$ 380,00 mensais. Que a diária custa R\$ 25,00. Que a depoente parou de trabalhar há cinco anos. Que na última eleição municipal, trabalhou como cabo eleitoral, recebendo R\$ 200,00 ao mês. Que os serviços de casa são feitos pela filha da depoente, porque as mãos da depoente ficam inchadas e doem. Que a depoente faz o almoço e, quando não está com as mãos inchadas, varre a casa. Que a depoente também lava as roupas na máquina. Que a depoente vai ao mercado com uma pessoa acompanhando, diante do risco de desmaiar. Que o remédio controla apenas as vezes a pressão da depoente. Que como cabo eleitoral a depoente apenas entregava santinho. (depoimento pessoal, fl. 123)

Que a depoente tem pedido judicial contra o INSS, pendente de julgamento. Que conhece a autora há uns 10 anos. Que a autora tem pressão alta e diabetes. Que por conta disso, a autora parou de trabalhar acerca de cinco anos. Que a autora faz apenas comida e varre a casa. Que os outros serviços são feitos pela filha da autora. Que a autora mora em casa própria, com o companheiro e a filha menor de idade, atualmente com 13 anos. Que a autora recebe R\$ 120,00 do governo. Que o companheiro da autora trabalhava com serviços gerais, recebendo em média R\$ 25,00 por dia. Que atualmente o marido da autora está desempregado, isso há cerca de 15 dias. Que a autora recebe apenas o benefício acima informado. Que a autora não consegue ir ao banco ou mercado sozinha, apenas acompanhada. Que a autora precisa ser acompanhada por ser comum desmaiar. Que o marido da autora não tem problema de saúde e que é pessoa sadia. Às perguntas da parte autora: que a autora trabalhou na última eleição municipal, como cabo eleitoral. Que não sabe quanto a autora recebia, nem o que fazia. (testemunha Izoldina Tereza da Silva, fl. 124)

Que o depoente não tem ação judicial contra o INSS. Que já é aposentado. Que conhece a autora há 25 anos. Que a autora tem diabetes e pressão alta. Que os serviços de casa são feitos pela mãe da autora bem como pela filha da autora. Que a autora não consegue fazer nada em casa. Que a autora parou de trabalhar há cinco anos. Que a autora mora com o esposo e a filha, que tem 13 anos. Que a autora recebe a bolsa família, não sabendo o valor. Que o esposo da autora trabalha como diarista, sendo a diária no valor de cerca de R\$ 30,00 ou abaixo que isso. Que não sabe quanto o esposo da autora recebe em média por mês. Que atualmente, o marido da autora está desempregado, há cerca de 15 dias. Que o marido da autora tem saúde para trabalhar. Que a casa da autora é mal acabada mas é própria. Que o depoente não sabe dizer se a autora foi cabo eleitoral nessa última eleição municipal, pois o depoente estava em Goiânia. Às perguntas da parte autora: que a autora e família passam por dificuldades financeiras, porque o marido recebe pouco e se alimentam do benefício do governo. Que o depoente nunca ajudou a autora porque a condição financeira do depoente também é fraca. (testemunha Nivaldo Ferreira da Silva, fl. 125)

De igual modo, consoante asseverado no voto vencido, em consulta ao CNIS, verifica-se que o companheiro da autora tem vários vínculos de trabalho e, desde fevereiro de 2010, com SANVA COMERCIO DE PEÇAS E FERRAGENS LTDA, recebendo um salário mínimo ao mês (fl. 186, verso).

De todo o amalhado, o que os autos revelam é que a autora originária, em que pese o problema de saúde que a afligia, encontrava-se inserida em núcleo familiar composta por ela, o companheiro e uma filha adolescente; residiam em imóvel próprio, desonerado de custos, localizado em Costa Rica/MS; valiam-se todos da remuneração por ele auferida quer seja como diarista, conforme revelado pela prova testemunhal, quer seja como empregado no mercado formal, segundo registros constantes do CNIS, sendo contemplados ainda por programa de transferência de renda mantido pelo Governo Federal e mais os rendimentos obtidos pela própria requerente com serviços prestados durante período eleitoral, a colocar em questionamento

estar-se diante de grupo de baixíssimo poder aquisitivo, não tendo sido sequer informados os gastos mensais da unidade familiar, inexistente, de resto, menção a gastos com aquisição de remédios.

Tudo isso sopesado, convém não ignorar, por último, que o benefício assistencial não visa à complementação de renda. Destina-se àquelas pessoas que sejam, de fato, necessitadas, que vivam em condições indignas, em situação de notória miserabilidade, circunstância, insista-se, ausente na hipótese presente, em que possível concluir que a família da requerente, enquanto viva, reunia meios de se manter independentemente do amparo estatal almejado.

Posto isso, dou provimento aos embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto da lavra da Desembargadora Federal Marisa Santos, que dava provimento ao agravo legal do INSS para reconhecer a improcedência do pedido formulado.

Por se tratarem, também os sucessores que assumiram a titularidade da polaridade ativa nesta demanda, de beneficiários da assistência judiciária gratuita, deixa-se de condená-los ao pagamento da verba honorária e custas processuais.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator para o Acórdão):

A sentença de fls. 129/133 revela que foi julgado improcedente o pedido de concessão do benefício de Amparo Social, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Interposto o recurso de apelação pela parte autora, foi proferida decisão com fundamento no art. 557 do CPC, tendo-lhe sido dado parcial provimento, para julgar procedente o pedido. Na sequência, manejado recurso de agravo pelo INSS, foi prolatado acórdão pela 9ª Turma deste Tribunal, que, por maioria, negou provimento ao aludido recurso, mantendo a r. decisão monocrática, tendo os integrantes da Turma Julgadora se posicionado da seguinte forma:

Pelo voto vencedor de fls. 178/179, foi negado provimento ao recurso de agravo interposto pela autarquia previdenciária, sob o fundamento de que restou demonstrado o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício em epígrafe, pois “...No laudo médico (fls. 96/99) constatou o perito judicial que a requerente é portadora de males que a incapacitam de forma total e permanente para o trabalho..”, bem como “... a autora residia com sua filha, menor impúbere...”, sendo que “...A renda familiar era constituída do trabalho esporádico da autora, como cabo eleitoral, e da quantia recebida do programa Bolsa-Família..”. Assinalou, ainda, que “...o companheiro Jovelino voltou a integrar o núcleo familiar posteriormente...”, tendo este mantido “...dois vínculos empregatícios de curta duração (nos períodos de 12/01/2009 a 02/03/2009 e de 16/03/2009 a 09/06/2009), o que, por si só, assinala a precariedade dos referidos contratos de trabalho...”.

Já pelo voto vencido de fls. 186, foi dado provimento ao agravo legal interposto pela autarquia previdenciária, para negar provimento à apelação da autora, mantendo a r. sentença que julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que “... a autora reside com a filha e o companheiro, Jovelino Rodrigues de Almeida....”, sendo que “...a renda da família advém do trabalho do companheiro, na condição de diarista, recebendo o valor de R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) mensais..”. Conclui, por fim, que “...a renda familiar per capita correspondia a 33% do salário mínimo e, portanto, superior àquela determinada pelo § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93...”.

Na sessão do dia 22.01.2015, a i. Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, em seu brilhante voto (fls. 302/309), houve por bem dar provimento aos embargos infringentes interpostos pelo INSS, para o fim de fazer prevalecer o voto vencido, da lavra da Desembargadora Federal Marisa Santos, por entender que a autora "... encontrava-se inserida em núcleo familiar composta por ela, o companheiro e uma filha adolescente; residiam em imóvel próprio, desonerado de custos, localizado em Costa Rica/MS; valiam-se todos da remuneração por ele auferida quer seja como diarista, conforme revelado pela prova testemunhal, quer seja como empregado no mercado formal, segundo registros constantes do CNIS, sendo contemplados ainda por programa de transferência de renda mantido pelo Governo Federal e mais os rendimentos obtidos pela própria requerente com serviços prestados durante período eleitoral, a colocar em questionamento estar-se diante de grupo de baixíssimo poder aquisitivo, não tendo sido sequer informados os gastos mensais da unidade familiar, inexistente, de resto, menção a gastos com aquisição de remédios...". Em síntese, conclui pelo não enquadramento da autora como hipossuficiente econômica, de modo a não ensejar a concessão do benefício assistencial.

Penso que deve prevalecer o voto vencedor.

Quanto ao requisito relativo à deficiência, a Lei 8.742/93, que regulamentou a concessão do dispositivo constitucional acima, dispunha no § 2º do seu artigo 20, em sua redação original:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Nesse ponto, cumpre salientar que o texto constitucional garante o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência, sem exigir, como fez a norma regulamentadora, em sua redação original, a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Nota-se, portanto, que ao definir os contornos da expressão pessoa portadora de deficiência, constante do dispositivo constitucional, a norma infraconstitucional reduziu a sua abrangência, limitando o seu alcance aos casos em que a deficiência é geradora de incapacidade laborativa.

Todavia, observa-se que, em 10.07.2008, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo 186/2008, aprovando, pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e conferindo à referida Convenção *status* normativo equivalente ao das emendas constitucionais.

A Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, já no seu Artigo 1, cuidou de tratar do conceito de "pessoa com deficiência", definição ora constitucionalizada pela adoção do rito do artigo 5º, § 3º, da Carta, a saber:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em coerência à alteração promovida em sede constitucional, o artigo 20, § 2º, da Lei

8.742/93, viria a ser alterado pela Lei 12.470/11, passando a reproduzir em seu texto a definição de “pessoa com deficiência” constante da norma superior. Dispõe a LOAS, em sua redação atualizada:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

Não há dúvida, portanto, de que o conceito de “deficiência” atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade.

Coerente com esta nova definição de “deficiência” para fins de concessão do benefício constitucional, a mencionada Lei 12.470/11 acrescentou à Lei 8.742/93 o artigo 21-A, com a seguinte redação:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º. Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o *caput* deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no *caput* do art. 21.

Verifica-se, portanto, que a legislação ordinária, em deferência às alterações promovidas em sede constitucional, não apenas deixou de identificar os conceitos de “incapacidade laborativa” e “deficiência”, como passou a autorizar expressamente que a pessoa com deficiência elegível à concessão do amparo assistencial venha a exercer atividade laborativa - seja como empregada, seja como microempreendedora - sem que tenha sua condição descaracterizada pelo trabalho, ressalvada tão somente a suspensão do benefício enquanto este for exercido.

Observados estes parâmetros para a aferição da deficiência, no caso dos autos, o laudo médico de fls. 96/99, realizado em 13.11.2008, atestou que a autora era portadora de cifose, lordose, escoliose, diabetes e hipertensão, que a tornavam incapacitada de forma total e permanente para o trabalho.

Insta salientar que a autora veio a falecer em 23.05.2010 (fls. 275), tendo como causas da morte enfermidades indicadas no laudo médico judicial, tais como distúrbio metabólico e diabetes mellitus descompensado.

Com fundamento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que se incorporou no ordenamento jurídico com *status* constitucional, é de se reconhecer a defi-

ciência da autora, tendo em vista que possui impedimentos de longo prazo de natureza física. Notadamente, tal condição obstruiu sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Há que se reconhecer, portanto, que a parte autora fará jus ao benefício assistencial, caso preencha o requisito socioeconômico, haja vista possuir impedimentos de longo prazo, com potencialidade para “obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com outras pessoas.

No que toca ao requisito socioeconômico, cumpre observar que o § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 estabeleceu para a sua aferição o critério de renda familiar per capita, observado o limite de um quarto do salário mínimo, que restou mantido na redação dada pela Lei 12.435/11, acima transcrita.

A questão relativa à constitucionalidade do critério de renda *per capita* não excedente a um quarto do salário mínimo para que se considerasse o idoso ou pessoa com deficiência aptos à concessão do benefício assistencial, foi analisada pelo E. Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.232/DF), a qual foi julgada improcedente, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(STF. ADI 1.234-DF. Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. J. 01.06.01).

Todavia, conquanto reconhecida a constitucionalidade do § 3º do artigo 20, da Lei 8.742/93, a jurisprudência evoluiu no sentido de que tal dispositivo estabelecia situação objetiva pela qual se deve presumir pobreza de forma absoluta, mas não impedia o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do requerente e de sua família. Tal interpretação seria consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (STJ - REsp. 1.112.557-MG; Terceira Seção; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; j. 28.10.2009; DJ 20.11.2009).

O aparente descompasso entre o desenvolvimento da jurisprudência acerca da verificação da miserabilidade dos postulantes ao benefício assistencial e o entendimento assentado por ocasião do julgamento da ADI 1.232-DF levaria a Corte Suprema a voltar ao enfrentamento da questão, após o reconhecimento da existência da sua repercussão geral, no âmbito da Reclamação 4374 - PE, julgada em 18.04.2013.

Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que “ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de ‘inconstitucionalização.’” Com efeito, as significativas alterações no contexto socioeconômico desde então e o reflexo destas nas políticas públicas de assistência social, teriam criado um distanciamento entre os critérios para aferição da miserabilidade previstos na Lei 8.742/93 e aqueles constantes no sistema de proteção social que veio a se consolidar. Verifique-se:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.

(...)

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

(...)

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente.

(Rcl 4374, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJe-173 03.09.2013).

Destarte, é de se reconhecer que o quadro de pobreza deve ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa ou com deficiência é através da própria natureza dos males que a assolam, do seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades. Não há, pois, que se enquadrar todos os indivíduos em um mesmo patamar e entender que somente aqueles que contam com menos de um quarto do salário-mínimo possam fazer jus ao benefício assistencial.

No caso dos autos, o estudo social realizado em 19.08.2008 (fl. 91/93) constatou que o núcleo familiar da autora é formado por ela e sua filha menor, sendo que, naquele momento, estava separada de seu companheiro, o Sr. Jovelino. Assinalou que a casa em que ambas residiam é própria, padrão simples. A renda familiar totalizava R\$ 120,00 (cento e vinte reais), decorrente de um programa social governamental e de eventuais serviços prestados pela autora, como cabo eleitoral, com vencimentos de R\$ 200,00 (duzentos reais) mensais.

Destarte, não obstante o retorno de seu companheiro ao lar, consoante depoimento pessoal (fl. 123), e a existência de vínculos empregatícios em nome do companheiro, desde fevereiro de 2010, com renda equivalente a um salário mínimo, segundo extrato do CNIS (fl. 186vº), a situação fática ora examinada permite concluir pela absoluta insuficiência de recursos, tendo em vista a gravidade das doenças de que era portadora a autora, que acabaram culminando com sua morte.

Portanto, resta comprovado que a autora era portadora de deficiência e que não possuía meios para prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família, fazendo jus a concessão do benefício assistencial.

Diante do exposto, *nego provimento aos embargos infringentes interpostos pelo INSS*, para que prevaleça o voto vencedor.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator para o acórdão

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0005553-32.2011.4.03.6108

(2011.61.08.005553-8)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 217/220

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Partes Autoras: DEIVID GALDINO CARDOSO (incapaz) E OUTRO

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

Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe do Processo: ApelReex 1985657

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. QUALIDADE DE SEGURADO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO TRABALHISTA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVAM O PERÍODO TRABALHADO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS VERTIDAS.

1. A sentença trabalhista, por meio da qual a empregadora reconheceu o vínculo empregatício e efetuou o recolhimento das contribuições previdenciárias tem efeitos previdenciários, ainda que o INSS não tenha participado da lide laboral.
2. Qualidade de segurado demonstrada, tendo em vista a existência de elementos que evidenciam o contrato de trabalho, o qual cessou em decorrência de acidente automobilístico que vitimou o empregado.
3. Demonstrada nos autos a condição de companheira e de filho menor de vinte e um anos, a dependência econômica em relação ao *de cujus* é presumida, nos moldes preconizados pelo artigo 16, I da Lei nº 8.213/91.
4. Agravo 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 maioria, *dar provimento ao agravo legal*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática (fls. 217/220) que deu provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido de pensão por morte.

Alega que a sentença proferida na Justiça Trabalhista pode ser admitida como meio prova material para reconhecimento do tempo de serviço e concessão de benefício previdenciário. Requer o julgamento do recurso pelo órgão colegiado competente na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática (fls. 217/220) que deu provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido de pensão por morte.

Registro de início que os autos foram redistribuídos por força do disposto no Ato 12.522/2014, publicado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, edição 191/2014, em 21/10/2014.

Na sequência, observo que “Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte” (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.000520-2, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, *in* RTRF 49/112).

As razões recursais apresentadas não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.

A decisão agravada, proferida pelo Juiz Federal Convocado Carlos Delgado, assentou:

Trata-se de remessa oficial e apelação interpostas em ação ajuizada por DEIVID GALDINO CARDOSO (incapaz) e LUCIANA GALDINO contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o benefício de pensão por morte.

A r. sentença monocrática de fls. 193/200 julgou procedente o pedido, condenando a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, acrescido dos consectários que especifica. Por fim, concedeu a tutela antecipada e determinou sua imediata implantação.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais de fls. 206/211, pugna o INSS, inicialmente, pela suspensão da tutela antecipada. No mérito, requer a reforma do *decisum*, ao argumento de que não restaram comprovados os requisitos autorizadores à concessão do benefício, notadamente em virtude da perda da qualidade de segurado do de cujus. Subsidiariamente, insurge-se quanto aos critérios referentes aos consectários legais. Suscita, por fim, o prequestionamento legal, para efeito de interposição de recursos.

Devidamente processados os recursos, subiram os autos a esta instância para decisão.

Parecer do Ministério Público Federal de fls. 215/216, em que opina pelo desprovimento do recurso.

É o sucinto relato.

Vistos, na forma do art. 557 do CPC.

No tocante ao pedido de suspensão da tutela antecipada, suscitado pelo INSS, manifestar-me-ei a respeito com a análise do mérito.

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, conseqüentemente, 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.

No caso em apreço, a ação foi ajuizada em 14 de julho de 2011 e o aludido óbito, ocorrido em 20 de dezembro de 2009, está comprovado pela respectiva Certidão de fl. 21.

O autor Deivid Galdino Cardoso, nascido em 09 de maio de 1998, é ainda menor de 21 anos e, de fato, filho de Ivo Ribeiro Cardoso, conforme demonstra a Certidão de Nascimento de fl. 18. No tocante à comprovação da união estável, a autora Luciana Galdino carrou aos autos início de prova material, consubstanciado na demonstração de existência de filho em comum havido da relação marital (fl. 18).

Além disso, na Certidão de Óbito de fl. 21 restou assentado que, por ocasião do falecimento, Ivo Ribeiro Cardoso estava a residir na Avenida Rosa Malandrini Mondelli, nº 16-10, em Bauru - SP, vale dizer, o mesmo endereço declarado pela autora na exordial e constante no atestado de domicílio de fl. 22.

É importante observar que a união estável entre o casal restou demonstrada nos autos de ação declaratória, que tramitou pela 2ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Bauru - SP, autuados sob nº 071.01.2010.031798-2, cujo pedido foi julgado procedente para reconhecer a relação marital vivenciada entre a postulante e Ivo Ribeiro Cardoso pelo período de doze anos e cessada em decorrência do óbito do companheiro (fls. 33/34).

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 e ao filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Não obstante, no que tange à qualidade de segurado, depreende-se do extrato do CNIS de fl. 186 que o último vínculo empregatício do de cujus dera-se entre 05 de abril de 2004 e 14 de abril de 2004, junto a Acumuladores Ajax Ltda.

Entre a data do desligamento e o óbito transcorreu prazo superior a 5 anos e 8 meses, sem que fosse vertida qualquer contribuição previdenciária, o que, à evidência, acarretou a perda da qualidade de segurado, ainda que fossem aplicadas à hipótese as ampliações do período de graça previstas no artigo 15, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.213/91.

Sustentam os autores na exordial que, por ocasião do falecimento, Ivo Ribeiro Cardoso estava a laborar sem formal registro em CTPS, cujo vínculo empregatício foi reconhecido por sentença proferida nos autos de processo nº 0000252-33.2010.5.15.0091, que tramitou pela 4ª Vara do Trabalho de Bauru - SP.

A esse respeito, a sentença de fl. 65, reporta-se à homologação de acordo trabalhista celebrado post mortem entre o espólio de Ivo Ribeiro Cardoso e o reclamado Marcos Diniz Oliveira Entregas - ME, em relação ao vínculo empregatício estabelecido entre 03 de novembro de 2008 e 20 de dezembro de 2009.

Observe, no entanto, que não se vislumbra dos presentes autos início de prova material do referido vínculo empregatício, nos moldes preconizados pelo artigo 55, § 3º da Lei nº 8.213/91.

Ressalte-se que sequer houve instrução probatória no processo trabalhista, mas tão somente a homologação de acordo entre a referida empresa e o espólio.

Dessa forma, não há como se admitir o aludido reconhecimento de vínculo trabalhista como prova emprestada dada a sua fragilidade.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO ENTRE O ESPÓLIO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO E O SUPOSTO EMPREGADOR.

1. A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, desde que prolatada com base em elementos probatórios capazes de demonstrar o exercício da atividade laborativa, durante o período que se pretende ter reconhecido na ação previdenciária.

2. Na espécie, ao que se tem dos autos, a sentença trabalhista está fundada apenas nos depoimentos da viúva e do aludido ex-empregador, motivo pelo qual não se revela possível a sua consideração como início de prova material para fins de reconhecimento da qualidade de segurado do instituidor do benefício e, por conseguinte, do direito da autora à pensão por morte.

3. Recurso especial provido.”

(STJ, 1ª Turma, RESP 1427988/PR, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 09.04.2014).

É válido ressaltar que sequer as testemunhas ouvidas nos presentes autos, cujos depoimentos foram colhidos em mídia digital (fl. 173), souberam informar acerca de eventual vínculo empregatício estabelecido entre o de cujus e o suposto empregador.

A esse respeito a testemunha Kátia Alves de Lima disse que Ivo Ribeiro Cardoso trabalhava como mototaxista, sem esclarecer se ele era autônomo ou empregado.

No mesmo sentido, Edna de Fátima de Oliveira Gonçalves acrescentou saber que o falecido laborava como “entregador” utilizando motocicleta, e que chegou a utilizar seus serviços, contratando-o pessoalmente para a entrega de encomendas, porém nunca soube quem era seu empregador.

A testemunha Marcelino Damasceno apresentou depoimento frágil e contraditório, ao esclarecer que o falecido laborava como empregado e com registro em CTPS, em contradição às provas dos autos e à versão dos autores.

Ainda que assim não fosse, tornar-se-ia inviável o reconhecimento de vínculo empregatício com base apenas em prova testemunhal, conforme já decidiu esta Egrégia Corte, confira-se: **“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR URBANO. ÓBITO EM 2001, NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8213/91. ESPOSA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. ATIVIDADE EXERCIDA EM PERÍODO POSTERIOR AO ÚLTIMO RECOLHIMENTO EFETUADO À PREVIDÊNCIA SOCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. CONDIÇÃO DE SEGURADO DO FALECIDO NÃO COMPROVADA.**

(...)

III - Não foi apresentado nenhum documento capaz de comprovar as afirmações das testemunhas quanto ao alegado trabalho desenvolvido pelo falecido no período compreendido entre o último recolhimento efetuado ao Regime Geral de Previdência Social e a data do óbito em 2001, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal para este fim, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91.

IV - Portanto, na data do óbito - 27/12/2001 - o falecido não mantinha a qualidade de segurado.

V - Requisitos para a concessão da pensão por morte não comprovados.

VI - Apelação a que se nega provimento. Sentença mantida.”

(TRF3, 9ª Turma, AC 00002154320034036113, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, DJU 14/06/2007).

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS.

(...)

- A prova exclusivamente oral não serve à demonstração do labor urbano. Precedentes jurisprudenciais.

- Perde a qualidade de segurado do INSS quem deixa de contribuir para o sistema por mais de 12 meses, *ex vi* do art. 15, II, da Lei 8.213/91. Não cabimento da pensão correspondente à dependente.

- O art. 102 da Lei 8.213/91 não se aplica à espécie, pois estabelece que a perda da qualidade superveniente à implementação de todos os requisitos à concessão do benefício não obsta sua concessão. *In casu*, a perda da qualidade de segurado ocorreu antes de se aperfeiçoarem os requisitos ao direito à pensão por morte.

- Considerado que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, observar-se-ão os termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

- Remessa oficial não conhecida. Apelação da autarquia provida.”

(TRF3, 8ª Turma, AC 00044743420014039999, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJU 03/06/2004).

Importa consignar que, mesmo não sendo comprovada a qualidade de segurado do falecido à época do óbito, se este tivesse preenchido naquela data os requisitos para a concessão de aposentadoria, os requerentes fariam jus ao benefício, nos termos do § 2º do art. 102 da Lei nº 8.213/91.

Contudo, nada veio a demonstrar nos autos que, no momento do falecimento, o de cujus fazia jus a alguma espécie de aposentadoria, porquanto não houvera completado a idade mínima para a aposentadoria por idade (faleceu com 28 anos de idade), tampouco se produziu nos autos prova documental ou testemunhal de que restava incapacitado ao trabalho, afastando o reconhecimento de aposentadoria por invalidez, bem como não logrou comprovar o período mínimo de trabalho exigido em lei para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço. Nesse contexto, se torna inviável o acolhimento do pedido inicial, sendo de rigor o decreto de improcedência do pleito.

Isento os autores dos ônus de sucumbência, em razão de serem beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Prejudicado o prequestionamento suscitado pela Autarquia Previdenciária.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, *caput* e § 1º-A do Código de Processo Civil, *dou provimento à remessa oficial e à apelação*, para reformar a sentença recorrida e julgar improcedente o pedido. *Casso a tutela antecipada concedida*.

Sem recurso, baixem os autos à Vara de origem.

Intime-se.

A decisão agravada está de acordo com o disposto no § 1º - A do art. 557 do CPC, visto que segue jurisprudência dominante do STJ e demais Tribunais.

Com vistas a essa orientação, não há qualquer vício no *decisum* a justificar a sua reforma.

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator para o Acórdão):

Em sessão de julgamento realizada em 12 de janeiro de 2015, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Marisa Santos proferiu voto no sentido de negar provimento ao agravo legal interposto pelo Ministério Público Federal e manter a decisão monocrática proferida

às fls. 217/220, por meio da qual dera provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, em ação objetivando o recebimento de benefício previdenciário de pensão por morte.

Fundamentou Sua Excelência seu voto no sentido de que não restou comprovada a qualidade de segurado do falecido.

Dirijo do entendimento manifestado pela eminente Relatora, uma vez que Ivo Ribeiro Cardoso exercia atividade remunerada como mototaxista para a empresa Marcos Diniz Oliveira Entregas - ME, cujo vínculo empregatício apenas foi cessado em decorrência de acidente automobilístico que o vitimou e provocou seu falecimento, em 20 de dezembro de 2009 (fl. 21).

O requerimento de inscrição junto à Junta Comercial acostado à fl. 67 constitui prova de que a referida empresa iniciara suas atividades em 02 de maio de 2006.

Além disso, os depoimentos colhidos em mídia digital (fl. 173), quando interpretados em conjunto, confirmam que o *de cujus* trabalhava como empregado para a empresa Marcos Diniz Oliveira Entregas - ME.

Portanto, a sentença trabalhista de fl. 65, por meio da qual a empregadora reconheceu o vínculo empregatício e efetuou o recolhimento das contribuições previdenciárias (fls. 84/90) tem efeitos previdenciários, ainda que o INSS não tenha participado da lide laboral.

A corroborar tal entendimento, trago à colação o seguinte julgado desta Egrégia Corte:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- Uma vez reconhecido por sentença trabalhista homologatória de acordo o vínculo empregatício do falecido, corroborada pela prova testemunhal, e sendo do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições, é de rigor que se reconheça a qualidade de segurado do falecido quando do óbito, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.

- Agravo desprovido.

(TRF3, 7ª Turma, AC 00019227420074036123, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, e-DJF3 17/01/2014)

Nesse contexto, por ocasião de seu óbito, Ivo Ribeiro Cardoso mantinha a qualidade de segurado, fazendo jus os autores à concessão do benefício de pensão por morte, a contar da data do requerimento administrativo (13/08/2010 - fl. 23), devendo ser compensado, por ocasião da liquidação da sentença, o valor das parcelas já auferidas em decorrência da antecipação da tutela deferida pela instância *a quo*.

Com relação à correção monetária e aos juros de mora, determino a observância dos critérios contemplados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, de acordo com a Resolução nº 267/2013, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal, observada a modulação dos efeitos previstos nas ADIs nº 4.425 e 4.357.

Os honorários advocatícios são fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença, conforme entendimento desta Turma.

Conquanto a Lei Federal nº 9.289/96 disponha no art. 4º, I, que as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal, seu art. 1º, § 1º, delega à legislação estadual

normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada. Note-se que, em se tratando das demandas aforadas no Estado de São Paulo, tal isenção encontra respaldo na Lei Estadual nº 11.608/03 (art. 6º).

A isenção referida não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como, aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

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.

Ante o exposto, dirirjo da ilustre Relatora, com a devida *venia*, e pelo meu voto, *dou provimento ao agravo legal* interposto pelo Ministério Público Federal para tornar insubsistente a decisão impugnada, e, em novo julgamento, *dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação*, para reformar a sentença de primeiro grau, apenas no que se refere aos consectários legais, na forma da fundamentação. *Concedo a tutela específica, para o restabelecimento do benefício. Comunique-se o INSS.*

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator para o Acórdão

EMBARGOS INFRINGENTES

0017496-13.2011.4.03.9999

(2011.03.99.017496-3)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: JOAQUIM DE ALMEIDA FILHO

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PIRES - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: EI 1631912

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2014

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL E DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DECADÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO.

1. A prejudicial de decadência não merece acolhida, na medida em que o caso sob análise não versa sobre revisão do ato administrativo de concessão do benefício previdenciário (Lei 8.213/91, art. 103, *caput*).
2. A controvérsia recai sobre a possibilidade de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria por tempo de serviço proporcional, percebida pelo autor, pela aposentadoria integral, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento.
3. Diante da orientação do E. Superior Tribunal de Justiça firmada em sede de representação de controvérsia, baseada na seara dos recursos repetitivos, regrado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, entendo possível a desaposentação (REsp 1334488/SC, Rel. Ministro Herman Benjamim, Primeira Seção, DJe 14/05/2013).
4. Rejeitar a preliminar de decadência e negar provimento provimentos aos embargos infringentes.

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, decidiu rejeitar a prejudicial de decadência e no mérito, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes opostos pelo INSS a fim de fazer prevalecer o voto vencedor, nos termos do voto do Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator).

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - em face de acórdão proferido pela Colenda Sétima Turma desta Corte Regional, que, por maioria, rejeitou a preliminar de decadência do direito de ação; por unanimidade, rejeitou

a matéria preliminar remanescente e, no mérito, negou provimento ao agravo legal interposto pela parte autora; e, por maioria de votos, negou provimento ao agravo legal interposto pela autarquia, mantendo, com isso, decisão monocrática proferida com base no art. 557 do Código de Processo Civil, que dera parcial provimento à apelação do demandante para reconhecer seu direito à desaposentação, mediante cessação do benefício anterior e devolução do que foi pago a esse título.

Restou vencida, contudo, a Exma Sra Desembargadora Federal Leide Polo, que acolhia a prejudicial de decadência e, no mérito propriamente dito, dava provimento ao agravo legal do INSS para julgar improcedente o pedido inicial e negava provimento ao agravo legal da parte autora.

Alega o embargante, em síntese, que deve prevalecer o voto vencido, no sentido de ser reconhecida a decadência do direito de revisão do benefício originário e de não ser admitida a desaposentação, sob pena de violação ao art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, bem como ao ato jurídico perfeito.

O embargado ofereceu contrarrazões.

Dispensada a revisão por se tratar de matéria predominante de direito, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Inicialmente, consigno que os embargos devem ser conhecidos, eis que o acórdão não unânime manteve decisão monocrática que reformou, em grau de apelação, sentença de mérito. Ademais, o recurso restringe-se à matéria objeto de divergência (CPC, art. 530).

A prejudicial de decadência não merece acolhida, na medida em que o caso sob análise não versa sobre revisão do ato administrativo de concessão do benefício previdenciário (Lei 8.213/91, art. 103, *caput*).

Na realidade, o caso trata de renúncia à aposentadoria anteriormente deferida, com vistas à obtenção de novo benefício, mais vantajoso para o segurado, por intermédio de outro ato administrativo.

Os fatos, portanto, não se subsumem à hipótese de decadência prevista na Lei de Benefícios. Nessa linha, julgado da Terceira Seção desta Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE. “DESAPOSENTAÇÃO”. INVIABILIDADE.

- Não se há falar em decadência. No caso concreto, a parte autora pleiteia a desaposentação e posterior jubilação, contado interstício maior de labuta, não se tratando, assim, de ação em que se pretende a revisão da benesse, como expressamente disciplina o art. 103 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97.

- Não se afigura oportuna suspensão do processo, uma vez que “O E. Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que

poderão ser sobrestados. Precedentes” (TRF - 3ª Região, 8ª Turma, AgAC 883662, rel. Des. Fed. Marianina Galante, v. u., TRF3 CJ1 16/3/2012. Ainda: TRF - 3ª Região, 10ª Turma, AgAC 863388, rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, v. u., TRF3 CJ1 14/3/2012; TRF - 3ª Região, 3ª Seção, EI 877138, proc. 0010980-68.2002.4.03.6126, rel. Des. Fed. Daldice Santana, maioria, DJF3 CJ1 30/9/2011.

- A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente. Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública.

- O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99).

- *Ad argumentandum*, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição *sine qua non* para validade da proposta é a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria.

- Embargos infringentes providos.

(EI 0009421-55.2009.4.03.6183, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, DJ 31/08/2012)

No mérito propriamente dito, tem-se que a controvérsia da presente demanda diz respeito à possibilidade, ou não, de que um segurado aposentado do Regime Geral de Previdência Social, que continue ou volte a exercer atividade vinculada a este regime, venha a obter o cancelamento de seu benefício e, ao mesmo tempo, a concessão de uma nova aposentadoria com a consideração deste novo período de trabalho/contribuição.

O acórdão embargado deu provimento à apelação da parte autora para reconhecer seu direito à desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, com restituição dos proventos percebidos, enquanto o voto vencido lhe negava provimento, tendo recebido a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APLICAÇÃO DO ART. 557, COMBINADO COM O ART. 285-A, AMBOS DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DA APOSENTADORIA ORIGINÁRIA. LIMITES RAZOÁVEIS PARA A DEVOLUÇÃO. RECURSOS IMPROVIDOS.

- O Órgão Fracionário pode dar interpretação a dispositivos legais que regem a “desaposentação”, sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal e à Súmula Vinculante nº 10 do C. STF.

- As interpretações do art. 5º, LXXVIII da Constituição e do art. 557 do CPC permitem que recursos sejam decididos monocraticamente pelo relator, bastando que o tema esteja pacificado na Turma, mesmo que por maioria de votos. Apelações relativas à “desaposentação” podem ser julgadas por decisões monocráticas na composição atual da Sétima Turma desta E.Corte Federal, tendo em vista o entendimento do colegiado em seus aspectos centrais (precedente: TRF - 3ª Região - AgLg em AC nº 2009.61.83.013612-9 - Sétima Turma - Relª Desª Federal Eva Regina - vu - julg. 18.10.2010 - DE - 27.10.2010).

- Aposentado que continua a laborar e a contribuir para a Previdência, adimplindo progressivas exigências impostas pelo sistema de Seguridade Social, deve receber o mesmo tratamento dado aos que trabalharam sem se aposentar, uma vez que cumpriram iguais requisitos. Por isso, o art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, deve ser interpretado de modo a admitir que o beneficiário renuncie, desde a citação, à aposentadoria já concedida (sem mácula ao ato jurídico perfeito), mas em razão da solidariedade e da igualdade que regem o sistema de Seguridade, o direito

à “desaposentação” impõe a devolução integral dos valores percebidos a título do benefício cessado. Para ser exequível e razoável, essa devolução (com acréscimos) deve ser feita mediante desconto sobre o montante da nova aposentadoria a ser paga a cada mês, observando os seguintes limites, dos dois o menor: 30% do montante do novo benefício, ou o que restou acrescido quando comparados o montante mensal até então pago e o novo benefício apurado.

- Agravos improvidos.

Entendo mais correta a orientação fixada no voto condutor.

De início, não há óbice constitucional. Nenhuma regra da Carta Magna é contrariada se aceitarmos a possibilidade de o segurado se desfazer de sua aposentadoria e aproveitar o tempo total de filiação em contagem para novo benefício. Os artigos 193 a 195 e 201 e 202 da Constituição Federal trazem princípios que estruturam a ordem social e disciplinam a previdência social. Nesse sentido, reza o artigo 201, § 9º que “para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei”.

Além disso, a legislação ordinária não disciplina tampouco veda a desaposentação. O segurado tem o direito, portanto, de dispor do que lhe pertence, ou seja, de seu próprio patrimônio.

O artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal impede que uma lei nova altere ato já consumado, contudo não impede ao titular de direito disponível de renunciar ato jurídico, desfazendo seus efeitos até então produzidos, possibilitando o recebimento de benefício com renda mensal inicial mais favorável.

Convém lembrar que a irreversibilidade e irrenunciabilidade das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição não decorrem de legislação ordinária, mas de Decreto Executivo (artigo 181-B do Decreto 3.048/99, na redação do Decreto 3.265/99). Entretanto, Decreto não pode restringir direito, nem impedir exercício de faculdade do titular do direito sem a necessária previsão legal. Só a lei ordinária (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal) poderia estabelecer restrições como irreversibilidade ou irrenunciabilidade de benefício concedido. Se a lei previdenciária, como é o caso, não estabelece tais restrições, o benefício não pode ser tido por irrenunciável nem irreversível. Estabelecendo condição não permitida pela lei, o decreto extrapolou os limites da lei que deveria regulamentar e, portanto, não se aplica.

A possibilidade de a parte autora obter sua “desaposentadoria” não é impedida nem pela redação do artigo 18, § 2º da Lei 8.213/91, *in verbis*: “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

A intenção do legislador foi a de esclarecer ao “aposentado” que, caso ele queira permanecer em atividade laboral, não terá acesso a qualquer outro provento do INSS, em função desse trabalho, ressalvadas as exceções supramencionadas.

A norma não alcança aquele que pretende renunciar seu benefício e, somente então, utilizar seu tempo de filiação para concessão de outro benefício. Destarte, referida intenção do aposentado não afronta o artigo 18, § 2º da Lei 8.213. Se alguém pretende deixar de ser aposentado, buscará computar o posterior tempo de serviço para o recebimento de nova benesse mais vantajosa.

Com efeito, para acolher a pretensão do segurado de renúncia e concessão de nova

aposentadoria não é necessário, conforme eventual alegação autárquica, reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 18, § 2º da Lei de Benefícios ou de qualquer outro dispositivo legal.

Desta feita, diante da argumentação acima, é de se admitir a renúncia à aposentadoria com a finalidade de aproveitamento de todo o tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício.

Observe, outrossim, que a questão da necessidade ou não da devolução dos valores percebidos não foi objeto de discussão nestes embargos.

Por fim, ressalto que o posicionamento delineado nesta decisão acompanha o entendimento da Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, competente para apreciar e julgar demandas relativas a benefícios previdenciários, desde 19.12.11 (publicação da Emenda Regimental 14/2011 do RI - STJ).

Nesse sentido, trago à colação as seguintes ementas da Corte Especial:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(STJ - Resp 1334488/SC, Primeira Seção - Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. em 08.05.13, p. em 14.05.13, p. 400)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI 8.213/91. INEXISTÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PENDENTE DE JULGAMENTO NO STF. SOBRESTAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS NO STJ. DESCABIMENTO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS NO PRIMEIRO JUBILAMENTO. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO ASSENTADO NO RESP Nº 1.334.488/SC SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC.

1. O reconhecimento de repercussão geral pelo STF não sobresta o julgamento da mesma controvérsia por meio de recurso especial no STJ. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.240.892/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina; AgRg no REsp 1.255.688/SC, Rel. Ministra As-

susete Magalhães; AgRg no AREsp 110.171/BA, Rel. Ministro Humberto Martins; AgRg no AREsp 166.322/PR, Rel. Ministro Castro Meira; AgRg no REsp 723.128/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região); AgRg nos EDcl no REsp 1.343.645/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques.

2. Interpretação que considera inaplicável à espécie o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, não importa em negativa de vigência de referido dispositivo de lei.

3. A Primeira Seção do STJ firmou entendimento no julgamento do REsp 1.334.488/SC, submetido à disciplina do 543-C do CPC, de que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento”.

4. A análise de violação à matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República, refoge à jurisdição do STJ, sendo de competência exclusiva da Suprema Corte.

5. Agravo regimental não provido.

(STJ - Resp 1346760/PR, Primeira Turma - Rel. Min. Benedito Gonçalves, v.u., j. em 24.09.13, DJe 02.10.13).

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. OFENSA A RESERVA DE PLENÁRIO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA LEGAL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. RENÚNCIA DE APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTE.

1. Não há confundir interpretação de normas legais com reserva de Plenário, razão pela qual descabe falar em aplicação da Súmula Vinculante 10/STF ou em ofensa ao art. 97 da Carta Magna.

2. Não cabe ao STJ examinar, no recurso especial, violação de preceitos e dispositivos constitucionais, tendo em vista a necessidade de interpretar matéria cuja competência é exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da CF.

3. Admite-se a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado, não importando em devolução dos valores percebidos. Precedente.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp 1351340/PR, Segunda Turma - Rel. Min. Castro Meira, v.u., j. em 17.09.13, DJe 02.10.13).

Transcrevo, ainda, recente julgado da Terceira Seção desta Egrégia Corte:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPOSENTAÇÃO. DECADÊNCIA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE.

I - Não há guarida para a alegação de decadência do direito, pois a parte autora não visa à revisão ou alteração de benefício já concedido, mas sim, o direito à renúncia de sua aposentadoria e, simultaneamente, a percepção de outra que lhe seja mais vantajosa, podendo, dessa forma, a ação ser proposta a qualquer tempo, ressaltando-se, todavia, que a fruição dos efeitos financeiros ou patrimoniais daí decorrentes restringir-se-á ao quinquênio que precede a propositura da ação.

II - Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compeli-lo a continuar aposentado, visto carecer de interesse.

III - No presente caso, ressalvo meu entendimento pessoal no que concerne aos efeitos *ex nunc* decorrentes do citado ato de renúncia, não devendo acarretar a restituição aos cofres do INSS dos valores já pagos em favor da parte segurada, em observância aos limites da divergência, com fulcro no *caput* do artigo 530 do Código de Processo Civil.

IV - Destarte, acolho integralmente a tese esposada no voto condutor, reconhecendo o direito da parte autora à renúncia ao benefício anteriormente concedido, mediante a devolução da importância paga a este título em seu favor, com a imediata implantação da nova aposentadoria requerida, nos termos do voto condutor.

V - Matéria preliminar rejeitada. Embargos infringentes a que se nega provimento.

(EI - 1597857, - Rel. para Acórdão Des. Fed. Walter do Amaral, por maioria, j. em 22.08.13, DJe 04.09.13).

Em julgamento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 661.256/SC, Rel. Min. Ayres Britto, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional, entretanto, o E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. (ED no RESP 815.013 - Edcl - AgRg, Min. Arnaldo Esteves, j. 13.8.08, DJ 23.9.08; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008).

Cabe, portanto, a renúncia da aposentadoria da parte autora, com aproveitamento de todo o tempo de contribuição, bem como o recálculo e pagamento, pelo INSS, de benefício mais vantajoso (art. 122 da Lei 8.213/91).

Posto isso, rejeito a prejudicial de decadência e, nego provimento aos embargos infringentes opostos pelo INSS a fim de fazer prevalecer o douto voto vencedor.

É o voto.

Desembargadora Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0035906-85.2012.4.03.9999

(2012.03.99.035906-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 264/265

Interessado: CLAUDIO APARECIDO SPADIM

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: AC 1783913

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. RECONHECIMENTO DE PERÍODOS EXERCIDADO COMO ESPECIAL. DECISÃO FUNDAMENTADA.

- Trata-se de agravo legal, interposto pela Autarquia Federal, em face da decisão monocrática que, nos termos do artigo 557, § 1º-A, deu parcial provimento ao reexame necessário e ao seu apelo, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria especial, restringindo o reconhecimento do labor especial aos períodos de 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008. Fixou a sucumbência recíproca.

- Sustenta que o uso de EPI eficaz afasta a condição de labor insalubre.

- Questiona-se o período de 03/12/1998 a 01/12/2008, pelo que a antiga CLPS e a Lei nº 8.213/91, com as respectivas alterações incidem sobre o respectivo cômputo, inclusive quanto às exigências de sua comprovação.

- A atividade especial deu-se no interstício de: 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008 - agente agressivo: 03/12/1998 a 30/06/1999, ruído de 92,5 db(A); de 01/07/1999 a 30/06/2001, ruído de 89,9 db(A); de 01/07/2001 a 30/06/2006 ruído de 86 db(A) e a partir de 01/07/2006 de 85,6 db(A), de modo habitual e permanente - perfil profissiográfico previdenciário.

- A atividade desenvolvida pelo autor enquadra-se no item 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64, item 1.1.5 do Anexo I, do Decreto nº 83.080/79 e item 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 que contemplavam a atividade realizada em condições de exposição a ruídos excessivos.

- A questão do nível máximo de ruído admitido está disciplinada no Decreto nº 53.831/64 (80dBA), em razão da manutenção de suas disposições, nas situações não contempladas pelo Decreto de nº 83.080/79.

- As alterações introduzidas na matéria pelo Decreto de nº 2.172, de 05/03/1997, passaram a enquadrar como agressivas apenas as exposições acima de 90 dBA. Tal modificação vem expressa no art. 181 da IN de nº 78/2002, segundo a qual “na análise do agente agressivo ruído, até 05/03/1997, será efetuado enquadramento quando da efetiva exposição for superior a oitenta dBA e, a partir de 06/03/1997, quando da efetiva exposição se situar acima de noventa dBA”.

- A partir de 19/11/2003 o Decreto nº 3.048/99 alterado pelo Decreto nº 4.882/2003 passou a exigir ruído superior a 85 db(A), privilegiando os trabalhos permanentes nesse ambiente.

- O requerente faz jus ao cômputo do labor exercido em condições agressivas, nos interstícios mencionados, no entanto, indevida a conversão, já que o pedido é de aposentadoria especial.
- É verdade que, a partir de 1978, as empresas passaram a fornecer os equipamentos de Proteção Individual – EPI's, aqueles pessoalmente postos à disposição do trabalhador, como protetor auricular, capacete, óculos especiais e outros, destinado a diminuir ou evitar, em alguns casos, os efeitos danosos provenientes dos agentes agressivos.
- Utilizados para atenuar os efeitos prejudiciais da exposição a esses agentes, contudo, não têm o condão de desnaturar atividade prestada, até porque, o ambiente de trabalho permanecia agressivo ao trabalhador, que poderia apenas resguarda-se de um mal maior.
- O autor não cumpriu a contingência, ou seja, o tempo de serviço por período superior a 25 (vinte e cinco) anos, de modo a satisfazer o requisito temporal previsto no art. 57, da Lei nº 8.213/91.
- A decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.
- É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.
- Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.
- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Trata-se de agravo legal, interposto pela Autarquia Federal, em face da decisão monocrática de fls. 264/265 que, nos termos do artigo 557, § 1º-A, deu parcial provimento ao reexame necessário e ao seu apelo, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria especial, restringindo o reconhecimento do labor especial aos períodos de 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008. Fixou a sucumbência recíproca.

Sustenta, em síntese, o uso de EPI eficaz afasta a condição de labor especial. Requer

seja reconsiderada a decisão, ou, caso mantida, sejam os autos apresentados em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Não procede a insurgência da parte agravante.

Neste caso, o julgado dispôs expressamente:

Cuida-se de pedido de concessão de aposentadoria especial.

A sentença julgou procedente o pedido para reconhecer a especialidade da atividade no período de 03/12/1998 a 30/11/2008 e condenar o INSS a conceder aposentadoria especial, desde a data do requerimento administrativo, acrescida de correção monetária e juros de mora. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos da Súmula nº 111, do Superior Tribunal de Justiça.

O reexame necessário foi tido por interposto.

Inconformada, apela a Autarquia sustentando, em síntese, que não restou comprovada a especialidade da atividade, não fazendo jus à aposentadoria pretendida. Pede, caso mantida a condenação, a incidência dos juros de mora de acordo com o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, na redação que lhe deu a Lei nº 11.960/09 e a redução da verba honorária.

Regularmente processados, com contrarrazões subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Com fundamento no art. 557, do C.P.C. e, de acordo com o entendimento firmado nesta Egrégia Corte, decido:

A questão em debate consiste na possibilidade de se reconhecer o trabalho especificado na inicial em condições especiais para propiciar a concessão de aposentadoria especial.

Tal aposentadoria está disciplinada pelos arts. 57, 58 e seus §§ da Lei nº 8.213/91, para os períodos laborados posteriormente à sua vigência e, para os pretéritos, pelo art. 35 § 2º da antiga CLPS.

O benefício é regido pela lei em vigor no momento em que reunidos os requisitos para sua fruição, mesmo tratando-se de direitos de aquisição complexa, a lei mais gravosa não pode retroagir exigindo outros elementos comprobatórios do exercício da atividade insalubre, antes não exigidos, sob pena de agressão à segurança, que o ordenamento jurídico visa preservar. De se observar que, o ente previdenciário já enquadrrou, como especial, os períodos de 01/08/1986 a 02/12/1998 e de 19/04/1982 a 16/06/1986, de acordo com o documento de fls. 146, restando, portanto, incontroversos.

Na espécie, questiona-se o período de 03/12/1998 a 01/12/2008, pelo que a antiga CLPS e a Lei nº 8.213/91, com as respectivas alterações incidem sobre o respectivo cômputo, inclusive quanto às exigências de sua comprovação.

A atividade especial deu-se no interstício de:

- 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008 - agente agressivo: 03/12/1998 a 30/06/1999, ruído de 92,5 db(A); de 01/07/1999 a 30/06/2001, ruído de 89,9 db(A); de 01/07/2001 a 30/06/2006 ruído de 86 db(A) e a partir de 01/07/2006 de 85,6 db(A), de modo habitual e permanente - perfil profissiográfico previdenciário (fls. 25/26).

A atividade desenvolvida pelo autor enquadra-se no item 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64, item 1.1.5 do Anexo I, do Decreto nº 83.080/79 e item 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 que contemplavam a atividade realizada em condições de exposição a ruídos excessivos.

Observe-se que, a questão do nível máximo de ruído admitido está disciplinada no Decreto

nº 53.831/64 (80dBA), em razão da manutenção de suas disposições, nas situações não contempladas pelo Decreto de nº 83.080/79.

Contudo, as alterações introduzidas na matéria pelo Decreto de nº 2.172, de 05/03/1997, passaram a enquadrar como agressivas apenas as exposições acima de 90 dBA. Tal modificação vem expressa no art. 181 da IN de nº 78/2002, segundo a qual “na análise do agente agressivo ruído, até 05/03/1997, será efetuado enquadramento quando da efetiva exposição for superior a oitenta dBA e, a partir de 06/03/1997, quando da efetiva exposição se situar acima de noventa dBA”.

A partir de 19/11/2003 o Decreto nº 3.048/99 alterado pelo Decreto nº 4.882/2003 passou a exigir ruído superior a 85 db(A), privilegiando os trabalhos permanentes nesse ambiente. Assim, o requerente faz jus ao cômputo do labor exercido em condições agressivas, nos interstícios mencionados, no entanto, indevida a conversão, já que o pedido é de aposentadoria especial.

Nesse sentido, destaco:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO.

É especial o período trabalhado em atividades classificadas como insalubres no D. 53.831/64 e no D. 83.080/79.

Comprovado o exercício de mais de 25 anos de serviço em atividades especiais, concede-se a aposentadoria especial.

Remessa oficial desprovida.”

(TRF - 3ª Região - REOAC 200560020003519 - REOAC - Remessa Ex Officio em Apelação Cível - 1241921 - Décima Turma - DJU data: 06/02/2008, pág.: 714 - rel. Juiz Castro Guerra)

É verdade que, a partir de 1978, as empresas passaram a fornecer os equipamentos de Proteção Individual - EPI's, aqueles pessoalmente postos à disposição do trabalhador, como protetor auricular, capacete, óculos especiais e outros, destinado a diminuir ou evitar, em alguns casos, os efeitos danosos provenientes dos agentes agressivos.

Utilizados para atenuar os efeitos prejudiciais da exposição a esses agentes, contudo, não têm o condão de desnaturar atividade prestada, até porque, o ambiente de trabalho permanecia agressivo ao trabalhador, que poderia apenas resguarda-se de um mal maior.

A orientação desta Corte tem sido firme neste sentido.

Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TESTEMUNHAS. DECLARAÇÃO DE EX-EMPREGADOR. ATIVIDADE ESPECIAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DIREITO ADQUIRIDO. COMPROVAÇÃO MEDIANTE LAUDO TÉCNICO. EPI. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRESCINDÍVEL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - (...)

VI - O uso de equipamento de proteção individual - EPI não descaracteriza a natureza especial da atividade, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos.

VII - O caráter insalubre ou perigoso da atividade exercida, por si só, autoriza que o período seja considerado como tempo de serviço especial para fins previdenciários, independentemente do direito trabalhista que o segurado possa ter à percepção do adicional correspondente.

VIII - Não faz jus o autor à aposentadoria por tempo de serviço, vez que não atinge o tempo mínimo necessário para a obtenção do benefício.

IX - Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com suas despesas, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

X - Remessa oficial e apelação do réu parcialmente providas.”

(Origem: Tribunal - Terceira Região; Classe: AC - Apelação Cível - 936417; Processo: 199961020082444; UF: SP; Órgão Julgador: Décima Turma; Data da decisão: 26/10/2004; Fonte: DJU, Data: 29/11/2004, página: 397. Data Publicação: 29/11/2004; Relator: Juiz SERGIO NASCIMENTO).

Assentados esses aspectos, tem-se que o autor não cumpriu a contingência, ou seja, o tempo de serviço por período superior a 25 (vinte e cinco) anos, de modo a satisfazer o requisito temporal previsto no art. 57, da Lei nº 8.213/91.

Em face da inversão do resultado da lide, restam prejudicados os demais pontos do apelo autárquico.

Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com suas despesas, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos.

Pelas razões expostas, nos termos do artigo 557, § 1º-A, dou parcial provimento ao reexame necessário e ao apelo do INSS, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria especial, restringindo o reconhecimento do labor especial aos períodos de 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008. Fixada a sucumbência recíproca.

Tem-se que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao Código de Processo Civil ou aos princípios do direito.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A discussão acerca da possibilidade de o relator decidir o recurso interposto isoladamente, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, encontra-se superada no âmbito desta Colenda Turma. A jurisprudência firmou-se no sentido de que, tratando-se de recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, inocorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso.

II - Na verdade, a reforma manejada pela Lei 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado.

(...)

(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 727716; Processo: 200500289523; UF: CE; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data da decisão: 19/04/2005; Documento: STJ000610517; Fonte: DJ; Data: 16/05/2005; página:412; Relator: GILSON DIPP)

EMENTA: Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal Classe: RE-AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

Por fim, é assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa nos julgados desta C. Corte, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

Nesse sentido, destaco:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO PREVISTO NOS ARTS. 250 E 251 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ADESÃO DA EMBARGANTE AO REFIS - DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE EXTINÇÃO DO FEITO, NOS TERMOS DO ART. 269, V, DO CPC - AUSÊNCIA DE RENÚNCIA EXPRESSA - AGRAVO IMPROVIDO.

1. Decisão que indeferiu pedido de extinção do feito, formulado pelo INSS com fulcro no art. 269, V, do CPC, sob o fundamento de que a embargante não renunciou expressamente ao direito sobre que se funda a ação.

2. Considerando que a extinção do feito, nos termos do art. 269, V, do CPC se consubstancia em julgamento de mérito, é necessário que haja renúncia expressa do direito em que se funda a ação, da parte autora, o que, na hipótese, não ocorreu.

3. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto nos arts. 250 e 251 da Regimento Interno desta Corte Regional, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando, como no caso, bem fundamentada e sem qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

4. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - Apelação Cível nº 338444 - autos nº 96.03.073621-0-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 22.11.2006 - p. 154) - grifei

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO SUJEITA A RECURSO PRÓPRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 8º DA LMS.

1 - É incabível a concessão do writ contra decisão judicial sujeita a recurso próprio. O mandado de segurança não é sucedâneo recursal. Art. 5º, Lei nº 1.533/51. Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal.

2 - O entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça é no sentido de que em sede de agravo regimental não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator, quando bem fundamentada, e desde que ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

3 - Agravo regimental desprovido.

(TRF 3ª Região - Primeira Seção - Mandado de Segurança nº 171134 - autos nº 96.03.013348-5-SP - Relator Juiz Federal Convocado Rubens Calixto - DJU 08.10.2002 - p. 324) - grifei

Assim, não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

APELAÇÃO CÍVEL
0042285-08.2013.4.03.9999
(2013.03.99.042285-2)

Apelante: MAURO BUENO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ITAPORANGA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA VANESSA MELLO
Classe do Processo: AC 1925901
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - SENTENÇA *CITRA PETITA* - EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA QUANTO A UM DOS PEDIDOS - DESAPOSENTAÇÃO - DECADÊNCIA - DEVOLUÇÃO DOS VALORES - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I. Configurada hipótese de sentença *citra petita* quanto a parte do pedido. O parágrafo 1º do art. 515 do CPC, editado em atenção aos princípios processuais da economia processual e instrumentalidade, permite ao Tribunal o conhecimento integral da matéria, a apreciação e o julgamento de questões suscitadas e discutidas nos autos, mas não decididas por inteiro na sentença, no que a doutrina denomina sentença “*citra petita*”, não sendo necessária a anulação da sentença recorrida.

II. Quanto ao reconhecimento de coisa julgada na sentença prolatada, o próprio autor, em embargos de declaração à sentença e em apelação, não reiterou o pedido relativo à revisão do benefício que ora recebe, com o afastamento do fator previdenciário. Assim, a extinção sem resolução do mérito quanto a tal pedido deve ser mantida.

III - Ressalto apenas que o fundamento da ação ajuizada no Juizado Especial Federal de Sorocaba, que já transitou em julgado, objetivava o afastamento da incidência do fator previdenciário, pela sua inconstitucionalidade, e não por direito adquirido anteriormente ao requerimento, como consta do fundamento analisado na presente ação.

IV - De qualquer modo, mesmo mantida a extinção sem resolução do mérito quanto ao pedido de aplicação do fator previdenciário, o interesse de agir quanto a tal tópico remanesce apenas quanto à condenação em litigância de má-fé, e quanto à revogação dos efeitos da gratuidade da justiça.

V - Desse modo, como os fundamentos aqui trazidos são diversos daqueles que embasaram a ação ajuizada no JEF/Sorocaba, reformo a sentença em tais tópicos, mantendo a gratuidade da justiça e excluindo da condenação a condenação em litigância de má-fé, não configurada, no caso.

VI - Quanto à desaposentação, o pedido inicial é de renúncia a benefício previdenciário e não de revisão de sua renda mensal inicial, não havendo que se falar em decadência. O STJ já decidiu a matéria em sede de recurso repetitivo, julgamento em 27/11/2013 (RESP 1348301).

VII - Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema,

e não a compor fundo privado com contas individuais.

VIII - O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

IX - As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

X - Não se trata de renúncia, uma vez que o(a) apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

XI - A desaposentação não se legitima com a devolução dos valores recebidos porque não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

XII - Pendente de análise pelo STF a questão constitucional, em sede de repercussão geral.

XIII - Apelação parcialmente provida para afastar a revogação da gratuidade da justiça e a condenação em litigância de má-fé.

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, 15 de dezembro de 2014.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO (Relatora):

Cuida-se de ação processada sob o rito ordinário, com pedido de desaposentação, proposta por MAURO BUENO, inscrito no cadastro de pessoas físicas do Ministério da Fazenda sob o nº 015.762.759-49, em face do INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

O autor tem por escopo obter benefício mais vantajoso.

Requer, inicialmente, a renúncia da aposentadoria por tempo de serviço percebida, e a concessão de aposentadoria por idade, sem o fator previdenciário. Pede sejam consideradas as contribuições vertidas antes, durante e após aposentar-se por tempo de serviço até a data em que completou 65 (sessenta e cinco) anos de idade, mais precisamente em 03/07/2008. Condiciona o pedido à verificação do benefício mais vantajoso. Subsidiariamente, requer seja determinada a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria atualmente percebida, sem a utilização do fator previdenciário. Alega, em relação ao primeiro pedido, que possuía mais de 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço, antes da instituição do fator previdenciário, o

que lhe daria direito à exclusão pretendida.

Com a inicial, juntou documentos aos autos.

Em contestação, o INSS trouxe aos autos a informação de que o autor já havia ajuizado ação anterior, no Juizado Especial Federal de Sorocaba, pleiteando a exclusão do fator previdenciário da aposentadoria ora percebida. Trouxe razões relativas à impossibilidade de efetivação da desaposentação.

O autor se manifestou quanto à contestação. Alegou que, “no presente caso, o afastamento do fator previdenciário baseia-se na idade do autor, ou seja, mais de 65 anos e portanto, detentor do direito da aposentadoria por idade, bem como, no fato de quando da entrada em vigor da lei que instituiu o fator previdenciário, o autor já detinha o direito de se aposentar, pois já detinha mais de 35 anos de contribuição aos cofres previdenciários”. No mais, sustentou a possibilidade de desaposentação.

A sentença extinguiu o feito sem resolução do mérito, uma vez que configurada a coisa julgada, nos termos do art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil. Condenou a parte autora ao pagamento das custas, demais despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento), incidente sobre o valor da causa atualizado. Em razão da litigância de má-fé, condenou o autor e seu advogado, solidariamente, ao pagamento, em favor da autarquia, de multa de 1% (um por cento) do valor da causa atualizado, bem como indenização de 20% (vinte por cento), também do valor da causa, em decorrência do dano processual, nos termos do art. 18, *caput*, e § 2º, do Código de Processo Civil. Em razão do uso abusivo, revogou a gratuidade da justiça anteriormente concedida.

Foram opostos embargos de declaração, ao argumento de que “o pedido na presente ação é diverso do que foi intentado na ação anterior, aqui se pretende a desaposentação, ou seja, o cancelamento da aposentadoria atual (por tempo de contribuição/serviço), para que seja implantada uma nova aposentadoria, qual seja, aposentadoria por idade, por ser essa, mais vantajosa ao autor”. Acrescenta que “na presente demanda se pleiteia a desaposentação, e não ao exclusão do fator previdenciário, e nem tampouco a revisão da RMI”.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

O autor apelou, pleiteando a reforma integral da sentença, reiterando a inocorrência da coisa julgada, pois o pedido não é de revisão da renda mensal inicial da aposentadoria que ora recebe, e sim de renúncia de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com a implantação de nova aposentadoria, dessa vez por idade. Insurgiu-se quanto à condenação em pena de litigância de má-fé, e também quanto à revogação da gratuidade da justiça.

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

É o relatório.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO (Relatora):

Primeiramente, verifica-se que a sentença é *citra petita*, deixando de analisar a questão da desaposentação.

Veja-se a lição do mestre Humberto Theodoro Júnior, *in* “Curso de Direito Processual Civil”, 40ª edição, 2003, Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 464-465:

A sentença *extra petita* incide em nulidade porque soluciona a causa diversa da que foi proposta através do pedido. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz defere uma prestação diferente da qual lhe foi proposta, como quando defere a prestação pedida mas com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação. Quer isto dizer que não é lícito ao julgador alterar o pedido, nem tampouco a *causa petendi*. É ainda *extra petita*, em face do art. 128, a sentença que acolhe, contra o pedido, exceção não constante da defesa do demandado, salvo se a matéria for daquelas cujo conhecimento de ofício pelo juiz seja autorizado por lei (exemplo art. 267, § 3º).

(...)

O defeito da sentença *ultra petita*, por seu turno, não é totalmente igual ao da *extra petita*. Aqui o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460).

A nulidade é então, parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que ao julgar o pedido da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido.

(...)

A sentença, enfim, é *citra petita* quando não examina todas as questões propostas pelas partes.. (grifo nosso)

(...)

Cumpre citar que o exame imperfeito ou incompleto de uma questão não induz nulidade da sentença, porque o tribunal tem o poder de, no julgamento da apelação, completar tal exame, em face do efeito devolutivo assegurado pelo art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil.

Evidente, portanto, que não obstante a existência de vício no julgado recorrido, não se trata de hipótese que exija a anulação da sentença, pois possível a retificação do equívoco nesta instância recursal, o que atende os princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo. Além disso, o próprio autor, em apelação, pleiteou o julgamento do mérito relativamente a tal período, não levantando a hipótese de eventual anulação.

No mais, quanto à alegação de coisa julgada, verifico que o próprio autor, em embargos de declaração à sentença e em apelação, não reiterou o pedido relativo à revisão do benefício que ora recebe.

Assim, a extinção sem resolução do mérito quanto ao pedido referenciado deve ser mantida.

Ressalto apenas que o fundamento da ação ajuizada no Juizado Especial Federal de Sorocaba, acobertada pela cláusula do trânsito em julgado, objetivava o afastamento da incidência do fator previdenciário, pela sua inconstitucionalidade, e não por direito adquirido em momento antecedente ao requerimento, como consta do fundamento analisado na presente ação.

De qualquer modo, mantida a extinção sem resolução do mérito quanto ao pedido de aplicação do fator previdenciário, pela inconstitucionalidade, nem todos os pedidos devem ser extintos. Remanescem o interesse de agir quanto à data de incidência do fator previdenciário, no que pertine à condenação em litigância de má-fé, e no que alude à revogação dos efeitos da gratuidade da justiça.

Como os fundamentos aqui trazidos são diversos daqueles que embasaram a ação ajuizada no JEF/Sorocaba, reformo a sentença em tais tópicos, mantendo a gratuidade da justiça. Excluo da condenação a imposição oriunda de litigância de má-fé, não configurada, no caso.

No mais, passo à análise do pedido de desaposentação, uma vez que o INSS já contestou a matéria.

Não há que se falar em decadência ou em prescrição. O prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/91, com a redação dada pelas Leis 9.528/97, 9.711/98 e 10.839/2004, incide somente para os pedidos de revisão do ato de concessão do benefício, o que não é o caso dos autos. A prescrição, nas relações jurídicas de natureza continuativa, não atinge o fundo do direito, mas apenas as prestações compreendidas no quinquênio anterior à propositura da ação. É o que se extrai do verbete de nº 85 do STJ. Referido Tribunal já decidiu a matéria em sede de recurso repetitivo, julgamento em 27/11/2013 (RESP 1348301).

O raciocínio desenvolvido pela parte apelante é simples e assim pode ser resumido: como venho contribuindo para o sistema, mesmo depois de aposentado, tenho o direito a considerar essas novas contribuições, ainda que, para isso, tenha de renunciar ao benefício atual, fazendo-o com posterior requerimento, perante o RGPS - Regime Geral da Previdência Social.

Talvez o raciocínio pudesse ser empregado se estivessemos diante de regime de previdência de capitalização, em que o segurado financia o próprio benefício para uma espécie de fundo de administração, cuja finalidade seria a concessão de um benefício futuro com base em tais contribuições.

Contudo, não foi esse o sistema de previdência adotado pelo constituinte de 1988, pois que optou por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais. Basta constatar as disposições dos arts. 194 e 195 da Constituição Federal, desde sua redação original.

Não há espaço para imaginar que as contribuições vertidas pelos segurados seriam destinadas à composição de cotas a serem utilizadas, posteriormente, em uma eventual aposentadoria.

O fato de o sistema prever o cálculo do benefício segundo a média salarial percebida pelo segurado, denominada salário-de-benefício, em momento antecedente ao requerimento do benefício ou ao afastamento da atividade reflete mera escolha do legislador. É o que se extrai da leitura do art. 29, da Lei nº 8.213/91. Para tanto, basta observar que, para os servidores públicos, foi prevista sistemática diversa, com base na última remuneração, se observados os pressupostos.

Nesse contexto é que se insere o art. 18, § 2º, da Lei 8213/91, que, em todas as suas redações, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles expressamente relacionados:

Art.18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2 O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Por isso, não se pode nem mesmo cogitar do pagamento de qualquer benefício que não os ali elencados, e, muito menos, de levar o período laboral utilizado para a concessão do benefício no RGPS para regime diverso.

O tema relativo às contribuições vertidas ao sistema após a aposentação foi levado à apreciação do STF por ocasião do julgamento da ADI 3105-DF, em que se apreciou a constitu-

cionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos de que tratou a EC 41/2003. Segue a ementa:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

(Tribunal Pleno, ADI 3105 / DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ o Acórdão Min. CEZAR PELUSO, julgamento 18/08/2004, DJ 18-02-2005)

O que se questionava, dentre outros pontos, era a possibilidade de instituição de contri-

buições previdenciárias sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos se tais servidores jamais seriam beneficiados por elas - nas palavras do Min. Marco Aurélio: “contribuições para o ALÉM”.

Concluiu-se que, dentro do sistema previdenciário eleito pelo constituinte, os servidores inativos, por integrarem a sociedade, não poderiam invocar o direito de não contribuir, pois suas contribuições destinavam-se, também, a financiar todo o sistema, razão pela qual a exação foi tida por constitucional.

Embora não se trate, aqui, de contribuições incidentes sobre aposentadorias, o raciocínio a ser empregado é o mesmo, pois que, no passado, após a jubilação, o aposentado por tempo de serviço que permanecesse em atividade sujeita ao RGPS só tinha direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios (arts. 18 e 81, II, da Lei 8213/91). Com a extinção de tal benefício, pela Lei 8870/94, passou a ter direito somente ao salário-família e à reabilitação profissional. De modo que, com o seu retorno à atividade, suas contribuições passaram a financiar todo o sistema, não se destinando ao incremento de sua aposentadoria no RGPS ou ao acréscimo de tempo de serviço a ser levado a outro regime de previdência.

Pela clareza do posicionamento, transcrevo parte do voto do Min. Cezar Peluso, relator designado para o acórdão:

...

Sem avançar compromisso quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das modificações impostas, sublinho mais uma vez que, com o advento da Emenda nº 41/2003, o regime previdencial deixou de ser eminentemente contributivo para se tornar contributivo e solidário, como se infere límpido à redação que emprestou ao art. 40, *caput*, da Constituição da República.

15. Ditaram essa transmutação do regime previdencial, entre outros fatores político-legislativos, o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime.

Essa mesma tendência, observada já à época das Emendas nº 3/93 e nº 20/98, é que esteve à raiz das transformações do regime eminentemente solidário, em vigor antes da EC nº 3/93, para outro que, como regime contributivo e solidário, adotava a contribuição dos servidores ativos (art. 40, § 6º, acrescido pela EC nº 3/93), e, depois, para regime predominantemente contributivo, o da EC nº 20/98.

A crise estrutural dos sistemas previdenciários estatais não é fenômeno recente, nem circunscrito ao país. Relatório do Banco Mundial, sob o título de “Averting the Old Age Crisis, Policies to Protect the Old and Promote Growth”, de 1994, já revelava tratar-se de persistente problema global. São patentes a atualidade e a pertinência do diagnóstico:

“O aumento da insegurança na velhice é um problema mundial, mas suas manifestações são diferentes nas diversas partes do mundo. Na África e em regiões da Ásia, os idosos compõem pequena parcela da população e há muito têm sido amparados por largas medidas familiares, cooperativas de ajuda mútua e outros mecanismos informais. Planos formais que envolvem o mercado ou o governo são rudimentares.

Mas, assim como a urbanização, mobilidade, guerras e a miséria enfraquecem a assistência familiar e os laços comunitários, os sistemas informais sentem-lhes o impacto. E este impacto é tanto maior onde a proporção da população dos idosos cresce rapidamente, em conseqüência dos progressos da medicina e do declínio da fertilidade. Para atender a essas novas necessidades, vários países asiáticos e africanos estudam mudanças fundamentais no modo com que provêem à seguridade social do idoso. O desafio é mudar para um sistema formal baseado

na chamada garantia de renda, sem acelerar o declínio dos sistemas informais e sem trazer ao governo mais responsabilidades do que possa suportar.

Na América Latina, Leste Europeu e na ex-União Soviética, que já não podem sustentar os programas formais de seguridade social ao idoso, introduzidos há muito tempo, é ainda mais urgente a necessidade de reavaliar políticas.

Aposentadorias precoces e benefícios generosos têm exigido elevadas cargas de contribuições, acarretando difusa evasão fiscal.

O amplo setor informal da economia em muitos países da América Latina, por exemplo, reflete, em parte, os esforços de trabalhadores e empregadores para escaparem às contribuições sobre os salários. As conseqüentes distorções no mercado de trabalho, nesses países e em outras regiões, reduzem a produtividade, empurrando a carga das contribuições e o índice de evasão para níveis mais elevados, da mesma forma que a redução dos investimentos de longo prazo e da acumulação de capital refreiam o crescimento econômico. Não surpreende, então, que tais países não têm sido capazes de pagar os benefícios prometidos. A maioria diminuiu o custo dos benefícios, ao permitir que a inflação lhes corroesse os valores reais. Quando o Chile enfrentou tais problemas há quinze anos, reformou a estrutura de seu sistema. Outros países latino-americanos estão passando por mudanças estruturais similares, e alguns países do Leste Europeu os estão observando. O desafio é encontrar um novo sistema e um caminho de transição que seja aceitável pelo idoso, que foi induzido a esperar mais, e que ao mesmo tempo seja sustentável e estimule o progresso para os jovens. Países membros da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) enfrentam problemas semelhantes, estagnadas, que se encontram, a idade de suas populações e sua produtividade. Programas públicos de seguridade social que cobrem praticamente toda a população têm pago elevados proventos de aposentadorias durante as últimas três décadas de prosperidade, enquanto a pobreza se reduziu mais rápido entre os idosos que entre os jovens. Mas, através das próximas duas décadas, a carga dos tributos tende a aumentar em muitos pontos percentuais, ao passo que o valor dos benefícios tende a cair. Isso intensificará o conflito entre as gerações de aposentados (alguns dos quais ricos), que recebem pensões públicas, e os jovens trabalhadores (alguns dos quais pobres), que estão pagando altas taxas para financiar esses benefícios, mas que nunca poderão reembolsar-se.

Tais modelos de seguridade social podem, ademais, desencorajar o emprego, a poupança, e o capital produtivo, contribuindo desse modo para estagnação da economia. Muitos países da OECD parecem inclinar-se para adoção de sistema que combine planos de pensão públicos, - destinados a atender às necessidades básicas, com planos privados de pensão ou programas pessoais de poupança, para satisfazer às cada vez mais elevadas exigências das classes média e alta. O desafio é introduzir reformas que sejam boas para o país, a longo prazo, ainda que isso implique subtração de benefícios esperados por alguns grupos, em curto prazo.

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob juízo isento e desapaixonado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao Direito, porque subjaz como fonte da razão normativa (ratio iuris) à aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário.

16. Conforme já notamos, a vigente Constituição da República, moldou um sistema de seguridade social baseado nos objetivos ou princípios capitulados no art. 194, § único, que reza: “I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante a gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

O art. 195, *caput*, firmou outro princípio sistemático fundamental, agora para definição do alcance das fontes de custeio, preceituando que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta”, e, no § 5º, editou a chamada regra de contrapartida, que dispõe: nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

O art. 40, *caput*, com a redação dada pela EC nº 41/2003, assegura aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações, regime previdenciário de “caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.

E o art. 4º da EC nº 41/2003 impôs aos inativos e pensionistas, em gozo de benefícios à data de sua publicação, a obrigação de contribuir para o custeio do regime de que trata aquele art. 40. Mas arguem, em suma, os requerentes que seria inválida tal imposição, e sua invalidez decorreria da ausência de causa suficiente para a contribuição (i), de ofensa ao direito adquirido (ii) e ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos (iii), de bitributação em relação ao imposto de renda (iv) e de lesão ao princípio da isonomia (v).

17. Abstraída a demonstração, anterior e exaustiva, da sua substancial fraqueza retórica, os três primeiros argumentos (i, ii e iii) enganam-se ainda ao pressupor ao regime previdenciário constitucional, como premissa indisfarçável do raciocínio, um cunho eminentemente capitalizador e contributivo, entendido segundo a matriz da relação jurídica de direito privado, de perfil negocial ou contratual, que é domínio dos interesses patrimoniais particulares e disponíveis.

Sua lógica está em que, se o servidor contribuiu durante certo período, sob hipotética promessa constitucional de contraprestação pecuniária no valor dos vencimentos durante a aposentadoria, teria então, ao aposentar-se, direito adquirido, ou adquirido direito subjetivo a perceber proventos integrais. Desconto da contribuição, pelo outro contraente, tipificaria aí redução, sem causa jurídica, do valor da contraprestação pré-acordada.

Ninguém tem dúvida, porém, de que o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da Constituição da República, não é nem nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado, e, tampouco de que o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo predestinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, que é terreno privilegiado de transcendentais interesses públicos ou coletivos.

18. O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice, e, conforme o art. 195 da Constituição da República, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se princípio estrutural da solidariedade.

Diferentemente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão financia a própria aposentadoria contribuindo para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso constituinte adotou um regime público de solidariedade, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não, a compor fundo privado com contas individuais.

Os servidores públicos em atividade financiavam os inativos e, até a EC nº 3/93 os servidores ativos não contribuía, apesar de se aposentarem com vencimentos integrais, implementadas certas condições. A EC nº 20/98 estabeleceu regime contributivo e, com coerência, obrigou à observância do equilíbrio financeiro e atuarial, enquanto princípios mantidos pela EC nº 41/2003.

Teria, com isso, a Emenda instituído regime semelhante ou análogo ao chileno? A resposta é imediatamente negativa.

O regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, mas sem prejuízo do respeito aos objetivos ou princípios constantes do art. 194, § único, quais sejam: i) universalidade; ii) uniformidade; iii) seletividade e distributividade; iv) irredutibilidade; v) equidade no custeio; vi) diversidade da base de financiamento. Noutras palavras, forjou-se aqui um regime híbrido, submisso a normas de direito público e caracterizado, em substância, por garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo.

Os elementos sistêmicos figurados no “tempo de contribuição”, no “equilíbrio financeiro e atuarial e na ‘regra de contrapartida’ não podem interpretar-se de forma isolada, senão em congruência com os princípios enunciados no art. 194, § único, da Constituição”.

Da perspectiva apenas contributiva (capitalização), seria inconcebível concessão de benefício previdenciário a quem nunca haja contribuído (universalidade e distributividade) e, muito menos, preservação do valor real da prestação (irredutibilidade do valor) e sua revisão automática proporcional à modificação da remuneração dos servidores em atividade (art. 7º da EC nº 41/2003), o que, na aguda percepção do Min. OCTÁVIO GALLOTTI, importa, não mera atualização, mas elevação do valor intrínseco da moeda.

Não é esse o perfil de nosso sistema previdenciário.

19. O art. 3º da Constituição tem por objetivos fundamentais da República: “i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ... iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

A previdência social, como conjunto de prestações sociais (art. 7º, XXIV), exerce relevante papel no cumprimento desses objetivos e, nos claros termos do art. 195, *caput*, deve ser financiada por toda a sociedade, de forma equitativa (art. 194, § único, V). De modo que, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria, senão concorrendo também, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se.

Não quero com isso, é óbvio, sugerir que o valor da contribuição seja de todo alheio à dimensão do benefício, pois, o caráter contributivo, o equilíbrio atuarial, a regra de contrapartida e a equidade na repartição dos custos do sistema impedem se exijam ao sujeito passivo valores desarrazoados ou desproporcionais ao benefício por receber, enfim de qualquer modo confiscatórios. Os limites estão postos no sistema e devem analisados em conjunto.

20. No caso, relevam apenas os limites quanto à sujeição passiva.

Quanto aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria, a Constituição delimita-lhes, ainda que de forma indireta, os fatos geradores e os sujeitos passivos possíveis, ao predefinir as respectivas materialidades nos arts. 145, II, III, 153, 155 e 156.

Em relação aos empréstimos compulsórios e às outras contribuições, traça-lhes apenas finalidades vinculantes, mediante outorga de competência à União para instituir os primeiros com o fito de “atender a despesas extraordinárias” (art. 148, I) e a “investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional” (art. 148, II), e, as segundas, para fins “de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas” (art. 149, *caput*).

E, no que concerne às contribuições sociais, em cuja classe entram as contribuições previdenciárias, a Constituição lhes predefine algumas materialidades, com especificação do fato gerador, da base de cálculo e do sujeito passivo, reservando competência à União para instituir “outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I” (art. 195, § 4º). Às demais contribuições limita-se a apontar a finalidade, a destinação e o regime jurídico, sem explicitar os fatos geradores nem os sujeitos passivos, os quais serão, pois, identificados dentre aqueles que guardem nexos lógico-jurídico com a finalidade constitucional do tributo.

21. Como se vê, o singular regime constitucional das contribuições responde a variantes axiológicas diversas daquelas que inspiram e orientam o dos impostos e das taxas.

O sujeito passivo não se define como tal na relação jurídico-tributária da contribuição por manifestar capacidade contributiva, como se dá nos impostos, nem por auferir benefício ou contraprestação do Estado, como se passa com as taxas, mas apenas por pertencer a um determinado grupo social ou econômico, identificável em função da finalidade constitucional específica do tributo de que se cuida. Ao propósito, acentua a doutrina:

“Um segundo conceito vai definir a estrutura das contribuições. Para os impostos, este segundo conceito é o de manifestação de capacidade contributiva; para as taxas é a fruição individual da atividade estatal e, para as contribuições, é a qualificação de uma finalidade a partir da qual é possível identificar quem se encontra numa situação diferenciada pelo fato de o contribuinte pertencer ou participar de um certo grupo (social, econômico, profissional). Isto leva à identificação de uma razão de ser diferente para cada uma das figuras.

Se alguém perguntar: por que pagam-se impostos? Eu responderia que pagam-se impostos porque alguém manifesta capacidade contributiva e, por isso, pode arcar com o ônus fiscal. Por que paga-se taxa? Paga-se taxa porque o contribuinte usufrui de certa atividade estatal ou recebe certa prestação, daí a idéia de contraprestação. E, por que paga-se contribuição? Paga-se contribuição porque o contribuinte faz parte de algum grupo, de alguma classe, de alguma categoria identificada, a partir de certa finalidade qualificada constitucionalmente, e assim por diante. Alguém ‘faz parte’, alguém ‘participa de’ uma determinada coletividade, encontrando-se em situação diferenciada, sendo que, desta participação, pode haurir, eventualmente (não necessariamente), determinada vantagem.

O critério apóia-se numa qualidade (= fazer parte) e não numa essência (= fato determinado) ou utilidade (= benefício/vantagem).” (MARCO AURÉLIO GRECO, Contribuições, ..., p. 83). Com as mudanças introduzidas pela EC nº 41/2003, tem-se a existência teórica de três grupos de sujeitos passivos da contribuição previdenciária: i) os aposentados até a data da publicação da Emenda; ii) os que se aposentaram após a data da sua edição, tendo ingressado antes no serviço público; iii) os que ingressaram, ingressarão e se aposentaram, tudo após a publicação da Emenda.

Os do primeiro grupo aposentaram-se, de regra, com vencimentos integrais; os do segundo grupo, numa fase de transição, também poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as normas do art. 6º da EC nº 41/2003; e os componentes do terceiro grupo poderão, no caso do § 14 do art. 40 da Constituição, sujeitar-se ao limite atribuído ao regime geral da previdência (art. 201) e equivalente a dez salários mínimos.

Os servidores aposentados antes da edição da EC nº 41/2003 não estão à margem do grupo sócio-econômico, conexo à finalidade da previdência social; antes, porque sua subsistência pessoal depende diretamente dos benefícios pagos, interessa-lhes sobremodo a manutenção do sistema.

A circunstância de estarem aposentados não lhes retira de per si a responsabilidade social pelo custeio, senão que antes a acentua e agrava, à medida que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa. Enquanto os primeiros se aposentaram com os vencimentos integrais, os que ingressarem após a edição da Emenda poderão, pelo regime público (art. 40, § 14) receber, no máximo, o valor correspondente a dez salários mínimos, com abstração do montante dos vencimentos percebidos à época da aposentadoria. E, porque os servidores só entraram a contribuir desde a Emenda Constitucional nº 3/93, existem, ou podem existir, servidores agora inativos com proventos equivalentes à última remuneração, sem nunca terem contribuído para o custeio do sistema.

Esse tratamento tributário diferenciado encontra justificação no conjunto de elementos político-normativos representados pelo caráter contributivo do sistema, pela obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro, pelo imperativo de solidariedade social, pela distribuição equitativa dos encargos do custeio e pela diversidade da base de financiamento. Seria des-

proporcional e, até injusto, sobrecarregar o valor da contribuição dos servidores ativos para concorrerem à manutenção dos benefícios integrais dos inativos, sabendo-se que os servidores ora em atividade (grupo iii) poderão, à aposentadoria, receber, no máximo, proventos cujo valor não ultrapassará dez salários mínimos, de modo que, fosse outro o tratamento, contribuiriam, para manter benefícios equivalentes a proventos integrais, mas receberiam até o limite do regime geral da previdência.

O caráter contributivo e solidário da previdência social impede tal distorção, que afrontaria ainda o princípio da “equidade na forma de participação de custeio”, objeto do art. 194, § único, IV, da Constituição da República.

Conforme se vê, as contribuições vertidas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposestação e em aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

“Renúncia”, no caso, é a denominação utilizada para contornar o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico. A ausência de previsão legal reflete, precisamente, a proibição, e não a permissão de contagem do tempo, pois que, em termos de sistema, o aposentado por tempo de serviço que retorna ou permanece em atividade contribui para o regime como um todo.

Todavia, não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, almeja, em verdade, trocar o que recebe por outro mais vantajoso.

Ademais, que renúncia é essa em que não se cogita de devolução de tudo o que foi recebido a título de aposentadoria por tempo de serviço?

Ainda que o autor manifeste interesse em devolver os valores dos proventos da aposentadoria que vem recebendo, o pedido não poderia ser atendido. A ausência de previsão legal obsta a referida devolução. Isso porque não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. O apelante fez as opções erradas - ou certas, segundo o raciocínio que empreendeu à época em que requereu a aposentadoria. Não pode, agora, pleitear que toda a coletividade arque com o pagamento de benefício para o qual não há suporte legal e, muito menos, fonte de custeio.

A adoção da tese defendida pelo apelante poderá levar a situações em que todo segurado do RGPS, potencialmente, todos os anos comparecerá ao Judiciário para pleitear a revisão de seu benefício, pois com a incidência do fator previdenciário sobre a média salarial, a cada ano trabalhado poderá fazer incidir sobre o mesmo a sua idade - mais avançada - e o novo tempo de contribuição - mais um ano.

O sistema previdenciário brasileiro tem se orientado no sentido de evitar a aposentadoria precoce, pois que isso vem exigindo enorme carga de contribuições da sociedade.

No caso das aposentadorias por tempo de serviço, a alternativa encontrada foi a de diminuir, drasticamente, o valor do benefício, pois isso põe o segurado a pensar se vale a pena pleitear o benefício prematuramente em troca de uma inatividade com poucos recursos.

Ora, se o objetivo sempre foi esse, qual seria a lógica da desaposestação? Conceder a desaposestação equivaleria a permitir exatamente o contrário, estimulando o aproveitamento do tempo de serviço laborado após a aposentação, para fins de incremento do valor do benefício, ao argumento de ausência de proibição legal/constitucional.

A se admitir tal tese, estaria consolidada, definitivamente, a autorização para a aposentadoria precoce, pois que nenhum trabalhador abriria mão de se aposentar mais cedo,

recebendo de duas fontes - uma, pública: a aposentadoria; e a outra, privada: os salários da empresa; ou, no caso de servidor público, da remuneração do cargo ocupado -, pois que teria direito de acrescentar mais tempo de serviço àquele que considerou por ocasião da concessão do benefício originário.

E isso funcionaria em qualquer regime. No RPPS - Regime Próprio de Previdência Social, com o cancelamento do benefício originário (aposentadoria por tempo de serviço proporcional ou integral), concedido no âmbito do RGPS, e expedição de certidão de tempo de serviço laborado em tal regime para averbá-lo junto ao ente público estatal. No RGPS - Regime Geral de Previdência Social, afastando o coeficiente de cálculo da aposentadoria proporcional ou, mesmo o fator previdenciário, importantes limitadores do salário de benefício e, consequentemente, do valor da renda mensal da aposentadoria. Tudo isso com enorme aumento do passivo do sistema sem qualquer autorização legal, em manifesta contrariedade ao que dispõe o art. 195, § 5º, da Constituição Federal.

Dir-se-á que a norma é destinada aos legisladores, mas como extrair da legislação autorização de novo cálculo do benefício, com nova contagem de tempo de serviço posterior ao jubileamento sem qualquer previsão legal, mínima que seja?

Ou se dirá, ainda, que tal interpretação decorre do sistema. Mas, é precisamente a interpretação sistemática do ordenamento jurídico que conduz à conclusão da impossibilidade de majoração do valor do benefício por conta de um tempo de serviço laborado posteriormente à concessão da aposentadoria, pois que o único benefício pecuniário que era permitido - o pecúlio - foi revogado, e os coeficientes de cálculo das aposentadorias por tempo de serviço, concedidas prematuramente, têm sido cada vez menores por conta da incidência do fator previdenciário, que levam em conta o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida do segurado ao se aposentar.

Por outro lado, se a desaposentação é permitida por nosso sistema previdenciário, qual o número de vezes em que o obreiro poderá pleiteá-la?

Sim, porque quem pleiteia uma vez, poderá fazê-lo um sem número de vezes até se aposentar compulsoriamente. E com amplo interesse, pois com a incidência, hoje, do fator previdenciário - que, como ressaltado, leva em conta, na sua fixação, fatores como o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida, -, a cada mês que passa, o obreiro poderá pleitear novo recálculo do valor do benefício, objetivando, sempre, a melhor prestação. Tudo isso sem nenhuma disciplina legal, ocasionando ampla insegurança jurídica ao ente previdenciário que, quando pensava ter, finalmente, cumprido a sua missão constitucional - atender à contingência constitucionalmente protegida - nova contingência (!?) é reclamada.

Nem se alegue que houve contribuição para isso, pois que o sistema é projetado para funcionar de forma solidária, uma vez que, se somarmos, rigorosamente, as contribuições vertidas somente pelo segurado, veremos que elas não serão suficientes para custear nem mesmo o seu benefício. Faz-se necessário o aporte de outros recursos, que vêm de outras fontes de financiamento.

Façamos uma conta rápida - sem considerar a inflação presente no sistema -, de um indivíduo que começa a contribuir aos 18 (dezoito) anos de idade, por 35 (trinta e cinco) anos, sobre R\$ 1.000,00 (um mil reais), a uma alíquota de 11%. Veremos que, ao final do período terá acumulado uma reserva de R\$ 46.200,00 (quarenta e seis mil e duzentos reais), que será suficiente à cobertura de pouco mais de 46 (quarenta e seis) meses de aposentadoria pelo mesmo valor de referido salário-de-contribuição - R\$ 1.000,00 (um mil reais). E o restante do período, quem irá custeá-lo? Daí a importância das demais fontes de financiamento - dentre

elas as contribuições vertidas após a jubilação.

Antes da Lei nº 8.870/94, para estimular a formalização do emprego para os aposentados que retornavam à atividade, era prevista a devolução das contribuições sob a forma de um pecúlio. Contudo, tal benefício foi extinto sem que se previsse, legalmente, qualquer outra forma de compensação em decorrência de tal extinção, tudo a demonstrar que o sistema está cada vez mais necessitando de recursos para financiar o pagamento dos necessitados de proteção social. Resultou do exposto a instituição do fator previdenciário, cujo principal objetivo é retardar o momento da aposentadoria.

Ora, se, para a instituição de um fator inibidor da aposentação foi necessária a intervenção do legislador, o que se dizer de um fator estimulador? Sim, porque, permitida a desaposestação, sem a exigência de idade mínima, permissão para a contagem de tempo de serviço desde tenra idade, dentre outros fatores estimuladores, não haverá espaço - administrativa e judicialmente - para tantos pedidos de desaposestação.

Tem-se sustentado que não se podem admitir contribuições por parte do segurado sem uma contraprestação por parte do ente segurador. O tema foi analisado no julgamento acima mencionado, agora nas palavras do Min. Eros Grau:

...

18. O que há, na hipótese, é relação institucional, adstrita a normas cogentes de Direito Administrativo, sendo perfeitamente possível a revisão de suas regras, a fim de resguardar-se o interesse público e a continuidade da prestação por parte do Estado.

É no quadro desta relação que haveria de ser considerada a referibilidade direta da contribuição a uma atuação concreta-atual ou potencial do Estado.

19. O segundo aspecto diz com a afirmação de que, embora a contribuição seja um tributo, *sua incidência sobre aposentadorias e pensões importaria quebra de sinalagma.*

Não é porém correta a suposição de que a relação previdenciária seja dotada de caráter sinalagmático.

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e a contraprestação (*obligatio ultro citroque*).

Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].

...

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e contraprestação (*obligatio ultro citroque*).

Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].

Essa ligação funcional entre as duas prestações - que assume relevância tanto no momento da conclusão do contrato [sinalagma genético] quanto no momento da sua execução [sinalagma funcional] - *é típica dos contratos onerosos*, nos quais, na dicção de MOTA PINTO, “cada uma das prestações ou atribuições patrimoniais é o correspectivo (a contrapartida) da outra, pelo que, se cada parte obtém da outra uma vantagem, está a pagá-la com um sacrifício que é visto pelos sujeitos do negócio como correspondente.

Mas o sinalagma não significa real e objetiva equivalência entre prestação e contraprestação, sendo possível - ainda a dicção de MOTA PINTO - a “falta de equivalência objetiva ou usual das atribuições patrimoniais”. E prossegue: “no negócio oneroso as partes estão de acordo em que a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem”.

Efetivamente como observa SERPA LOPES “nos contratos bilaterais, o que prepondera é a vinculação de uma prestação a outra, característico do sinalagma, genético para uns (vinculação originária das prestações), funcional para outros (vinculação na execução das obrigações)”. *Não há sinalagma no caso, visto inexistir, nele, relação contratual, menos ainda contrato bilateral oneroso que o tenha estabelecido.*

20. *Pois é certo que o Estado, no caso da relação previdenciária, encontra-se em situação de dever. Não é titular de quaisquer direitos no bojo dessa relação, cujo outro pólo é ocupado pelo aposentado ou pelo pensionista.*

A relação previdenciária decorre da lei, sem querer [=vontade] a caracterizá-la, ainda que nela sejam apontados traços similares aos de um contrato. Mas não há sinalagma a justificá-la. Sinalagma é liame entre obrigação e obrigação. Não há, nem pode haver, sinalagma entre dever e obrigação.

O Estado, nessa relação, está vinculado pelo dever de pagar aposentadorias e pensões, nos termos da lei. Não cumpre prestação, no sentido obrigacional, próprio à teoria geral dos contratos. O conteúdo das prestações, na relação previdenciária, é conformado pela lei.

Sem penetrar considerações atuariais - cuja veracidade, de resto, é de ser presumida - anoto que o Estado está vinculado pelo dever de pagar aquelas aposentadorias e pensões, dele não sendo possível exigir-se o impossível.

21. *Além de tudo, a atribuímos caráter contratual à relação previdenciária - e o faço apenas para argumentar, visto que ela, relação previdenciária, não decorre de nenhum ato de vontade, mas da lei - seríamos compelidos a, nas circunstâncias de fato presentes, cogitar da sua revisão, o que nos conduziria a indagar do rompimento ou não rompimento do equilíbrio econômico da relação.*

Isso não seria, no entanto, admissível em ADI.

Ainda assim lembro aqui voto do Ministro PAULO BROSSARD na ADI 493 - o ato jurídico perfeito cederia diante da teoria da imprevisão. Palavras do Ministro BROSSARD: “É interessante que a velha cláusula medieval da ‘rebus sic stantibus’ tivesse sido, ‘redescoberta’ em 1.912, por um jovem jurista italiano, OSTI (...)”, cuja evolução autoriza a modificação substancial de cláusulas de contratos em pleno vigor, de atos jurídicos perfeitos.

Ademais, como observa FRANZ NEUMANN, nenhum sistema social, nem mesmo o mais conservador, no sentido literal do termo, pode apenas conservar, pois até mesmo para tanto será preciso mudar.

22. *Vê-se para logo, assim, que a tese da quebra de sinalagma na relação previdenciária não é sustentável.*

Estamos diante de tributo cujo fato gerador é a percepção de determinada parcela de proventos e pensões. E, vimos acima, a percepção do benefício pode perfeitamente ser eleita pelo direito como sua hipótese de incidência.

O paralelo entre sistema estatutário [ativos versus inativos] e sistema previdenciário [contribuintes versus beneficiários] não me parece adequado, salvo se o regime do segundo não pudesse ter sido alterado. Como isso pode se dar - pois não há direito adquirido a regime jurídico - o paralelismo perece.

A contribuição tem de ser considerada no quadro dessa relação, à qual a lei - e mais ainda emenda constitucional - aplica-se imediatamente.

A propósito, retornando a CELSO ANTÔNIO, diz ele ser nítida a “imediata aplicação das modificações [inclusive de ordem tributária, completo eu, na linha de pensamento do eminente professor da PUC de São Paulo] que incidam sobre as situações gerais”.

23. - *Passo a outro capítulo, no qual a afirmação de que o § 5º do artigo 195 da Constituição ensinaria a conclusão de que a instituição de nova exação previdenciária apenas se justificaria desde que estabelecido novo benefício. No julgamento da ADI 2.01 foi dito que “[s]em causa eficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício”.*

O raciocínio, contudo, não procede no regime instalado pelo artigo 195, caput da Constituição, de caráter contribuinte [contributivo] e solidário.

24. - O artigo 195 da Constituição do Brasil dispõe que “a seguridade será financiada por toda a sociedade ...” e o § 5º desse artigo apenas impõe ao legislador a vedação de ser criado, majorado ou estendido benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio.

Esta não é a hipótese. O benefício (da aposentadoria) já está criado.

O que se tem - isso poderia ser dito - é a instituição de outra fonte de custeio para garantir a manutenção de benefício da seguridade [para o que era exigido apenas lei complementar - artigo 195, § 4º).

Os benefícios da previdência social estão previstos no capítulo da Seguridade Social, que - repita-se - é financiada por toda a sociedade. Não há, em qualquer das disposições veiculadas pelo artigo 201, nenhuma garantia de que, concretizada a percepção de qualquer benefício previdenciário - auxílio-reclusão, etc. - deixaria de ser exigida qualquer contribuição.

Por outro lado, o fato de ser assegurado o direito à inativação remunerada somente após longo período de contribuição não significa exaurimento da obrigação de contribuição para a seguridade social, dado que o servidor, por haver se aposentado, não está excluído da fruição de outros benefícios previdenciários mantidos pela seguridade social.

O artigo 201, § 7º ao conjugar contribuição e idade, somente deixou assente a partir de que momento estava assegurada a aposentadoria - apenas fixou os requisitos a serem atendidos para que o servidor possa aposentar-se. Em nenhum momento o preceito assegura que, cumpridos esses requisitos, ele seria titular de direito a não mais contribuir. Isso é bem nítido também. Ademais, é bem sabido que a aposentadoria é apenas um dos benefícios da previdência social.

25. *O raciocínio que estou a recusar parte de uma leitura invertida do preceito contido no § 5º do art. 195 da Constituição do Brasil, visto que a correlação presente neste dispositivo tem apenas uma via, ou seja, a de que nenhum benefício será instituído sem fonte de custeio. Insisto em que a interpretação a contrario sensu só teria sentido em um sistema exclusivamente contributivo. E que não há, no texto constitucional, menção à situação inversa, no sentido de que a cada contribuição criada deva corresponder um benefício específico. De mais a mais e neste passo retorno ao quanto anteriormente observado - não é admissível a instalação de sinalagma na relação previdenciária, o que estaria sendo pretendido mediante a prática dessa leitura. Isso assim não pode ser, salvo se pretendêssemos voltar ao passado, para reproduzir o debate já aquietado na doutrina e na jurisprudência - a propósito da natureza da relação de emprego público, com opção pela teoria contratual, há muito vencida pela teoria estatutária [ver, por todos, RE 20.988/SP].*

Lembre-se que o servidor, ao aposentar-se, não perde o vínculo que o jungia, enquanto ativo, à Administração, eis que é dela (federal, estadual ou municipal) que sairão os recursos para pagá-lo.

Essa vinculação é transferida para o pensionista, estando positivada na Constituição de 1.988 na medida em que ela define que os proventos de aposentadoria e as pensões não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão (Constituição do Brasil, artigo 40, § 2º; veja-se a EC 20/98). A contribuição exigida do servidor em atividade é condição de sua aposentadoria, bem assim da pensão por morte devida aos seus dependentes. Os proventos de sua aposentadoria estão sujeitos ao teto de vencimentos fixado para a Administração Pública em geral (artigo 40, § 11) e a pensão por morte do servidor não poderá ser superior à remuneração percebida pelo de cujus (artigo 40, § 2º).

26. - Insisto em que essas relações decorrem da lei e não de qualquer ato de vontade, como observam os Ministros MOREIRA ALVES e CELSO DE MELLO nos arestos acima mencionados. (...).

Adaptando as palavras do ministro ao caso concreto, as contribuições previdenciárias vertidas ao sistema após a aposentação são tributos cujo fato gerador é a percepção de salários, no caso do RGPS - Regime Geral de Previdência Social, ou remuneração, no caso do RPPS - Regime Próprio de Previdência Social, não se podendo opor a tal relação jurídica compulsória à ausência de contraprestação. Isto faria sentido num regime exclusivamente contributivo, caracterizado pela incidência do princípio da solidariedade, tantas vezes aqui citado.

Observe-se que o ministro ainda alude a outro fundamento constantemente manejado para afastar a incidência de contribuições, qual seja, a ausência de causa eficiente. A instituição de nova exação previdenciária somente se justificaria desde que estabelecido novo benefício, que, no caso em apreço, seria uma aposentadoria mais encorpada, mediante a aplicação da teoria da desaposentação. Contudo, lembra que, no julgamento da ADI 2010, tal fundamento foi devidamente afastado, pois, no regime de previdência implantado pelo constituinte de 1988, de caráter contributivo e solidário, não se exige, necessariamente, correlação entre custo e benefício.

Aos defensores da teoria da desaposentação impressiona o fato de serem efetuadas contribuições sem qualquer possibilidade de contraprestação ao segurado contribuinte. Daí defenderem a renúncia ao benefício e imediata concessão de outro, da mesma espécie, com acréscimo de tempo de contribuição, idade e novos salários-de-contribuição.

O tema foi exaustivamente apreciado pelo STF, no julgamento acima citado. Cumpre transcrever os fundamentos expostos pelo Min. Gilmar Mendes:

Sem dúvida, a redação dada ao *caput* do art. 40 pela Emenda 20 assegurou aos servidores regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial. Essa imposição é reproduzida no *caput* do art. 201 da Constituição. O princípio do “equilíbrio financeiro e atuarial” contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões.

No que se refere ao equilíbrio atuarial, portanto, exige-se uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício. Ocorre que a Constituição já dispõe sobre o valor dos benefícios previdenciários dos servidores públicos. Assim, para se cumprir o mandamento constitucional de preservação do mencionado equilíbrio, reconhecido inclusive por este Supremo Tribunal Federal (ADIn's 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo nº 181), resta ao Estado tão-somente disciplinar a questão da contribuição. Todavia, o valor da contribuição incidente sobre a remuneração dos servidores em atividade não poderia implicar confisco, nem assumir valores exorbitantes, tornando insustentável a vida financeira do indivíduo.

Com efeito, existem evidentes limites factuais e normativos para a elevação das alíquotas das contribuições previdenciárias dos servidores em atividade. Destarte, evidencia-se a importância de que todos os beneficiários do regime de previdência social do servidor público, inclusive os servidores inativos, concorram para a solidez e manutenção do sistema previdenciário, assegurando-lhe tanto o equilíbrio financeiro entre receitas e despesas quanto o equilíbrio atuarial entre contribuições e benefícios.

...

Outro argumento que se coloca é da chamada “causa suficiente”.

O Ministério Público Federal reproduz, em seu parecer, argumento no sentido de uma alegada ausência de causa suficiente para a instituição da contribuição dos inativos. Para tanto, arrima-se em trecho da decisão proferida por esta Corte na ADI 2010, em que se teria assentado que “sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição

da seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício”.

Em primeiro lugar, não se afigura correta simples extensão desse entendimento firmado na ADI 2010, dirigido ao legislador infraconstitucional.

Não parece acertado pressupor, desde logo, que o legislador constituinte esteja vinculado, ao menos de um modo irrestrito, ao regime contributivo, ou ainda, a um modelo de completa correspondência entre contribuição e benefício. Não se nega, obviamente, que a Constituição almeja um sistema baseado especialmente na idéia do regime contributivo, em que os potenciais beneficiários, ao longo de sua vida profissional ativa, depositam recursos em um fundo que, no futuro, lhes devolverá tais recursos na forma de proventos de aposentadoria. Essa de fato é a idéia básica e o princípio de natureza atuarial concebido para viabilizar a existência e a eficiência do sistema previdenciário.

Mas daí não se pode chegar à conclusão de que qualquer obrigação tributária para fins previdenciários deva ter no futuro um benefício que corresponda de um modo exato àquele ônus. Além da evidente inviabilidade prática desse tipo de percepção, não há exigência constitucional nesse sentido, e muito menos uma cláusula pétrea a estabelecer tal limitação específica. Não estou, obviamente, endossando entendimento no sentido de que qualquer ônus a ser estabelecido para os beneficiários da Previdência podem ser livremente fixados pelo legislador, ainda que legislador constituinte. Os parâmetros constitucionais de controle existem, inclusive as cláusulas pétreas. O que quero afastar desde logo é um argumento que com a devida vênia não parece ter esse amparo constitucional.

Isto porque, a par do caráter contributivo, vigora o princípio da solidariedade. Nesse sentido o preciso ensinamento de Luís Roberto Barroso, em parecer juntado aos autos, *verbis*:

“Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à idéia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras.

Pois bem: o sistema de previdência social é fundado, essencialmente, na idéia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário, no qual os servidores em atividade financiam os inativos e comungam da crença de que o mesmo será feito por eles em algum lugar do futuro, pela geração seguinte.

A vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema. Como bem captou o Ministro Sepúlveda Pertence: Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico, contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.

Contribuição social é um tributo fundado solidariedade social de todos para financiar atividade estatal complexa e universal, como é a seguridade.”

Em suma, o compromisso do contribuinte inativo ou pensionista, ao pagar esse específico tributo, é com o sistema como um todo, e não apenas com a sua conta junto ao órgão previdenciário. Daí não haver qualquer incoerência na inclusão dos inativos e pensionistas entre os contribuintes do sistema. Tal fato obviamente sequer desnatura o que é peculiar à contribuição previdenciária, qual seja a vinculação dos seus recursos à manutenção do regime de previdência, com a solvabilidade do sistema e, em última instância, com a capacidade econômica do sistema em honrar os benefícios previdenciários. Tal situação, por certo, jamais poderia ser confundida com a do imposto de renda.

Não vejo, portanto, qualquer razão para que seja estabelecida uma restrição absoluta à instituição para a contribuição dos inativos, tendo em vista esta alegada inexistência de causa suficiente.

(...).

Conforme se extrai dos fundamentos, o sistema previdenciário brasileiro é contributivo, mas se baseia na solidariedade, cujo motor principal é a participação de toda a coletividade no financiamento do sistema, o que afasta a necessidade de correspondência entre custeio e benefício, próprio dos sistemas eminentemente contributivos.

O STJ, em sede de recurso repetitivo, julgou o REsp 1334488, em 08/05/2013:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

Após a oposição de dois embargos de declaração do julgado, a questão restou assim assentada:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. VÍCIO INEXISTENTE. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE.

1. Trata-se de segundos Embargos de Declaração contra decisão proferida em Recurso Especial

- submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, que estabeleceu que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento”, ocasião em que o Relator, Min. Herman Benjamin, ressaltou seu entendimento pessoal.
2. A Primeira Seção acolheu parcialmente os primeiros Embargos de Declaração para determinar que “a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou”.
 3. Esta Seção desproveu o recurso da autarquia com fundamento claro e suficiente, inexistindo omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.
 4. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional (arts. 5º, XXXVI; 195, *caput* e § 5º; e 201 da CF) em Recurso Especial, mesmo que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
 5. Embargos de Declaração rejeitados.

Como se verifica à simples leitura do acórdão relativo aos segundos embargos de declaração opostos (item 4), resta ainda analisar a questão constitucional, pendente de julgamento no STF, em sede de repercussão geral. Referida análise é pressuposto de aplicabilidade do julgamento do recurso repetitivo que, ademais, não transitou em julgado.

Ante o exposto, analisado também o pedido de desaposentação por força da faculdade prevista no parágrafo 1º do art. 515 do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para afastar a revogação da gratuidade da justiça e a condenação em litigância de má-fé.

Refiro-me à ação cujas partes são MAURO BUENO, inscrito no cadastro de pessoas físicas do Ministério da Fazenda sob o nº 015.762.759-49, e o INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

É o voto.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0018174-23.2014.4.03.9999

(2014.03.99.018174-9)

Agravante: ALINE DAIANA BENSI

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: ALINE DAIANA BENSI

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE DOIS CÓRREGOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: AC 1978951

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. SALÁRIO-MATERNIDADE. EMPREGADA URBANA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO LABORAL POR HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. QUALIDADE DE SEGURADA NÃO DEMONSTRADA. IMPROVIMENTO.

1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - *caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.

2. Para comprovação da qualidade de segurada à época do nascimento, a autora apresentou cópia de sua CTPS, com anotação decorrente de reconhecimento de vínculo laboral por homologação de acordo na Justiça do Trabalho. Observo que tal período não pode ser reconhecido para os fins de manutenção da qualidade de segurado, uma vez que a anotação em CTPS foi feita de forma extemporânea, por força de sentença meramente homologatória de acordo entre a parte autora e a empresa perante a justiça do trabalho (fls. 13/15), o que não se admite para fins de concessão de benefício previdenciário, pois o labor não restou demonstrado no curso de procedimento desenvolvido sob o crivo do contraditório.

3. Logo, considerando que a parte autora não mais detinha a qualidade de segurada no momento do nascimento de sua filha, considera-se indevido o benefício pleiteado.

4. Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

5. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal interposto pela autora em face de decisão monocrática terminativa (art. 557 do CPC) contrária a seus interesses e que, no seu entender, deve ser reformada.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que o relator, ao decidir monocraticamente, não o fez com acerto, ao argumento de que restaram comprovados os requisitos para a obtenção do benefício pretendido.

Este o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

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

O julgamento monocrático se deu segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade-*caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito-§ 1º-A).

A compatibilidade constitucional das novas atribuições conferidas ao Relator decorre da impugnabilidade da decisão monocrática mediante recurso para o órgão colegiado, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC, e da conformidade com os primados da economia e celeridade processuais.

Assim, com a interposição do presente recurso, ocorre a submissão da matéria ao órgão colegiado.

Observe que a decisão ora agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

O artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator “negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Tendo em conta a jurisprudência dominante, tornam-se desnecessárias maiores digressões a respeito, configurando-se, pois, hipótese de apreciação do recurso com base no aludido artigo.

Inicialmente, a tese de ilegitimidade passiva do INSS deve ser afastada, eis que o artigo 72, § 1º, da Lei 8213/91, determina que ainda que o empregador pague o salário-maternidade, ele terá direito a compensação, portanto, ao final, a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade é do INSS.

“Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação dada pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º. Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.” (Incluído pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

Sobre o tema, trago à colação o seguinte julgado:

“PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. SALÁRIO-MATERNIDADE TRABALHADORA RURAL. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. SEGURADA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. CONTRIBUIÇÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRÉ-QUESTIONAMENTO. (...)

2. Não merece subsistir a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo INSS, porquanto embora a prestação relativa ao benefício seja paga pelo empregador, este tem o direito à compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários da empregada (art. 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91). Logo, tem-se que o encargo proveniente do salário-maternidade é suportado pela Autarquia.

3. O direito à percepção do salário-maternidade é assegurado pela Constituição Federal, no art. 7º, inc. XVIII, e pelo art. 71 da Lei nº 8.213/91.

4. A trabalhadora rural faz jus ao salário-maternidade, nos termos da legislação em vigor à época do parto, que ocorreu em 11.12.03.

5. Deve ser reconhecido o trabalho rural amparado em início de prova material devidamente corroborado por prova testemunhal coerente e uniforme (Súmula nº 149 do STJ).

7. Não há necessidade de recolhimento de contribuição pelos rurícolas, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural.

8. Os honorários advocatícios foram arbitrados de forma a remunerar adequadamente o profissional e estão em consonância com o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, devendo ser mantida a r. sentença nesse sentido.

9. Inocorrência de violação aos dispositivos legais objetados no recurso a justificar o pré-questionamento suscitado em apelação

10. Matéria preliminar rejeitada e apelação, no mérito, não provida.”

(AC 00122382720084039999 AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1290211 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO. TRF3. SÉTIMA TURMA-e-DJF3 2 DATA: 04/02/2009 PÁGINA: 663)

No mais, o salário-maternidade consubstancia benefício previdenciário a que faz jus a segurada gestante, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, nos termos do artigo 71 da Lei nº 8.213/91.

A Lei nº 10.421/02 acrescentou à Lei nº 8.213/91 o artigo 71-A, que estendeu o benefício à segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, observadas as condições e prazos especiais previstos no referido dispositivo.

Hodiernamente, as disposições relativas ao salário-maternidade estão disciplinadas nos artigos 71 a 73, da Lei nº 8.213/91, bem assim nos artigos 93 a 103, do Decreto nº 3.048/99, normas infraconstitucionais que cumprem o escopo do legislador constituinte contido no artigo 201, inciso II, da Constituição Federal, de forma a assegurar que os planos da previdência social atendam a proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Nessa esteira, o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988 conferiu à licença-maternidade, bem como ao salário-maternidade, *status* de direito fundamental, ao dispor:

“Art.7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

O artigo 71 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99, confere o direito ao salário-maternidade a todas as seguradas da Previdência Social, com inclusão da contribuinte individual (autônoma, eventual e empresária) e da facultativa.

Na redação original do referido dispositivo, tão somente a empregada, urbana ou rural, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica faziam jus ao benefício em comento.

A partir da edição da Lei nº 8.861/94, a segurada especial passou a integrar o rol das beneficiárias estabelecendo, em casos tais, o valor de um salário mínimo, desde que comprovado o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício, nos moldes do parágrafo único do artigo 39 do referido diploma legal.

Cumprir destacar que o prazo de 90 (noventa) dias depois do parto para requerer o salário-maternidade, previsto no parágrafo único, do artigo 71 da Lei nº 8.213/91, outrora revogado pela Lei nº 9.528/97, refere-se tão somente às empregadas domésticas e seguradas especiais, não existindo para a segurada empregada rural qualquer óbice temporal para postular o benefício.

A autora pleiteia o salário-maternidade na qualidade de empregada urbana, ante a gravidez e nascimento da filha Alicia Vitória Bensi, em 06/04/2013 (fl. 20).

In casu, para a comprovação da qualidade de segurada à época do nascimento, a autora apresentou cópia de sua CTPS, com anotação decorrente de reconhecimento de vínculo laboral por homologação de acordo na Justiça do Trabalho no período de 06/01/2011 a 30/09/2012. (fl. 12). Observo que tal período não pode ser reconhecido para os fins de manutenção da qualidade de segurado, uma vez que a anotação em CTPS foi feita de forma extemporânea, por força de sentença meramente homologatória de acordo entre a parte autora e a empresa perante a justiça do trabalho (fls. 13/15), o que não se admite para fins de concessão de benefício previdenciário, pois o labor não restou demonstrado no curso de procedimento desenvolvido sob o crivo do contraditório.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

“As sentenças trabalhistas poderão constituir prova do labor rural, desde que não sejam meramente homologatórias, ou seja, desde que o trabalho rural tenha sido demonstrado no curso do processo, em procedimento desenvolvido sob o crivo do contraditório.

Nesse sentido, são os arestos abaixo transcritos desta Corte:

‘PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ACORDO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL. MOTORISTA AUTÔNOMO. IMPROCEDÊNCIA. (...). - A sentença trabalhista poderá servir como início de prova material, para a averbação de tempo de serviço, consoante preceitua o artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, caso complementada por outras provas. Condições que se verificam. (...)’ (AC 00709271619984039999, DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, DJU DATA: 23/01/2008 PÁGINA: 438 .. FONTE_REPUBLICACAO:.)

‘AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. SENTENÇA TRABALHISTA NÃO FUNDAMENTADA EM PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NÃO-CARACTERIZADO. QUALIDADE DE SEGURADO DO *DE CUJUS* NÃO COMPROVADA. (...). 2. A sentença trabalhista em questão não pode ser considerada como início de prova material, uma vez que não fundada em provas que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e período alegado, resumindo-se apenas à homologação de acordo entre as partes. Assim, não se podendo considerar o mencionado período como tempo de trabalho, tem-se que o falecido não detinha a condição de segurado quando de seu óbito. (...)’ (EI 00317639220084039999, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/05/2009 PÁGINA: 617 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)”

(Rel. Des. Federal Fausto De Sanctis, AC nº 2013.03.99.034948-6/SP, j. 06/05/2014)

Logo, considerando que a parte autora não mais detinha a qualidade de segurada no momento do nascimento de sua filha, considera-se indevido o benefício pleiteado.

Com tais considerações e com supedâneo no artigo 557 do Código de Processo Civil, NEGO SEGUIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA.

Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito dos tribunais. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

Direito Processual Civil



AÇÃO RESCISÓRIA
0021553-50.2001.4.03.0000
(2001.03.00.021553-5)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: JOSÉ ZINANI
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AR 1692
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO PARA CONTESTAR. PRECLUSÃO. RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE RURAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ILEGITIMIDADE PASSIVA NO FEITO SUBJACENTE. NÃO OCORRÊNCIA. TEMPO DE SERVIÇO JUNTO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL SEM UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA CONTAGEM RECÍPROCA. VIOLAÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O pleito para o reconhecimento de prazo em dobro para contestar não se justifica, tendo em vista que a contestação foi apresentada, tempestivamente, no prazo determinado pela decisão judicial.
2. Descabido falar em preclusão pelo fato de ter sido enfrentada a questão da ilegitimidade passiva na ação subjacente, pois a ação rescisória visa justamente romper a preclusão máxima que é a coisa julgada.
3. Demanda originária proposta com o objetivo de ver reconhecido o exercício de atividade rural em regime de economia familiar, para, somado ao período de trabalho em atividade urbana e ao de servidor público, obter aposentadoria por tempo de serviço no Regime Geral de Previdência Social (RGPS).
4. Decisão rescindenda proferida segundo o princípio do livre convencimento motivado, fundado nas provas constantes da ação originária, as quais revelaram, à luz dos fundamentos ali expostos, que o ora réu completara o tempo necessário à concessão da aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social, *antes* da alteração do vínculo laboral para o Regime Próprio instituído pela Prefeitura.
5. A legitimidade passiva do INSS para a demanda decorreu da constatação, pelo julgado, da vinculação do réu ao Regime Geral da Previdência Social durante os trinta e cinco anos necessários à concessão da aposentadoria por tempo de serviço.
6. O julgado rescindendo considerou que *toda* a atividade laboral necessária à concessão do benefício previdenciário ocorreu no Regime Geral da Previdência Social. Em consequência, ainda que o então autor ostentasse a condição de servidor público, a causa não envolveu questão relativa à contagem recíproca de trabalho em regimes diversos.
7. O fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte ou, até mesmo, a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo desta demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos. A adoção da interpretação menos comum não caracteriza vício capaz de desconstituir o julgado.

8. Não demonstrada violação à lei cometida pelo julgado. Mero inconformismo da parte não pode dar ensejo à propositura da ação rescisória.
9. Matéria preliminar rejeitada. Ação rescisória improcedente.
10. Condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 750,00.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e julgar improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de dezembro de 2014.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social, para, com fundamento no artigo 485, V, do CPC, desconstituir o v. acórdão que, ao negar provimento à sua apelação, manteve a sentença de procedência do pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

O recurso especial interposto não foi admitido (fl. 248).

Sustenta, em síntese, ser parte ilegítima para a concessão da aposentadoria, pois o réu era servidor público municipal na época do ajuizamento da ação subjacente. Assim, ao não acolher a preliminar de ilegitimidade passiva arguida naquele feito, o julgado rescindendo afrontou as disposições dos artigos 267, VI e parágrafo terceiro, do CPC, 12 e 99 da Lei nº 8.213/91, § 5º, e 201, § 1º (redação original), da Constituição Federal. Afirma, caso reconhecida sua legitimidade, a violação ao artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, diante da ausência de início de prova material do exercício da atividade rural reconhecida.

Ademais, alega que o período de atividade rural anterior à competência de outubro de 1991 somente pode ser aproveitado, para fins de contagem recíproca, mediante comprovação do recolhimento das contribuições correspondentes ou indenização, sob pena de violação ao inciso IV do artigo 96 da Lei nº 8.213/91.

Pretende a rescisão do julgado e, em consequência, nova apreciação do pedido originário, para considerá-lo improcedente.

Requer a concessão de liminar para suspender a execução do julgado.

A inicial, aditada à fl. 19, veio instruída com os documentos de fls. 20/255.

Às fls. 256/277, o autor juntou cópia da petição inicial da ação cautelar anteriormente ajuizada com a finalidade de suspender a execução do julgado rescindendo.

A decisão de fl. 279 indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinou a citação do réu.

Os autos da Medida Cautelar nº 2001.03.00.021552-3, cuja petição inicial foi indeferida, foram apensados a estes (fl. 279-v.).

À fl. 280, foi certificado o decurso do prazo para apresentação de recurso de indeferimento da tutela.

Em sua resposta (fls. 292/305), o réu, preliminarmente, requer o deferimento da Assistência Judiciária Gratuita e prazo em dobro para contestar. Sustenta que a questão da ilegitimidade foi debatida no feito subjacente, operando-se a preclusão máxima. Defende seu direito ao benefício concedido e pugna pela improcedência da ação rescisória. Junta documentos às fls. 306/307.

À fl. 309, foram deferidos os benefícios da justiça gratuita requeridos em contestação e determinada a manifestação do autor.

Réplica às fls. 310/313.

Razões finais apresentadas pelo INSS às fls. 317/321. O réu ficou-se inerte (fl. 322).

O DD. Órgão do Ministério Público Federal opinou pela improcedência desta ação rescisória (fls. 324/330).

À fl. 332, o feito foi convertido em diligência para que a Prefeitura Municipal de Jales informasse a situação funcional do réu.

O ofício da Municipalidade (fls. 340/342) noticia que o réu aposentou-se por idade em 6 de junho de 2001, nos termos das Leis Complementares Municipais nº 016, 017 e 018/93.

Instadas às partes manifestação, o autor requereu a procedência do pedido (fl. 345-v.); não houve manifestação do réu (fl. 347).

O Ministério Público Federal complementou e reiterou o parecer anteriormente apresentado, opinando pela improcedência da ação rescisória (fls. 348/354).

O feito foi novamente convertido em diligência às fls. 356, a fim de que o Instituto Municipal de Previdência Social de Jales/SP esclarecesse quais períodos de trabalho foram considerados para a concessão da aposentadoria no regime próprio de previdência.

Resposta do Instituto Municipal de Previdência Social de Jales às fls. 361/363, por meio do Ofício nº 58/2014, instruído com os documentos de fls. 364/372.

Ciência do INSS à fl. 375 e decurso de prazo para manifestação do réu à fl. 376.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal reiterou as conclusões dos pareceres de fls. 342/330 e 348/353, manifestando-se pela improcedência do pedido formulado nesta ação rescisória (fls. 377/378).

É o relatório.

À revisão, nos termos do artigo 34, I, do Regimento Interno desta Corte, observando-se, se for o caso, automaticamente, ou seja, sem necessidade de retorno dos autos a este Gabinete, o art. 50 do Regimento Interno e a Ordem de Serviço nº 13, de 1º/8/2006, da Vice-Presidência desta Casa.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

Pretende o Instituto Nacional do Seguro Social, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, a rescisão do v. julgado que, ao negar provimento à sua apelação, manteve a sentença de procedência do pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

Inicialmente, *dispenso* a parte autora do depósito prévio da multa a que alude o inciso II do artigo 488 do CPC.

A ação rescisória é o remédio processual (art. 485 do CPC) do qual a parte dispõe para invalidar sentença de mérito transitada em julgado, dotada de eficácia imutável e indiscutível (art. 467 do CPC). Nessas condições, o que ficou decidido vincula os litigantes. Esse mecanismo autoriza o apontamento de imperfeições no julgado; seu objetivo é anular ato estatal com força de lei entre as partes.

Assinalo não ter sido superado o biênio imposto à propositura da ação, pois o ajuizamento desta rescisória ocorreu em 06/7/2001 e o trânsito em julgado do *decisum*, em 27/8/1999 (fl. 250).

As questões preliminares arguidas em contestação devem ser afastadas.

Com efeito, o pleito para o reconhecimento de prazo em dobro para contestar não se justifica, tendo em vista que a contestação foi apresentada no prazo determinado pela decisão de fl. 279; portanto, tempestivamente.

Ademais, descabe falar em preclusão pelo fato de ter sido enfrentada a arguição de ilegitimidade passiva na ação subjacente, pois a ação rescisória visa justamente romper a preclusão máxima que é a coisa julgada.

Passo ao juízo rescindendo.

A pretensão é de rescisão do v. julgado, com fulcro no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil.

A doutrina sustenta ser questão relevante saber se a decisão rescindenda qualifica os fatos por ela julgados de forma inadequada, a violar, implícita ou explicitamente, literal disposição de lei.

Ensina Flávio Luiz Yarshell: “Tratando-se de *error in iudicando* ainda paira incerteza acerca da interpretação que se deve dar ao dispositivo legal. Quando este fala em violação a ‘literal’ disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmando o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito. Contudo, exigir-se que a rescisória caiba dentro de tais estreitos limites não significa dizer que a interpretação que se deva dar ao dispositivo violado seja literal, porque isso, para além dos limites desse excepcional remédio, significaria um empobrecimento do próprio sistema, entendido apenas pelo sentido literal de suas palavras. Daí por que é correto concluir que a lei, nessa hipótese, exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma”. (in: Ação rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005, p.323)

A jurisprudência também caminha no mesmo sentido: “Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo ‘decisum’ rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos”. (RSTJ 93/416)

Na demanda originária proposta por José Zinani em face do INSS em junho de 1994, postulou-se a concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

Para tanto, o requerente buscou o reconhecimento do exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, no período de outubro de 1957 a março de 1973, o qual, somado ao de atividade urbana (servente de pedreiro: de 1/4/73 a 30/6/73 e de 24/10/73 a 27/12/73;

servidor público desde 5/2/74 até o ajuizamento da ação subjacente), totalizaria 35 anos e 11 meses de tempo de serviço.

O pedido foi julgado procedente para condenar o INSS a conceder aposentadoria por tempo de serviço integral.

Nesta ação rescisória, sustenta-se ter o julgado rescindendo violado a legislação processual e previdenciária, ao reconhecer a legitimidade passiva do INSS e condená-lo a conceder aposentadoria ao réu, servidor público municipal, sujeito a regime próprio de previdência.

Ademais, afirma, se admitida sua legitimidade, ser indevido o reconhecimento da atividade rural exercida, seja pela ausência de início de prova material, seja pela falta de comprovação do recolhimento das contribuições ou de indenização do período, para fins de contagem recíproca.

Entendo não terem sido violados os dispositivos legais e constitucionais apontados pelo autor, pois a decisão foi proferida segundo o princípio do livre convencimento motivado, fundado nas provas constantes da ação originária, as quais revelaram, à luz dos fundamentos ali expostos, que o ora réu completara o tempo necessário à concessão da aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social, antes da alteração do vínculo laboral para o Regime Próprio instituído pela Prefeitura de Jales. Em consequência, ainda que o então autor ostentasse a condição de servidor público, a causa não envolveu questão relativa à contagem recíproca de trabalho em regimes diversos.

Confira-se trecho do *decisum* rescindendo que trata da legitimidade passiva da autarquia previdenciária e da comprovação do tempo de serviço rural:

(...)

No que respeita à ilegitimidade passiva *ad causam*, sem razão a Autarquia.

Com efeito, verifico através do documento de fls. 90, que apesar do autor exercer seu mister na Prefeitura Municipal de Jales - SP, seu regime de trabalho era regido pela CLT. Encontrava-se, assim, o apelado vinculado ao regime previdenciário do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, efetuando inclusive as devidas contribuições.

Portanto, não há que se falar de ilegitimidade da Autarquia na relação processual.

A questão, aliás, foi bem apreciada pelo MM. Juiz *a quo* na fundamentação da sentença guereada no ponto que ponho em destaque (fls. 244/245):

“... no tocante a alegada ilegitimidade de parte no polo passivo da relação processual. É que, em primeiro lugar, quando o autor completou 35 (trinta e cinco) de efetivo trabalho ainda não estavam em vigor as Leis Municipais referidas na contestação, de maneira que o réu é que tem de responder pelo benefício previdenciário aqui tratado. Mas não é só. Há ainda que se considerar que a Lei Municipal que instituiu a previdência dos funcionários públicos do município, no seu artigo 19, I, esclarece que somente após 60 contribuições mensais, ou seja, somente após 5 (cinco) anos, é que os beneficiários farão jus os benefícios previdenciários ali referidos, dentre os quais, a aposentadoria por tempo de serviço (v. fls.212).”

(...)

Cuida-se, é bem de ver, de ação visando à concessão de aposentadoria por tempo de serviço mediante o reconhecimento do período em que o autor desempenhou sua atividade laborativa como rurícola.

Relativamente ao retroaludido período, ou seja, o compreendido entre outubro de 1957 e março de 1973, o autor logrou carrear aos autos início razoável de prova material consubstanciada nos seguintes documentos:

Certificado de Reservista expedido em 25.10.1962 (fls. 31);

Contrato de Arrendamento Agrícola efetuado em 1971 (fls. 24);

Certificado de Saúde e Capacidade Funcional emitido em 1974 (fls. 32);

Declaração de Rendimentos referentes a 1969 (fls. 42).

A corroborar a prova material o autor produziu robusta prova material (fls. 100/101).

(...)

Assim, computando-se o tempo de serviço rural com o urbano, emerge à evidência que o autor faz jus ao benefício pleiteado.

(...)

Dessa transcrição extrai-se que a legitimidade passiva do INSS para a demanda decorreu da constatação, pelo r. julgado, da vinculação do réu ao Regime Geral da Previdência Social durante os trinta e cinco anos necessários à concessão da aposentadoria por tempo de serviço.

De fato, o julgado rescindendo considerou comprovado, por meio de início de prova material, corroborada pela testemunhal, o exercício de atividade rural no período de outubro de 1957 a março de 1973, o qual, somado aos períodos de atividade urbana, totalizou mais de 35 anos no regime geral de previdência.

Examinados os documentos que instruíram a ação subjacente e esta ação rescisória, constata-se que o vínculo laboral do réu com a Prefeitura de Jales/SP ocorreu da seguinte forma:

- de 05/2/1974 a 31/5/1993: Regime Geral da Previdência Social;
- de 01/6/1993 a 10/9/2001: Regime Próprio de Previdência - IMPSJ;
- em 06/9/2001: aposentadoria por idade (regime próprio).

A contagem do tempo (soma do período rural reconhecido no julgado rescindendo com o período urbano) totaliza *35 anos, 3 meses e 1 dia de tempo de serviço vinculado ao Regime Geral de Previdência Social*, mesmo lapso encontrado na planilha elaborada pelo Ministério Público Federal (fl. 354).

Dessa forma, conclui-se ter sido a concessão do benefício amparada no conjunto probatório. O r. julgado rescindendo, por sua vez, recorreu a uma dentre as soluções possíveis diante da situação fática apresentada, cabendo ressaltar que *não passou despercebido* ao julgador o fato do réu ser *servidor* público, já que esse ponto foi aventado na contestação e no recurso de apelação.

Ora! Se a questão foi devidamente apreciada no processo originário, incabível sua rescisão com amparo no artigo 485, V, do CPC.

Registre-se que a rescisão respaldada no do artigo 485, inciso V, do CPC só ocorre quando demonstrada violação à lei cometida pelo julgado, consistente na inadequação dos fatos deduzidos na inicial à figura jurídica construída pela decisão rescindenda, decorrente de interpretação absolutamente errônea da norma regente, o que não se verifica na hipótese, já que o julgado rescindendo considerou que *toda* a atividade laboral necessária à concessão do benefício previdenciário deu-se no Regime Geral da Previdência Social.

Sob esse aspecto, o *decisum* encontra respaldo em precedentes jurisprudenciais que resguardam o direito adquirido ao benefício previdenciário àquele que preencheu todos os requisitos necessários sob a égide do RGPS, a exemplo do seguinte julgado:

TRABALHISTA. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO. PERICULOSIDADE. MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO.

1. Implementados os requisitos autorizadores da concessão do benefício, antes da edição de Lei Complementar Municipal nº 01/91, adotando o Regime Jurídico Único, o autor tem direito adquirido à aposentadoria especial, no regime celetista. Legitimidade passiva dos apelantes

reconhecida.

2. Apelações desprovidas.

(TRF1, AC 9601104950, Relator(a) Juiz Hamilton de Sá Dantas - Conv. - Primeira Turma Suplementar, v.u., j. 07/05/2002, DJ 23/5/2002, p. 117)

Assim, o fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte ou, até mesmo, a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo desta demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos. A simples adoção da interpretação menos comum não caracteriza vício capaz de desconstituir o julgado.

Nesse sentido, cito arestos (n. g.):

AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO PROFERIDA NOS TERMOS DO ART. 285-A DO CPC. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. Ação rescisória com fundamento em violação de lei. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. EXTENSÃO DA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO MARIDO QUE PASSOU A EXERCER ATIVIDADE RURAL. PROPÓSITO DE REEXAME DA LIDE ORIGINÁRIA.

. O acórdão rescindendo, analisando e descrevendo as provas colhidas, concluiu que o labor rural desenvolvido pela autora ficou sobejamente comprovado, não restando descaracterizada a mesma após posterior início de trabalho urbano pelo marido.

. A livre convicção do magistrado poderia conduzir a resultado diverso no âmbito dos recursos ordinários, porém, o inquestionável propósito de reexame da causa é inadmissível na via excepcional da ação rescisória .

. Aplicação do disposto no art. 285-A do CPC, por ser medida que busca atender ao postulado constitucional da celeridade e racionalidade na prestação jurisdicional, pois não há sentido em se procrastinar o resultado de demanda que se sabe, a todas as luzes, fadada ao insucesso, sendo consagrada na doutrina e na jurisprudência que a ação rescisória , não sendo um recurso, não se presta ao reexame da causa.

. Agravo regimental a que se nega provimento.

(TRF3, AR - 8644, Processo:0009090-90.2012.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, Órgão Julgador Terceira Seção, j. 25/10/2012, e-DJF3 Judicial 1, 5/11/2012)

PREVIDENCIÁRIO - AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO - Ação rescisória - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - INOCORRÊNCIA - Ação improcedente.

1. A procedência do pedido de reconhecimento e averbação de tempo de serviço em processo de natureza previdenciária, não levou em consideração a prova exclusivamente testemunhal, mas, pelo contrário, se alicerçou, também, em prova documental.

2. *A injustiça da sentença e a má apreciação da prova não autorizam o exercício da ação rescisória .*

3. *Havendo controvérsia jurisprudencial acerca do tema, descabe desconstituir a coisa julgada se a decisão adotou corrente jurisprudencial que não destoia do texto da lei.*

4. Ação improcedente.

(TRF-3ª Região, Ação rescisória nº 97.03.064888-6/SP, 1ª Seção, rel. Desembargadora Federal Ramza Tartuce, j. em 18/3/1998)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. Ação rescisória. DEPÓSITO PRÉVIO. JUSTIÇA GRATUITA. DESNECESSIDADE. INCISO V DO ART. 485 DO CPC. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. REVOLVIMENTO DO MATERIAL PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

...

2. *O cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da*

causa, tenha violado sua literalidade, seu sentido, seu propósito. Tal infringência deve ser evidente e direta, dispensando-se o reexame dos fatos da causa. Precedentes.

3. Ação julgada improcedente.

(AR 2.968/SC, rel. Ministra Laurita Vaz, j. 12/12/2007, unânime, DJ de 1/2/2008, p. 1)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA . RURÍCOLA. APOSENTADORIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEPÓSITO. PRÉVIO. DESNECESSIDADE. OFENSA LITERAL DE LEI (ART. 485, V) E ERRO DE FATO (ART. 485, IX). INOCORRÊNCIA. SÚMULA 149/STJ E ART. 55, § 3º DA LEI 8.213/91. CORRETA APLICAÇÃO.

...

II - Na rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC, a violação de dispositivo de lei deve ser literal, frontal, evidente, dispensando o reexame dos fatos da causa. Precedente.

III - Melhor sorte não se reserva quanto ao inconformismo com fundamento no artigo 485, IX do Estatuto Processual, já que a autora não trouxe aos autos qualquer documento que não tenha sido regularmente apreciado pelo acórdão rescindendo, e, possa, eventualmente, ser tido como início razoável de prova material. Ao revés, busca-se na ação assentar o entendimento da suficiência da prova exclusivamente testemunhal para a concessão da aposentadoria rurícola. Note-se, ademais, que a r. decisão rescindenda se limitou a aplicar corretamente, a disposição do verbete de Súmula 149/STJ, acrescida da regra inscrita no artigo 55, § 3º da Lei 8.213/91.

IV - Ação rescisória improcedente.

(AR nº 2.452/SP, rel. Ministro Gilson Dipp, j. 8/9/2004, unânime, DJ de 11/10/2004, p. 232)

Dessa forma, não se mostra possível a rescisão do julgado, sob o fundamento de violação aos dispositivos legais e constitucionais apontados, por ser incabível o manejo desta via, com amparo no artigo 485, V, do CPC, com intento de mero reexame da decisão.

Ressalte-se ter sido deferida ao réu aposentadoria por idade desde setembro de 2001, como servidor público da Prefeitura de Jales. Contudo, tal circunstância não autoriza a rescisão do julgado, já que à época do acórdão rescindendo, o requerente ainda se encontrava na ativa.

Entretanto, considero pertinentes as ponderações do DD. Órgão do Ministério Público Federal a respeito (*in verbis*):

(...)

A aposentadoria por idade estatutária recebida pelo autor a partir de 6 de setembro de 2001 pode ser cumulada com a aposentadoria do RGPS, já que nosso ordenamento não veda a cumulação de aposentadoria pagas pelo regimes estatutário e geral, desde que não computados os mesmos tempos de serviço nos diferentes sistemas:

(...)

De acordo com a Lei Complementar Municipal nº 18, a aposentadoria por idade deferida ao réu exige, além do requisito etário (65 anos), a carência mínima de 60 meses (fls. 194). A renda mensal do benefício consiste em 70% do último vencimento do servidor, acrescido de 1% por grupo de 12 contribuições (fls. 199).

Assim, para a segunda aposentadoria, o réu necessitou apenas do tempo de serviço no seu último cargo público para cumprir a carência exigida para a concessão da aposentadoria por idade estatutária, dispensando o tempo de filiação ao Regime de Previdência Social (ou seja, de 02/02/74 a 30/05/1993).

Eventual aproveitamento do tempo do período celetista no segundo benefício poderá eventualmente ter repercussão tão somente no valor do benefício pago pelo Instituto de Previdência Municipal. Porém os documentos presentes nos autos não são conclusivos a esse respeito. Demonstram apenas os tempos totais de contribuição do réu como celetista e como servidor estatutário ao Instituto Municipal de Previdência Social do Município de Jales.

De qualquer forma, o valor do benefício estatutário é matéria que refoge ao objeto da presente Ação Rescisória, até porque a sua concessão se deu em momento posterior à aposentadoria concedida pelo r. Julgado rescindendo, que transitou em julgado em 27 de agosto de 1999 (fls. 250).

A única providência que se mostra necessária, em caso de manutenção do r. julgado rescindendo por esse Egrégio Tribunal Regional Federal, seria a comunicação ao Instituto Municipal de Previdência Social de Jales do tempo computado na aposentadoria concedida pelo RGPS, para apurar se o mesmo período foi utilizado para a definição do valor do benefício estatutário do autor.

(...)

Assim, *acolho* o parecer do MPF, o qual opinou pela expedição de ofício à Prefeitura Municipal de Jales/SP e ao Instituto Municipal de Previdência Social de Jales (IMPSJ), para informar a concessão da aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social (ou seja, pelo INSS), a fim de que se verifique se houve contagem do mesmo tempo de serviço ou da mesma contribuição para obtenção do benefício estatutário.

Diante do exposto, rejeito a matéria preliminar e *julgo improcedente o pedido* formulado nesta ação rescisória.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais).

Oficie-se ao D. Juízo.

Oficie-se à Prefeitura Municipal de Jales/SP e ao Instituto Municipal de Previdência Social de Jales (IMPSJ), mencionando-se o Ofício nº 58/14, para ciência desta decisão, a qual deverá ser acompanhada de cópias das fls. 348/354 e 377/378-v.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0014188-27.2010.4.03.0000

(2010.03.00.0141887)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravadas: RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A E UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: AI 406075

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

- A ação civil pública originária tem por objeto principal a condenação da emissora ré a ressarcir os danos morais coletivos decorrentes da veiculação do programa “Show do Tom”, cujo conteúdo entende ser discriminatório, humilhante e preconceituoso em relação aos homossexuais e às pessoas com nanismo.

- A legitimidade da União para responder ao pleito originário encontra supedâneo no fato narrado pelo autor no sentido de que supostamente é órgão concedente, responsável pela outorga feita à emissora e, conseqüentemente, pela sua renovação, ou não, por meio do Congresso Nacional. Ao final, pede que a ação seja julgada procedente para que o órgão federal seja condenado a notificar o Congresso Nacional para que os fatos narrados sejam observados para efeito de decisão quanto à renovação ou não da concessão da emissora.

- O Congresso Nacional é poder da União, não tem personalidade jurídica própria, daí a legitimidade desta para participar do polo passivo da União.

- O autor não pleiteia nenhuma determinação no sentido de cassação da concessão, mas tão-somente, a notificação do poder legislativo de fatos que entende importantes para uma futura reavaliação do contrato de concessão, providência que não é proibida em lei, motivo pelo qual se conclui que o pedido é juridicamente possível.

- A faculdade que órgão ministerial tem de representar perante o Congresso Nacional (artigo 6º, inciso XVIII, letra “b”) não retira o seu interesse, por razões de conveniência, de que a União de que a União notifique o Poder Legislativo.

- A análise dos fatos apontados na exordial da ACP, ou seja, se cabe ou não o deferimento do pedido, não pode ser feita em sede de preliminar, pois diz respeito ao mérito.

- A presença da União no polo passivo da ação justifica por si só a competência da Justiça Federal para a causa, consoante o disposto no artigo 109, inciso I, da CF.

- O interesse do Ministério Público Federal na causa se justifica pela matéria federal em questão, relativa à concessão de serviço público federal, de modo que também por esse argumento se manteria a competência da Justiça Federal, visto que aquele é órgão da União (artigo 109, inciso I, da CF). Precedentes do STJ.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, para reformar a decisão recorrida, a fim de reconhecer a legitimidade passiva da União, bem como a competência da Justiça Federal para a causa e determinar o regular prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, em sede de ação civil pública, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com relação à União, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC e reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Federal para o julgamento da causa (fls. 18/32).

Alega, em síntese, que:

a) está presente a possibilidade jurídica e o interesse processual em relação à providência pleiteada contra a União de notificação ao Congresso Nacional, visto que não configura interferência nas competências deste, bem como porque entende ser medida mais eficaz que a representação direta ao Poder Legislativo, o qual entende seria arbitrário;

b) a União é parte legítima para figurar no polo passivo da ação por ser o órgão responsável pela outorga e renovação da concessão de radiodifusão sonora, de sons e imagens feita à emissora ré, nos termos dos artigos 21, inciso XI, letra “a”, e 223 da Constituição Federal. Nessa condição teria obrigação de agir em face da conduta de seus concessionários que não cumpram com as funções sociais e obrigações constitucionais descritas nos artigos 220 e 221 da CF;

c) a competência da Justiça Federal se justifica pela participação do órgão ministerial federal na ação, bem como pelo fato de a empresa ré ser concessionário de serviço público federal.

A antecipação de tutela recursal pleiteada foi parcialmente deferida para manter a competência da Justiça Federal para a causa (fls. 92/94).

Sem contraminuta da União (certidão de fl. 95).

Em contraminuta (fls. 96/114), a agravada Rádio e Televisão Record S/A sustenta que:

a) as hipóteses de competência da Justiça Federal previstas no artigo 109, inciso I, da CF são taxativas, razão pela qual ausente o interesse das pessoas ali listadas não subsiste a competência dessa justiça;

b) o Ministério Público Federal é órgão público autônomo e distinto e, portanto, não pode ser confundido com a União e ou com autarquia ou empresa pública, sob pena de violar os artigos 109, inciso I, 127, §§ 1º e 2º e 129, inciso IX, da CF;

c) a União é parte ilegítima para a causa por todos os fundamentos expostos no *decisum*.

O órgão ministerial se manifestou (fls. 121/125), no sentido de que o interesse processual e a legitimidade passiva da União e a presença do MPF como autor são motivos suficientes para fixar a competência da Justiça Federal para o julgamento da causa.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

I - DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO

A ação civil pública originária tem por objeto a condenação da emissora ré a ressarcir os danos morais coletivos decorrentes da veiculação do programa “Show do Tom”, cujo conteúdo entende ser discriminatório, humilhante e preconceituoso em relação aos homossexuais e às pessoas com nanismo.

A legitimidade da União para responder ao pleito originário encontra supedâneo no fato narrado pelo autor no sentido de que supostamente é órgão concedente, responsável pela outorga feita à emissora e, conseqüentemente, pela sua renovação, ou não, por meio do Congresso Nacional. Ao final, pede que a ação seja julgada procedente para que o órgão federal seja condenado a notificar o Congresso Nacional para que os fatos narrados sejam observados para efeito de decisão quanto à renovação ou não da concessão da emissora.

O Congresso Nacional é poder da União, não tem personalidade jurídica própria, daí a legitimidade desta para participar do polo passivo da ação. Note-se que o autor não pleiteia nenhuma determinação no sentido de cassação da concessão, mas tão-somente a notificação do Poder Legislativo a respeito de fatos que entende importantes para uma futura reavaliação do contrato de concessão, providência que não é proibida em lei, motivo pelo qual se conclui que o pedido é juridicamente possível.

Outrossim, a faculdade que o órgão ministerial tem de representar perante o Congresso Nacional (artigo 6º, inciso XVIII, letra “b”) não retira o seu interesse, por razões de conveniência, de que a União notifique o Poder Legislativo.

De outro lado, a análise dos fatos apontados na exordial da ACP, ou seja, se cabe ou não o deferimento do pedido, não pode ser feita em sede de preliminar, pois diz respeito ao mérito.

II - DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A presença da União no polo passivo da ação justifica por si só a competência da Justiça Federal para a causa, consoante o disposto no artigo 109, inciso I, da CF.

Ademais, o interesse do Ministério Público Federal na causa se justifica pela matéria federal em questão, relativa à concessão de serviço público federal, de modo que também por esse argumento se manteria a competência da Justiça Federal, visto que aquele é órgão da União (artigo 109, inciso I, da CF). Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Nos termos do inciso I do art. 109 da CRFB/88, a competência cível da Justiça Federal define-se pela natureza das pessoas envolvidas no processo - *rationae personae* -, sendo desnecessário perquirir a natureza da causa (análise do pedido ou causa de pedir), excepcionando-se apenas as causas de falência, de acidente do trabalho e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho.

2. *In casu*, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública pleiteando o recolhimento de

contribuição previdenciária, especificamente a contribuição destinada ao Plano de Assistência Social (PAS). Segundo mandamento constitucional, o fato de a demanda ter sido ajuizada pelo *Parquet* Federal, por si só, determina a competência da Justiça Federal.

3. *“Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa” (CC 40534/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 17.05.04).*

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no CC 107.638/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 20/04/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE CONSUMIDORES. EXCLUSÃO DA ANATEL DA LIDE. AUSÊNCIA DE INTERESSE FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. Hipótese em que o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública com o fito de assegurar indenização aos assinantes do serviço de telefonia do Estado do Acre em razão de irregular cobrança do custo de entrega de listas telefônicas relativas a 1989/1990.

2. O Tribunal de origem excluiu a Anatel da lide, porém manteve a competência da Justiça Federal.

3. No Recurso Especial, a recorrente sustenta a ilegitimidade do *Parquet* Federal, ante a exclusão da Anatel do pólo passivo.

4. *Por se tratar de órgão da União, o ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição), o que não afasta a necessidade de verificação, pelo juiz, da legitimidade ad causam. Precedentes do STJ.*

5. Na hipótese, a exclusão da Anatel e a ausência de interesse federal no litígio levam à conclusão de que o recorrido não possui legitimidade ativa *ad causam*, sem prejuízo da defesa dos direitos em tela pelo órgão ministerial estadual.

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1060759/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL. ROMPIMENTO DE DUTO DE ÓLEO. PETROBRAS TRANSPORTES S/A. TRANSPETRO. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150/STJ. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NATUREZA JURÍDICA DOS PORTOS. LEI 8.630/93. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI 7.347/85.

1. Cinge-se a controvérsia à discussão em torno a) da tempestividade do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF e b) da competência para o julgamento de Ação Civil Pública proposta com a finalidade de reparar dano ambiental decorrente do vazamento de cerca de 1.000 (mil) litros de óleo combustível após o rompimento de um dos dutos subterrâneos do píer da Transpetro, no Porto de Rio Grande.

2. Não se conhece do Recurso Especial quanto à tempestividade do recurso apresentado na origem, pois a matéria não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem. Aplicação da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Em relação ao segundo fundamento do Recurso Especial, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que, no caso, a legitimidade ativa do Ministério Público Federal fixa a competência da Justiça Federal.

4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de atribuir à

Justiça Federal a competência para decidir sobre a existência de interesse processual que justifique a presença da União, de suas autarquias ou empresas públicas na lide, consoante teor da Súmula 150/STJ.

5. A presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da demanda é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, o que não dispensa o juiz de verificar a sua legitimação ativa para a causa em questão.

(...)

13. Recurso Especial não provido.

(REsp 1057878/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 21/08/2009)

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. EXPLORAÇÃO DE BINGO. CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Havendo continência entre duas ações civil públicas, movidas pelo Ministério Público, impõe-se a reunião de ambas, a fim de evitar julgamentos conflitantes, incompatíveis entre si.

2. A competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição, tem por base um critério subjetivo, levando em conta, não a natureza da relação jurídica litigiosa, e sim a identidade dos figurantes da relação processual. Presente, no processo, um dos entes ali relacionados, a competência será da Justiça Federal, a quem caberá decidir, se for o caso, a legitimidade para a causa.

3. É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, se for o caso.

4. Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ).

5. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal.

(CC 40.534/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2004, DJ 17/05/2004, p. 100)

III - DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento*, para reformar a decisão recorrida, a fim de reconhecer a legitimidade passiva da União, bem como a competência da Justiça Federal para a causa e determinar o regular prosseguimento do feito.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0004403-27.2013.4.03.6114

(2013.61.14.004403-2)

Agravante: DILZA DOS PRAZERES PAULINO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: DILZA DOS PRAZERES PAULINO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 2011338

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - *caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.

2. No presente caso, nota-se que a parte autora ajuizou a presente ação visando o pagamento das diferenças resultantes do Acordo Judicial firmado na Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, em razão da revisão de seu benefício de auxílio-doença (NB: 31/533.326.873-4), nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

3. Com efeito, o pagamento das referidas diferenças está previsto somente para maio de 2015, em cumprimento ao cronograma estipulado no Acordo Judicial.

4. Assim sendo, a autora não pode ultrapassar os limites da coisa julgada e exigir a execução do título executivo judicial antes do prazo estabelecido para o pagamento dos valores, devendo ser observadas as datas estipuladas nos termos do acordo.

5. A execução individual dos termos da sentença coletiva é perfeitamente permitida. Entretanto, essa execução se dá nos exatos limites da coisa julgada da sentença coletiva, observando-se inclusive as datas firmadas para pagamento, datas essas fixadas no bojo do acordo e homologadas pelo juízo.

6. Na ação de execução o objetivo do exequente é obter do devedor a satisfação do crédito contido no título executivo. Somente depois que essa pretensão não foi satisfeita de forma espontânea que ao credor se abre a opção da via executiva. Para tanto, necessária, pois, a fixação de um marco temporal para então, e só então, falar-se em inadimplência do devedor.

7. Ademais, observa-se que, caso o autor não concorde com os termos fixados no acordo coletivo, poderá ajuizar ação individual, requerendo a revisão de seu benefício, tendo em vista que o ajuizamento de ação coletiva pelo Ministério Público não obsta o exercício individual do direito de ação.

8. Considerando que o pagamento das diferenças está previsto para maio de 2015, nos termos firmados no Acordo Judicial da Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, há que se reconhecer a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

9. Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pela parte autora em face de decisão monocrática terminativa (art. 557 do CPC) contrária a seus interesses e que, no seu entender, deve ser reformada.

Em suas razões de inconformismo a agravante aponta presente o interesse de agir e pede a procedência do pedido inicial de revisão de seu benefício previdenciário, nos moldes postulados na inicial.

Este o relatório.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

O julgamento monocrático se deu segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade-*caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito-§ 1º-A).

A compatibilidade constitucional das novas atribuições conferidas ao Relator decorre da impugnabilidade da decisão monocrática mediante recurso para o órgão colegiado, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC, e da conformidade com os primados da economia e celeridade processuais.

Assim, com a interposição do presente recurso, ocorre a submissão da matéria ao órgão colegiado.

Observe que a decisão ora agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

Trata-se de ação de cobrança movida em face do INSS, visando o pagamento das diferenças resultantes do Acordo Judicial firmado na Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, acrescidas de correção monetária pelos índices que indica, juros de mora, honorários advocatícios e demais cominações legais.

A r. sentença monocrática julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil, por ausência de interesse de agir, condenando a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Nas razões recursais, a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, com a total procedência da ação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o breve relato.

DECIDO.

No presente caso, nota-se que a parte autora ajuizou a presente ação visando o pagamento das diferenças resultantes do Acordo Judicial firmado na Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, em razão da revisão de seu benefício de auxílio-doença (NB: 31/533.326.873-4), nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

Com efeito, o pagamento das referidas diferenças está previsto somente para maio de 2015, em cumprimento ao cronograma estipulado no Acordo Judicial.

Assim sendo, a autora não pode ultrapassar os limites da coisa julgada e exigir a execução do título executivo judicial antes do prazo estabelecido para o pagamento dos valores, devendo ser observadas as datas estipuladas nos termos do acordo.

A execução individual dos termos da sentença coletiva é perfeitamente permitida. Entretanto, essa execução se dá nos exatos limites da coisa julgada da sentença coletiva, observando-se inclusive as datas firmadas para pagamento, datas essas fixadas no bojo do acordo e homologadas pelo juízo.

Com efeito, na ação de execução o objetivo do exequente é obter do devedor a satisfação do crédito contido no título executivo. Somente depois que essa pretensão não foi satisfeita de forma espontânea que ao credor se abre a opção da via executiva. Para tanto, necessária, pois, a fixação de um marco temporal para então, e só então, falar-se em inadimplência do devedor. Ademais, observa-se que, caso o autor não concorde com os termos fixados no acordo coletivo, poderá ajuizar ação individual, requerendo a revisão de seu benefício, tendo em vista que o ajuizamento de ação coletiva pelo Ministério Público não obsta o exercício individual do direito de ação.

Sendo assim, considerando que o pagamento das diferenças está previsto para maio de 2015, nos termos firmados no Acordo Judicial da Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, há que se reconhecer a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

Destarte, aplicável, no presente caso o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Isto posto, nos termos do disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, *reconheço a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do inciso IV do artigo 267 do Código de Processo Civil*, tendo em vista que a execução do título executivo judicial deve observar as datas estipuladas nos termos do acordo, *restando prejudicada a apelação da parte autora.*

Deixo de condenar a parte autora nas verbas de sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se autos à vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito dos tribunais. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.**

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0025416-57.2014.4.03.0000

(2014.03.00.025416-0)

Agravante: APARECIDO MAGRI

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 34/35

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO – SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AI 541954

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2015

EMENTA

AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA EXCESSIVAMENTE ELEVADO. ADEQUAÇÃO À PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário, a competência pelo critério de valor de alçada deve ser definida com base na diferença entre a renda devida e aquela efetivamente paga, multiplicada por 12 (doze).

II - Erro material corrigido de ofício. Agravo não 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, de ofício, corrigir o erro material e negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

O Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo interposto por APARECIDO MAGRI, na forma do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Sustenta, em síntese, que o valor da causa é superior ao limite da alçada dos Juizados Especiais, o qual foi fixado nos termos da legislação aplicável ao caso.

Pede a retratação prevista no art. 557, § 1º, do CPC, ou, em caso negativo, o julgamento do recurso pelo órgão colegiado competente na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

O Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo interposto por APARECIDO MAGRI, na forma do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento.

A decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por APARECIDO MAGRI contra a r. decisão proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP que, em ação de natureza previdenciária proposta em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, de ofício, alterou o valor da causa, declinou de sua competência e determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial Federal do mesmo Município, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/01.

Em razões recursais de fls. 02/05, sustenta a parte agravante a competência do Juízo *a quo*. Vistos, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil.

Instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, no âmbito da Justiça Federal, os juizados especiais cíveis são competentes para processar e julgar as ações cujo valor da causa não exceda a 60 (sessenta) salários-mínimos (art. 3º).

Assim, a competência do juizado especial federal tem natureza absoluta e prepondera sobre à da Vara Federal no município onde estiver instalado, ou, na falta desta, à da Justiça Estadual (art. 3º, § 3º), até o limite legal.

Superado, no entanto, o valor de sessenta salários-mínimos, e não tendo a parte autora renunciado ao crédito excedente, veda-se à propositura da ação no juizado, pois incompetente para processá-la e julgá-la, de modo que a mesma deverá ser distribuída à Vara Federal da Subseção Judiciária de seu domicílio ou da capital do respectivo Estado-membro, ressalvada ainda, a opção assegurada pelo art. 109, § 3º, da Carta Republicana, desde que a comarca não possua sede da Justiça Federal. Precedentes TRF3: 3ª Seção, CC nº 2003.03.00.057847-1, Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, j. 26/05/2004, DJU 09/06/2004, p. 168.

Em se tratando de pretensão afeta *apenas às obrigações vincendas*, a soma das 12 prestações não poderá ultrapassar o limite máximo admitido, *ex vi* do disposto no art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.259/01. Acaso a demanda compreenda *também as obrigações vencidas*, aplica-se, para efeito de apuração do valor da causa, a regra do art. 260 do Código de Processo Civil, segundo a qual “Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de umas e outras. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a um (1) ano; se, por tempo inferior, será igual à soma das parcelas”.

Nesse passo, as ações previdenciárias cuja pretensão abarque parcelas vencidas de benefício ou suas diferenças, terão o valor da causa composto pelo total dos atrasados, acrescido de doze prestações vincendas, de modo que não ultrapasse sessenta salários-mínimos, a fim de que remanesça a competência absoluta dos juizados especiais federais. Precedentes TRF3: 10ª Turma, AG nº 2003.03.00.057431-4, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, j. 30/11/2004, DJU 10/01/2005, p. 156.

Observe que o pedido contempla o instituto da “desaposentação”, em que, a pretexto disso, almeja-se *novo benefício mais vantajoso*, considerados os recolhimentos posteriores à concessão da primeira aposentadoria, de modo que se mostra equivocado o intento de receber diferenças atrasadas desde aquele ato administrativo, na medida em que o preenchimento dos requisitos necessários leva em conta fatos posteriores.

Assim, na espécie, o valor da causa deve ser estimado de acordo com as doze parcelas vincendas, o que totaliza importância inferior a sessenta salários mínimos.

Cumprе ressaltar que o proveito econômico perseguido corresponde à diferença entre o valor

atual da aposentadoria e o montante que se pretende receber.

Ante o exposto, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, *nego sequimento ao agravo*.

Após as formalidades legais, transitada em julgado a presente decisão, baixem os autos à origem.

Intime-se.

Verifico a existência de erro material, porque, na realidade, a ação originária objetiva a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento dos períodos em que o agravante exerceu atividades rural e em condições especiais.

É cediço que o valor da causa deve guardar correlação com o conteúdo econômico da pretensão deduzida e que possa ser aferível pela narrativa contida na inicial.

Tratando-se de matéria de ordem pública, passível de ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o magistrado, de ofício, determinar a sua alteração, quando for atribuído à causa valor manifestamente discrepante quanto ao seu real conteúdo econômico.

Nesse mesmo sentido é o entendimento firmado pelo STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - CONTRATO REFERENTE A GADO - APREENSÃO COM ÊXITO ÍNFINO - EXECUÇÃO DE ENTREGA DE COISA INCERTA CONVERTIDA EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DO VALOR DE GADO APREENDIDO E AVALIADO MAIS PERDAS E DANOS - BEM IMÓVEL DADO EM HIPOTECA COMO GARANTIA DO CRÉDITO EXEQÜENDO - PRACEAMENTO - ARREMATAÇÃO PELOS CREDORES, ORA RECORRIDOS - EMBARGOS À ARREMATAÇÃO - REJEIÇÃO - RECURSO DE APELAÇÃO - IMPROVIMENTO 1) AÇÃO RESCISÓRIA - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA ARREMATAÇÃO DO IMÓVEL - IMPROCEDÊNCIA 2) RECURSO ESPECIAL: IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL 3) MATÉRIA DECIDIDA PELO TRIBUNAL "A QUO" MAIS DE DOIS ANOS ANTES DO AJUIZAMENTO DA RESCISÓRIA 4) NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADES RELATIVAS AO PRACEAMENTO 5) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RAZOABILIDADE 6) VALOR DA CAUSA - VANTAGEM ECONÔMICA PRETENDIDA - LIQUIDEZ - ALTERAÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - DISCREPÂNCIA EXORBITANTE ENTRE O VALOR FIXADO PELA PARTE E A PRETENSÃO ECONÔMICA 7) RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Verificada pelo Tribunal recorrido a perda do direito de declaração de nulidade da execução por falta de intimação dos ora recorrentes, feita por carta, com aviso de recebimento, dado o esquivamento dos executados para que não fossem intimados para tal fim, a rediscussão dessa questão encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, tal qual a relativa à alegada confissão dos ora recorridos quanto à nulidade da arrematação.

II - Nos embargos à arrematação só podem ser discutidos fatos posteriores à penhora do bem, de maneira que o Acórdão hostilizado não violou o disposto no artigo 746 do Código de Processo Civil pelo Tribunal "a quo" ao não conhecer de matéria que decidira em recursos anteriores, consistente esta nos atos preparatórios da penhora. Na ação de embargos à arrematação não é admissível a reapresentação de impugnações anteriormente deduzidas e julgadas, como no caso concreto.

III - Não se verifica nulidade da arrematação: (a) a intimação para o praceamento do imóvel foi realizada por carta, com aviso de recebimento; (b) nenhum vício do edital maculou os objetivos da arrematação nem impediu fosse regularmente concluída; (c) a reavaliação da área do imóvel não encontra amparo legal quando a alegação for genérica; (d) não foi realizada remição pelos ora recorrentes, mesmo quando tiveram tal possibilidade; (e) não houve preço vil.

IV - Tendo os honorários advocatícios sido fixados em patamar razoável, não podem ser revistos por este Tribunal por óbice da Súmula 7 do STJ.

V - Nos embargos à arrematação, e como regra geral, o valor da causa consiste na vantagem econômica almejada pelo demandante, o que, na espécie, representa o valor pelo qual o imóvel foi arrematado (R\$ 585.386,03 - quinhentos e oitenta e cinco mil, trezentos e oitenta e seis reais e três centavos) e não o valor dado pelos embargantes, ora recorrentes, de R\$ 1.000,00 (mil reais).

VI - Sendo a discrepância exorbitante entre o valor dado pela parte e a vantagem econômica pretendida com a medida judicial, cabe ao Juízo alterar de ofício o valor para adequá-lo à real pretensão do demandante. Recurso especial não conhecido.

(2ª Turma, AGRESP 1096573, Proc. 200802342300, Rel. Min. Castro Meira, DJE: 02/03/2009).

Não é outro o entendimento adotado nesta Corte:

PROCESSUAL CIVIL PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. VALOR DA CAUSA. DESCOMPASSO ENTRE O MONTANTE ATRIBUÍDO PELO AUTOR E A REAL EXPRESSÃO ECONÔMICA DO PEDIDO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXCEPCIONALIDADE A JUSTIFICAR A ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. Inexistente qualquer ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada que dê azo à respectiva reforma, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

2. Excepcionalmente, havendo considerável discrepância entre o valor atribuído à causa pelo autor e a real expressão econômica do pedido, pode o magistrado determinar, de ofício, a sua alteração, porquanto se trata de matéria de ordem pública.

3. Agravo legal desprovido.

(9ª Turma, AI 361106, Proc. 2009.03.00.002301-3/SP, Rel. Des. Fed. Lucia Ursaia, DJF3 CJ1: 12/08/2010, p. 1492).

A competência dos Juizados Especiais Federais vem expressamente definida no *caput* do art. 3º da Lei 10.259/01, que a limitou às causas cujo valor não exceda a alçada de 60 (sessenta) salários mínimos. No que pertine às lides atinentes a obrigações de trato sucessivo, dispôs o seu § 2º, como critério definidor da competência, o valor da causa, considerando-se a soma de doze prestações vincendas.

Na hipótese, tratando-se de revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário, tem-se que a competência pelo critério de valor de alçada deve ser definida com base na diferença entre a renda devida e aquela efetivamente paga, multiplicada por 12 (doze).

Este o entendimento está consolidado no enunciado nº 24 das Turmas Recursais do Juizado Especial Federal de São Paulo/SP:

24 - O valor da causa, em ações de revisão da renda mensal de benefício previdenciário, é calculado pela diferença entre a renda devida e a efetivamente paga multiplicada por 12 (doze).

Os elementos constantes dos autos demonstram que o autor, ora agravante, atribuiu à causa valor excessivamente elevado, sendo manifesta a incompetência do Juízo “a quo” para o julgamento da lide.

Por fim, observo que o valor da causa não se confunde com o valor da condenação a título de atrasados, o qual não está limitado a 60 (sessenta) salários mínimos. Consequentemente, não afasta a competência dos Juizados Especiais Federais.

Tal se infere do art. 17, § 4º, da Lei 10.259/01, que prevê de forma expressa o pagamento nos Juizados por meio de precatórios:

Art. 17º. (...) § 4º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no §1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pela pagamento do saldo sem o precatório da forma lá prevista.

De ofício, corrijo o erro material, para constar que a ação originária objetiva a revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário. Nego provimento ao agravo.

É como voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

Direito Processual Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0002331-45.2010.4.03.6123
(2010.61.23.002331-4)

Apelante: BRUNO RODRIGUES DA COSTA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 53091
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. *EMENDATIO LIBELLI*. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CRIME IMPOSSÍVEL NÃO VERIFICADO. APELAÇÃO DESPROVIDA. DESMEMBRAMENTO DE PROCESSO. CORRÉU DENUNCIADO PELO MESMO FATO E CONDENADO POR TENTATIVA DE ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA QUE JUSTIFIQUE O TRATAMENTO DIFERENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O acusado se defende dos fatos que lhe são atribuídos e não da capitulação legal, razão pela qual o magistrado, no momento da prolação da sentença, sem modificar a descrição dos fatos narrados na exordial acusatória, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa por meio da *emendatio libelli*, não sendo necessário o aditamento da denúncia por parte do *Parquet*.
2. Materialidade e autoria, assim como o dolo do acusado, comprovadas pelo conjunto probatório coligido nos autos.
3. Não há se falar em crime impossível quando o meio empregado pelo acusado não era absolutamente ineficaz. O fato de ter tentado durante longo período se apropriar da quantia guardada no interior do caixa eletrônico, mas não ter logrado êxito em decorrência da chegada dos milicianos, não torna o meio por ele empregado absolutamente ineficaz.
4. O apelante foi denunciado pela tentativa de estelionato com outro corrêu, sendo que o presente feito suspenso em decorrência da aceitação da suspensão condicional do processo penal e o corrêu, que estava sendo processado por fato análogo, foi condenado como incurso nas sanções do estelionato, na forma tentada. Este processo retomou o seu curso e o ora apelante foi condenado pela tentativa de furto qualificado mediante fraude, pois o juízo de origem procedeu à *mutatio libelli*. O corrêu teve o seu apelo desprovido, ocorrendo o trânsito em julgado da sua condenação pela tentativa de estelionato.
5. Violação ao princípio da isonomia reconhecida. Aplicação da mesma sanção imposta ao corrêu, condenado pela tentativa de estelionato, o que encontra fundamento no disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal.
6. Apelação desprovida. *Habeas corpus* concedido de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento ao recurso e conceder habeas corpus de ofício*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de *recurso de apelação* interposto por BRUNO RODRIGUES DA COSTA (fls. 307/312), em face da r. sentença de fls. 281/289v que o condenou pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inc. II, 2ª figura, c.c. art. 14, inc. II e 29, todos do Código Penal, vez que, em 06.06.2010, o acusado e um comparsa teriam tentado obter “vantagem ilícita em detrimento do banco” - Caixa Econômica Federal - “consistente a conduta em se utilizar de cartão de correntista para solicitar um saque, mas o dinheiro sacado seria do próprio banco porque, antes da conclusão da operação, o monitor é empurrado, desligando-se o interruptor, o que faz com que o caixa libere dinheiro do banco e não do correntista”, não se consumado o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

O apelante requer, em síntese, sua absolvição por suposta insuficiência probatória, aludindo, ainda, acerca de eventual crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado. Subsidiariamente, postula seja declarada a nulidade da r. sentença, vez que o acusado fora denunciado como incurso no art. 171, *caput*, c/c art. 14, II e artigo 29, mas foi condenado pelo crime capitulado no art. 155, § 4º, inc. II, sem que o Ministério Público fosse comunicado para aditar a denúncia, o que teria infringido o artigo 384, § único, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões a fls. 314/318.

Parecer da Procuradoria Regional da República (Dra. Rose Santa Rosa, fls. 320/323): pelo não provimento do recurso da defesa.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

De início, observo inexistir qualquer nulidade na r. sentença combatida pelo apelante, senão vejamos.

O recorrente foi denunciado por ter, em 06.06.2010, juntamente de Anderson Silva Santos, tentado obter vantagem ilícita em detrimento da Caixa Econômica Federal, quando então, numa de suas máquinas de autoatendimento 24h, utilizaram um “cartão de correntista para solicitar um saque, mas o dinheiro sacado seria do próprio banco porque, antes da conclusão

da operação, o monitor é empurrado, desligando-se o interruptor, o que faz com que o caixa libere dinheiro do banco e não do correntista”, não consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

Ao fim da narrativa acima, a qual foi exposta na exordial acusatória, o *Parquet* capitulou tais fatos consoante artigo 171, *caput*, c/c artigo 14, II, e artigo 29, todos do Código Penal, para em seguida requerer a condenação dos acusados.

Ocorreu que o Juízo *a quo*, ao sentenciar, enquadrou a conduta do recorrente em diversa capitulação jurídica, o que é perfeitamente possível.

Com efeito, dispõe o artigo 383 do CPP que o juiz, *sem modificar a descrição do fato contido na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave*.

Assim é que a condenação do apelante pelos fatos narrados na denúncia, mas capitulados consoante art. 155, § 4º, II, 2ª figura, do Código Penal, *não configuraria* nulidade alguma.

Neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXTRAÇÃO ILEGAL DE DIAMANTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUGA. RECORRENTE NÃO ENCONTRADO NO ENDEREÇO DOS AUTOS. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR ESTELIONATO E RECEPÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. A fuga do recorrente do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada nos autos, é fundamentação suficiente a embasar a manutenção da custódia preventiva, ordenada para garantir a aplicação da lei penal. 2. Verifica-se a necessidade da custódia antecipada do recorrente, ainda, para fazer cessar a reiteração criminosa, pois consta dos autos que ele ostenta condenações penais definitivas, pela prática de crimes de estelionato e receptação, circunstância que revela a sua propensão a atividades ilícitas, demonstra a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir. DESCLASSIFICAÇÃO. ALEGADO EQUÍVOCO NA CAPITULAÇÃO LEGAL DO DELITO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. POSSIBILIDADE DE *EMENDATIO* E *MUTATIO LIBELI* PELO JUÍZO SINGULAR NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A pretendida desclassificação do delito para o previsto no art. 40 da Lei nº 9.605/98, a pretexto de equívoco na capitulação legal do fato, é questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal. 2. *O acusado se defende dos fatos que lhe são atribuídos na denúncia e não da capitulação legal, de tal sorte que o magistrado, no momento da prolação da decisão repressiva, após a produção de todas as provas no decorrer da instrução, sem modificar a descrição dos fatos narrados na exordial, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa - por meio da emendatio ou mutatio libeli previstos nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal*. 3. Recurso improvido. ..EMEN: (RHC 201200364502, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 11/09/2012 ..DTPB:). g.n

Em suma, o acusado se defende dos fatos que lhe são atribuídos e não da capitulação legal, razão pela qual o magistrado, no momento da prolação da sentença, sem modificar a descrição dos fatos narrados na exordial acusatória, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa por meio da *emendatio libelli*, não sendo necessário o aditamento da denúncia por parte do *Parquet*.

Superado o ponto, passo à análise dos demais pedidos do apelante, quais sejam os de absolvição por suposta insuficiência probatória e por configuração de crime impossível.

Restando plenamente comprovadas a materialidade e autoria delitiva, assim como o dolo do acusado, não há como reformar a r. sentença para absolver o apelante.

A materialidade vem comprovada pelos laudos periciais de fls. 63/65, 90/104 e 105/117. A autoria, por sua vez, está demonstrada pelo laudo pericial de fls. 105/117, vez que as imagens são claras e possibilitam identificar o recorrente e seu comparsa. Não bastasse, há ainda o testemunho de Carlos Roberto e de Florival Leonardi, ambos contrários à tese de inocência apresentada pelo réu.

Quanto ao testemunho da irmã do apelante, este nada auxiliou na apuração do caso.

Sob outro prisma, não há que se falar em crime impossível por ineficácia do meio, uma vez que o meio era apto à consumação delitiva, a qual não ocorreu somente em razão da pronta ação da central de monitoramento do banco e da Polícia Militar. O período de tempo necessário para lograr êxito na conduta delitiva, seja ele longo ou curto, não tem influência sobre viabilidade da consumação. Em outras palavras, não é por que o acusado tentou durante mais de uma hora subtrair o bem alheio, sem sucesso, que o meio escolhido pelo recorrente tornou o crime impossível de se consumir, motivo pelo qual a condenação deve ser mantida.

Embora seja perfeitamente possível a alteração da capitulação legal do delito imputado, como anteriormente ressaltado, o presente feito apresenta uma particularidade que deve ser analisada por esta Corte Regional Federal.

Enquanto este processo esteve suspenso em decorrência da aceitação da suspensão condicional do processo penal por parte de Bruno Rodrigues da Costa, ora apelante, o corréu Anderson Silva Santos foi devidamente processado (autos de nº 2010.61.23.002330-2) e condenado ao cumprimento das penas de 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por uma pena restritiva de direito, e 4 (quatro) dias-multa, como incurso nas sanções do *artigo 171*, § 3º, c.c. *artigo 14*, inciso II, ambos do Código Penal, ocorrendo o trânsito em julgado para ambas as partes após o desprovimento do apelo do corréu.

Verifica-se, assim, clara *violação* ao disposto no *artigo 29* do Código Penal, ao dispor que aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Não por outra razão que o *artigo 580* do Código de Processo Penal estabelece que, no caso de *concurso de agentes*, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundada em *motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal*, aproveitará a todos.

Tanto o *artigo 29* do Código Penal, ao adotar, em regra, a teoria monista, quanto o *artigo 580* do Código de Processo Penal, são manifestações do princípio da isonomia.

No presente caso, com a condenação definitiva de Anderson Silva Santos como incurso nas sanções do *artigo 171* do Código Penal, na sua forma tentada, não poderia o corréu Bruno Rodrigues da Costa, ora apelante, ser condenado como incurso nas sanções do *artigo 155*, §2º, do Código Penal, também na forma tentada, pois o fato é único e não se verifica hipótese de exceção à teoria monista.

Nesse sentido, tratando de hipótese análoga, colaciono o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. ARTS. 12, *CAPUT*, E 18, III, DA LEI 6.368/76. ART. 229, DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO DE AGENTES. DESMEMBRAMENTO. RÉUS JULGADOS EM SENTENÇAS DISTINTAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÕES JULGADAS POR

TURMAS DIVERSAS DO MESMO TRIBUNAL. ABSOLVIÇÃO DE DOIS RÉUS POR UMA TURMA E CONDENAÇÃO DO OUTRO RÉU POR OUTRA TURMA JULGADORA. PEDIDO DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA ABSOLVIÇÃO AO RÉU CONDENADO E DE DESCLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS DOS ARTS. 12, *CAPUT*, E 18, III, DA LEI 6.368/76 PARA O DO ART. 16 DA MESMA LEI. - Se, quanto ao delito do art. 229 do Código Penal, os fundamentos utilizados para absolver alguns dos acusados não podem ser tidos como de carácter exclusivamente pessoal, aproveitam também ao outro réu, razão pela qual devem ser estendidos ao mesmo, nesta parte, os efeitos da absolvição, de acordo com o que dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal. - Entretanto, se a absolvição dos co-réus, no que se refere aos crimes dos arts. 12, *caput*, e 18, III, da lei 6.368/76, fundou-se em motivos não aplicáveis ao outro acusado, ora paciente, inviável invocar-se, quanto a tais crimes, o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, como também se faz inviável acolher-se a argumentação do impetrante no sentido da desclassificação para o delito previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76, ainda mais diante da necessidade de aprofundado exame de matéria fática, providência que não se compatibiliza com o rito especial do *habeas-corpus*. - *Habeas-corpus* concedido em parte. (STJ, Sexta Turma, HC 19514, Registro nº 200101785106, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 01/07/2002)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso interposto pelo acusado e concedo *habeas corpus* de ofício para alterar a condenação imposta na sentença, condenando-o nas sanções do artigo 171, § 3º, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, fixando as penas em 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e 4 (quatro) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

REVISÃO CRIMINAL
0010994-14.2013.4.03.0000
(2013.03.00.010994-4)

Requerente: TOCHUKWU EZEANI
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: RvC 975
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2015

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. CABIMENTO. USO DE DOCUMENTO FALSO. PASSAPORTE USADO NA IMIGRAÇÃO, EMIGRAÇÃO E PERANTE A POLÍCIA FEDERAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DESCLASSIFICAÇÃO INCABÍVEL. DOSIMETRIA REFORMADA. ERRO NO CÁLCULO. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1 - As matérias tratadas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal configuram o próprio mérito do pedido de revisão criminal e não se apresentam como pressupostos processuais para a sua admissibilidade.

2 - Revisionando, nacional da Libéria, apresentou passaporte da República da África do Sul falso, em seu nome, adulterado pela substituição da página com os dados do titular, à imigração brasileira, ao entrar no país. Posteriormente, no dia 27/11/2013, incidiu novamente na infração delituosa, quando tentou embarcar em voo com destino a Amsterdam/Holanda, apresentando o mesmo documento aos funcionários da empresa aérea que efetuaram o check-in, bem como ao setor de emigração. Na sequência, identificou-se ao Agente da Polícia Federal com o referido documento falso.

3 - O documento público apresentado em razão de ordem policial, no exercício de suas atribuições, não exclui o dolo do agente na conduta delitiva, mesmo porque, no caso em comento, o réu já o utilizara anteriormente para ingressar no Brasil, tendo plena ciência da necessidade de apresentação do documento falso às autoridades brasileiras ou a quem quer que lhe solicitasse identificação.

4 - Trata-se de documento obrigatório para o estrangeiro em trânsito, não caracterizando o seu porte e uso para identificação um ato voluntário ou discricionário. Precedentes.

5 - Não há que se falar na desclassificação do delito de uso de documento falso para o crime de falsa identidade previsto no artigo 307 do Código Penal, tampouco para o crime do artigo 308 do Código Penal. Os crimes dos artigos 307 e 308 do Código Penal são subsidiários, ou seja, só ocorrerão caso a conduta não constitua crime de maior gravidade, como ocorreu no presente caso. Ademais, a conduta incriminada no artigo 307 consubstancia-se pela simples atribuição de falsa identidade, e a prevista no artigo 308, na utilização de documento alheio, e não de documento falso.

6 - Não é possível, também, a absorção do uso de documento falso pelo crime de tráfico internacional de drogas. Como é sabido, o delito de uso de documento falso não constitui um meio necessário para a incursão no delito de tráfico de drogas, tampouco

constitui um desdobramento causal do delito de tráfico de drogas.

7 - Quanto à dosimetria da pena, verifica-se que o aumento da pena base está bem fundamentado, tendo o Magistrado sentenciante valorado, sob seu critério, as circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal, sem descuidar da observância ao princípio da não culpabilidade consagrado no enunciado da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, não há como desconsiderar que o uso do documento falso pelo revisionando no Brasil visava, além de sua clandestinidade, a prática incólume de crime equiparado a hediondo em nosso país. Soma-se a isso, como é sabido, que em sede de revisão criminal não é possível reformar a pena, reapreciando-se os critérios individualizadores de fixação estipulados na sentença ou acórdão, sendo necessária a configuração de alguma ilegalidade ou erro material no cálculo apresentado.

8 - O concurso material entre as duas condutas narradas, uma quando o revisionando ingressou no Brasil em 11/11/2003 (imigração), e a outra quando tentava deixar o país em 27/12/2003 (emigração), também é evidente. O lapso temporal entre essas duas condutas foi de 46 dias, não havendo como considerá-las como única, tampouco como continuidade uma da outra. O revisionando, a todo tempo, poderia ter se identificado com documento verdadeiro, preferindo usar documento falso, agindo, portanto, com propósitos autônomos.

9 - A terceira conduta, no entanto, caracterizou-se pela identificação do revisionando junto ao Agente da Polícia Federal, após ter passado pelo setor de emigração, isto é, após a segunda conduta. Assim, a continuidade delitiva somente pode ser considerada entre a segunda e terceira conduta, e não pelo somatório das duas condutas anteriores, conforme constou da sentença rescindenda. Tratando-se de pequeno erro técnico no cálculo, a correção é de rigor e pode ser feita nesta seara.

10 - Assim, considerando a continuidade delitiva ocorrida entre a conduta do revisionando ao passar pela emigração e, em momento posterior, ao se identificar perante o agente da Polícia Federal, uma vez que pela condição de tempo, lugar e modo, tais condutas podem ser entendidas como continuação uma da outra, a pena, somente de uma dessas condutas, é que deve ser majorada na fração de 1/6 (um sexto), restando, assim, estipulada em 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias multa.

11 - Diante do concurso material reconhecido entre a primeira conduta e as demais, a pena resta definitivamente fixada em 05 anos e 20 dias de reclusão e 23 dias multa.

12 - Revisão criminal conhecida. Pedido parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer da presente revisão criminal e julgar o pedido parcialmente procedente, apenas para considerar o aumento referente à continuidade delitiva somente entre a segunda e a terceira conduta perpetrada pelo revisionando, resultando a pena definitivamente fixada em 05 anos e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e 23 dias multa, no valor unitário mínimo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de dezembro de 2014.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Trata-se de revisão criminal proposta em 13/05/2013 por TOCHUKWU EZEANI (nacional da Libéria), em face da r.sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal em Guarulhos/SP que, nos autos de nº 2004.61.19.005596-6, julgou procedente a ação e o condenou pela prática do crime previsto no artigo 304 c/c 297, ambos c/c artigos 69 e 71, todos do Código Penal, às penas de 05 anos e 05 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 25 dias multa, no valor unitário mínimo.

A condenação do revisionando decorreu do fato de ter sido preso em flagrante, no dia 27/12/2003, no Aeroporto Internacional de São Paulo, quando estava prestes a embarcar para Amsterdam/Holanda, transportando 10.880 gramas de cocaína, utilizando-se, para tanto, de passaporte falsificado em três ocasiões distintas (apresentação do passaporte para a imigração brasileira em 11/11/2003, posteriormente, para sua emigração, em 27/12/2003, e, ao final, para se identificar ao agente da Polícia Federal).

O crime de tráfico internacional de drogas foi apurado nos autos de nº 2003.61.19.009155-3.

O trânsito em julgado do édito condenatório para a acusação se deu em 13/08/2008 e para a defesa em 04/11/2009 (fls. 294).

A Defensoria Pública da União promoveu a defesa do revisionando e em suas razões protesta pela atipicidade da conduta em razão da involuntariedade na apresentação do passaporte; desclassificação para o crime de falsa identidade; e absorção da falsificação e do uso de documento falso pelo crime de tráfico internacional de drogas. Subsidiariamente requer a redução da pena base para o mínimo legal; continuidade delitiva entre os delitos ocorridos em 11/11/2003 e 27/12/2003; e reconhecimento de crime único ocorrido em 27/12/2003 (fls. 02/13).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador Regional da República, Dr. Pedro Barbosa Pereira Neto, opinou pelo indeferimento da Revisão Criminal (fls. 333/335).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Inicialmente, ressalto o pacífico entendimento deste Órgão Colegiado no sentido de que as matérias tratadas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal configuram o próprio mérito do pedido de revisão criminal e não se apresentam como pressupostos processuais para a sua admissibilidade:

REVISÃO CRIMINAL - PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO ARGÜIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL REJEITADA - ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EM RAZÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 35, EM CONCURSO MATERIAL, C.C. ARTIGO 40, I, DA LEI Nº 11.343/2006 - revisão PROPOSTA COM FULCRO NO INCISO "I" DO ART. 621 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. Ação revisional conhecida, com ressalva de posicionamento do Relator, pois é entendimento pacífico na Primeira Seção do TRF/3a Região que as matérias tratadas nos incisos do artigo

621 do Código de Processo Penal configuram o próprio mérito do pleito revisional e não pressupostos processuais específicos dessa espécie de ação.

(...)

6. Matéria preliminar rejeitada...

(TRF - 3a Reg. - RVC 200903000252130 - Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO - Primeira Seção - j. 04.11.2010 - DJF3 CJ1 11.11.2010 - pág. 21)

Conheço, assim, do pedido de revisão criminal, que está embasado no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos.

Pois bem.

Segundo consta, o revisionando, nacional da Libéria, apresentou passaporte da República da África do Sul de nº 422684216, em seu nome, adulterado pela substituição da página com os dados do titular, à imigração brasileira, no dia 11/11/2003, ao entrar no país (fls. 144).

Posteriormente, no dia 27/11/2013, incidiu novamente na infração delituosa, quando tentou embarcar no voo KL 0798, da empresa aérea KLM, com destino a Amsterdam/Holanda, apresentando o mesmo documento aos funcionários da empresa aérea que efetuaram o check-in, bem como ao setor de emigração.

Na sequência, identificou-se ao Agente da Polícia Federal Silvio Luís Bezerra com o referido documento falso (fls. 26/29).

O laudo de exame documentoscópico de nº 814/04 confirmou a falsidade do passaporte (fls. 45/46).

O Consulado Geral da África do Sul confirmou que TOCHUKWU EZEANI não era cidadão sul-africano (fls. 43/44).

Em seu interrogatório judicial, o revisionando confirmou que veio ao Brasil para buscar drogas, tendo recebido o passaporte da pessoa que o contratou (fls. 92/93).

O policial Silvio Luís Bezerra esclareceu que o réu foi abordado, após passar pela emigração, porque demonstrava nervosismo (fls. 52/53).

Dito isso, não há que se falar em atipicidade do crime em comento, em razão da involuntariedade na apresentação do passaporte.

Consoante se observa do artigo 304 do Código Penal, a conduta delitiva consiste em fazer uso de documento, público ou particular, material ou ideologicamente falso, como se autêntico fosse.

Na hipótese dos autos, a falsificação denotava potencial lesividade, isto é, era idônea a ludibriar, tendo em vista que o revisionando utilizou, consciente da falsidade (já que constava nacionalidade diversa da sua no documento), o passaporte contrafeito e materialmente falso, para ingressar no Brasil, aqui permanecendo por mais de um mês, fazendo uso do mesmo para viajar ao exterior, junto a Companhia aérea e emigração, e, por fim, identificando-se ao Policial Federal.

O documento público apresentado em razão de ordem policial, no exercício de suas atribuições, não exclui o dolo do agente na conduta delitiva, mesmo porque, no caso em comento,

o réu já o utilizara anteriormente para ingressar no Brasil, tendo plena ciência da necessidade de apresentação do documento falso às autoridades brasileiras ou a quem quer que lhe solicitasse identificação.

Trata-se de documento obrigatório para o estrangeiro em trânsito, não caracterizando o seu porte e uso para identificação um ato voluntário ou discricionário.

Ademais, atualmente entende-se pela irrelevância da voluntariedade, requisição, exigência, espontaneidade ou qualquer movimento interior do agente no que se relaciona à propulsão do ato de se utilizar do documento falso. Uma vez exibido, conscientemente, o objeto do crime, configurado está o tipo do artigo 304 do Código Penal.

Posiciona-se majoritariamente a jurisprudência dos Tribunais Superiores perfilhando tal entendimento.

Confira-se:

Reiterada é a jurisprudência desta Corte e do STF no sentido de que há crime de uso de documento falso ainda quando o agente o exhibe para sua identificação em virtude de exigência por parte da autoridade policial. (Resp 193.210-DF, rel. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., 20.04.1999, v.u., DJ 24.05.1999, Seção 1, p.190)

A propósito:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS. USO DE PASSAPORTE FALSIFICADO. ART.304, C/C. ART.297, AMBOS DO CP. TIPICIDADE CONGLOBANTE. PREJUÍZO A TERCEIROS. DESNECESSIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. I - Réus denunciados pelo Ministério Público Federal porque, no dia 23 de junho de 2006, no Aeroporto Internacional de Guarulhos-SP, apresentaram, respectivamente, os passaportes sul-africanos falsos nºs 471421283 e nº 424681012 quando tentavam embarcar para Nicarágua, via Panamá. II - A materialidade foi comprovada, em especial, pelo Laudo de Exame Documentoscópico do passaporte estrangeiro que afirmou a inautenticidade do objeto periciado, o mesmo se constatando quanto ao carimbo de entrada no país, de nº 0031, aposto na página 04 do passaporte de um dos corréus e no seu cartão de entrada e saída. III - É firme o entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de considerar a irrelevância da voluntariedade, requisição, exigência, espontaneidade ou qualquer movimento interior do agente no que se relaciona à propulsão do ato de se utilizar do documento falso, vale dizer, uma vez exibido, conscientemente, o objeto do crime, configurado está o tipo do art. 304, do Código Penal. IV - A situação de guerra civil atravessada pelo país de origem dos envolvidos, apesar de lamentável, não justifica conduta que não é autorizada pelo sistema normativo brasileiro, ou seja, a despeito da necessidade ou intenção de refúgio e abrigo em país estrangeiro, não é permitida a atuação em desconformidade com a lei, consistente na falsificação de documento ou sua entrada irregular em território estrangeiro, mesmo porque existem meios legais disponíveis para se atingir o objetivo pretendido. V - Dentro do juízo da tipicidade conglobante, não se observa qualquer norma no sistema legal que autorize o uso de passaporte falso, de molde a neutralizar a antinomartividade da ação, mantendo-se, portanto, a tipicidade material e formal. VI - A inexistência de prejuízo a terceiros não influi na verificação do injusto penal do tipo do art.304, do Código Penal, na medida em que se trata de crime cujo objeto jurídico é a fé pública, tratando-se, ademais, de crime de natureza formal, que não exige para consumação a verificação de qualquer resultado naturalístico desfavorável. VII - Dosimetria da pena privativa de liberdade mantida. VIII - A prestação pecuniária fixada na r. sentença no equivalente a 03 (três) cestas básicas, no valor de R\$ 100,00 (cem reais) cada uma, e para cada um dos réus, não obstante a situação financeira destes não

ser condizente com tal encargo, não pode ser mitigada, eis que já fixada em valor inferior ao patamar mínimo legal. Por outro lado, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, também não comporta majoração. IX - Recurso da defesa improvido.(ACR 00041567520064036119, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/09/2011 PÁGINA: 633 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REDUÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Apelação criminal interposta pela Defesa contra sentença que condenou o réu como incurso nos artigos 304 e 297 do Código Penal à pena de 2 anos de reclusão. 2. A materialidade do crime de uso de documento falso restou comprovada pelo laudo pericial que atesta a falsidade da Cédula de Identidade de Estrangeiro apreendida em poder do réu. Também está comprovada a autoria delitiva. 3. Incabível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de uso de cédula de identidade de estrangeiro falsa, posto que o bem juridicamente tutelado é a fé pública, e não pode ser quantitativamente valorada. Precedentes. 4. É irrelevante o fato de o réu ter ou não apresentado o documento de forma espontânea ou mediante solicitação da autoridade policial. Precedentes. 5. Relativamente à pena de prestação pecuniária, assiste razão à Defesa para diminuir as tendo em vista a condição financeira do acusado. 6. A sentença comporta reparo quanto à destinação da pena de prestação pecuniária que deve ser revertida em favor da entidade lesada com a ação criminoso, no caso a UNIÃO, nos termos do artigo 45, §1º do Código Penal. 7. Apelação parcialmente provida.(ACR 00063121020074036181, JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/02/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Não há que se falar, também, na desclassificação do delito de uso de documento falso para o crime de falsa identidade previsto no artigo 307 do Código Penal, tampouco para o crime do artigo 308 do Código Penal.

Com efeito, os crimes dos artigos 307 e 308 do Código Penal são subsidiários, ou seja, só ocorrerão caso a conduta não constitua crime de maior gravidade, como ocorreu no presente caso.

Ademais, a conduta incriminada no artigo 307 consubstancia-se pela simples atribuição de falsa identidade, e a prevista no artigo 308, na utilização de documento alheio, e não de documento falso.

Portanto, sequer estão preenchidos os elementos típicos dos citados artigos.

Não é possível, também, a absorção do uso de documento falso pelo crime de tráfico internacional de drogas.

Como é sabido, o delito de uso de documento falso não constitui um meio necessário para a incursão no delito de tráfico de drogas, tampouco constitui um desdobramento causal do delito de tráfico de drogas.

O réu não lançou mão do passaporte falso para praticar o crime de tráfico, mas sim, para não ser identificado pelas autoridades brasileiras com sua verdadeira identidade.

A corroborar com a não absorção dos delitos, o fato de que o crime de uso não se exauriu no crime de tráfico, já que o passaporte falso foi utilizado pelo revisionando ao ingressar no Brasil, mais de um mês antes de ter sido preso com as drogas.

Diante disso, inviável a consunção entre os crimes.

Nessa trilha:

PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO. INADMISSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APELAÇÃO PROVIDA. 1. O acusado usou o passaporte adulterado, mediante a remoção de páginas, perante as autoridades brasileiras no Aeroporto Internacional de Guarulhos (SP), em 09.06.09, quando detido em flagrante pelo tráfico internacional de drogas. 2. O interrogatório do réu denota o conhecimento da supressão das páginas do documento, a corroborar o dolo da conduta. 3. O delito de falso não é crime meio para o tráfico internacional de entorpecentes, havendo dolo específico diferenciado para cada qual desses delitos. Inaplicável o princípio da consunção, não se admite absorção da falsidade pelo tráfico de drogas (STJ, HC nº 25.132, Rel. Min. Paulo Galotti, j. 29.06.09 e TRF 3ª Região, ACr nº 2009.61.19.005593-9, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 08.11.10). 4. Comprovadas a autoria e a materialidade do delito, impõe-se a condenação do réu pela prática do delito do art. 304 c. c. art. 297, ambos do Código Penal. 5. Apelação provida. (ACR 00103127420094036119, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

A PENAL E PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO ARTIGO 304 CP - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO- INAPLICABILIDADE - FALSA IDENTIDADE. DELITO SUBSIDIÁRIO. PENA-BASE. REDUZIDA MAS MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE INTENSA. CONTINUIDADE DELITIVA. CARACTERIZADA. UTILIZOU O DOCUMENTO ADULTERADO POR DUAS VEZES. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. I. A materialidade do delito restou demonstrada pelo Laudo de Exame Documentoscópico II -. A autoria e dolo restaram demonstrados pelo conjunto probatório, inclusive pela confissão do acusado, na fase policial e judicial. III - Não procede o pedido de aplicação do princípio da consunção, uma vez que o falso aqui tratado não foi meio necessário à prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes. IV - Não é possível agravar a pena com alusão ao desajuste na personalidade e na conduta social dos acusados se tal avaliação se funda no registro de ação penal em curso, com condenação não transitada em julgado, como é o caso dos autos, visto que tal juízo choca-se com a Súmula 444 do STJ. V - Entretanto, a culpabilidade do apelante é intensa, pois tinha plena ciência que, para praticar o delito de tráfico de entorpecentes, teria que usar documento falso, e, inclusive, contribuiu para a adulteração do passaporte, pois forneceu sua foto para substituir a verdadeira, razão pela qual a pena-base deve ser majorada em 1/6 (um sexto). VI - Com razão a magistrada sentenciante ao reconhecer a continuidade delitiva, uma vez que o apelante confessou, em seu interrogatório judicial, ter usado o passaporte adulterado em duas ocasiões, quais sejam, quando ingressou no território nacional e quando dele tentou sair, tendo, nas duas ocasiões, apresentado o passaporte falso perante as autoridades brasileiras. VII - Recurso parcialmente provido. (ACR 00015846220034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/09/2011 PÁGINA: 40 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Em resumo, concluo que a materialidade, autoria, consciência da ilicitude e o dolo de praticar o crime de uso de documento falso pelo revisionando restaram devidamente comprovados, nas três vezes assinaladas na denúncia, não havendo mínima ilegalidade no édito condenatório.

Quanto à dosimetria da pena, consignou a r. sentença (fls. 243/246):

(...)

Atenta ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar-lhe a pena. Quanto aos antecedentes criminais do acusado, verifico que ele já foi condenado e cumpriu pena privativa

de liberdade quanto ao delito de tráfico internacional de drogas. Todavia, tal registro não deve ser considerado em seu desfavor, haja vista que os fatos apurados neste processo ocorreram no mesmo contexto, ou seja, o acusado era primário à ocasião da prática do fato apontado na denúncia deste processo. De igual modo, inexistem nos autos elementos que desabonem sua conduta social. Quanto à culpabilidade, considero-a significativa, pois o réu não deu importância ao bem jurídico tutelado na espécie - a fé pública, o que se revela pela sua intenção de praticar o crime e deixar o país, após ter feito uso de documento falso, deixando extrema de dúvidas a pretensão de se furtar à aplicação da Lei Penal por esse delito. A personalidade do agente se revelou tendente à busca pelo “caminho mais fácil”, independentemente dos prejuízos que possa causar à sociedade, razão pela qual deve ser considerada como circunstância judicial desfavorável. Do mesmo modo, as circunstâncias do crime não indicam maior censura à conduta criminosa do que o exigido para os fins buscados pela esfera penal; no que pertinente às suas conseqüências, a conduta do réu, isoladamente, não comprometeu o controle do tráfego de pessoas no País. Do confronto entre as circunstâncias negativas e positivas, exsurge como justa e adequada à reprovação da conduta criminosa praticada por Tochukwu Ezeani uma pena-base um pouco acima no mínimo legal: 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do maior salário mínimo vigente à época do crime, por inexistirem dados acerca da sua situação econômica. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Restando configurado o concurso material entre a primeira conduta praticada pelo acusado, no dia 11/11/2003, e a segunda praticada em 27/12/2003, a pena anteriormente aplicada deve ser somada, perfazendo o total de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além de 22 (vinte e dois) dias-multa. Por fim, devido à configuração da continuidade delitiva (art. 71 do CP), acresço 1/6 (um sexto) àquela quantidade de pena e alcanço o patamar de 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, bem como 25 (vinte e cinco) dias-multa, sendo cada dia-multa no valor fixado inicialmente, pena esta que torno DEFINITIVA. Nos termos do artigo 44, III, do Código Penal, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porque as circunstâncias judiciais revelam que essa última modalidade de pena é insuficiente no caso em tela. Para o cumprimento da pena, fixo o regime inicial semi-aberto, nos termos do artigo 33, 2º, “b”, e 3º, todos do Código Penal Brasileiro. O acusado poderá recorrer em liberdade, nos termos do art. 594 do CPP.

(...)

Pelo exposto, verifico que o aumento da pena base está bem fundamentado, tendo o Magistrado sentenciante valorado, sob seu critério, as circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal, sem descuidar da observância ao princípio da não culpabilidade consagrado no enunciado da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, não há como desconsiderar que o uso do documento falso pelo revisionando no Brasil visava, além de sua clandestinidade, a prática incólume de crime equiparado a hediondo em nosso país.

Soma-se a isso, como é sabido, que em sede de revisão criminal não é possível reformar a pena, reapreciando-se os critérios individualizadores de fixação estipulados na sentença ou acórdão, sendo necessária a configuração de alguma ilegalidade ou erro material no cálculo apresentado.

Nesse sentido:

PENAL - REVISÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - HIPÓTESES - INOCORRÊNCIA - PRETENSO REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS ANALISADAS EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS - PENA FIXADA

DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS - REVISÃO IMPROCEDENTE. 1. O pedido revisional intenta reapreciação de dosimetria da pena exaustivamente analisada e fundamentada na sentença e apelação e que não veio a ser refutada por provas novas, a teor dos pressupostos elencados no art. 621, do Código de Processo Penal. 2. A alteração da reprimenda em sede de Revisão Criminal só se justifica se foi praticada contra o “texto expresso da lei”. Não há espaço para uso de Revisão Criminal com o fito de obter dos membros do Tribunal um juízo de valor que seja diverso do juízo manifestado pelo Magistrado “a quo” ou pelo Órgão Colegiado. 3. Revisão improcedente.

(RVC 00110464420124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01.03.2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Desta forma, deve ser mantida a pena-base fixada acima do mínimo legal, tal como estipulada na sentença.

O concurso material entre as duas condutas narradas, uma quando o revisionando ingressou no Brasil em 11/11/2003 (imigração), e a outra quando tentava deixar o país em 27/12/2003 (emigração), também é evidente.

O lapso temporal entre essas duas condutas foi de 46 dias, não havendo como considerá-las como única, tampouco como continuidade uma da outra.

O revisionando, a todo tempo, poderia ter se identificado com documento verdadeiro, preferindo usar documento falso, agindo, portanto, com propósitos autônomos.

A terceira conduta, no entanto, caracterizou-se pela identificação do revisionando junto ao Agente da Polícia Federal, após ter passado pelo setor de emigração, isto é, após a segunda conduta.

Assim, a continuidade delitiva somente pode ser considerada entre a segunda e terceira conduta, e não pelo somatório das duas condutas anteriores, conforme constou da sentença rescindenda.

Tratando-se de pequeno erro técnico no cálculo, penso que sua correção é de rigor e pode ser feita nesta seara.

Assim, considerando a continuidade delitiva ocorrida entre a conduta do revisioanando ao passar pela emigração e, em momento posterior, ao se identificar perante o agente da Polícia Federal, uma vez que pela condição de tempo, lugar e modo, tais condutas podem ser entendidas como continuação uma da outra, a pena, somente de uma dessas condutas, é que deve ser majorada na fração de 1/6 (um sexto), restando, assim, estipulada em 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias multa.

Diante do concurso material reconhecido entre a primeira conduta e as demais, a pena resta definitivamente fixada em *05 anos e 20 dias de reclusão e 23 dias multa*.

Ante o exposto, conheço da presente revisão criminal e julgo o pedido parcialmente procedente, apenas para considerar o aumento referente à continuidade delitiva somente entre a segunda e a terceira conduta perpetrada pelo revisionando, resultando a pena definitivamente fixada em 05 anos e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e 23 dias multa, no valor unitário mínimo, nos termos do expendido.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

“HABEAS CORPUS”
0002958-46.2014.4.03.0000
(2014.03.00.002958-8)

Impetrantes: ROBERTO PODVAL E OUTROS
Pacientes: LUIZ ANTONIO SCUSSOLINO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PIRACICABA - SP
Corréus: MARIA JOSE GOUVEIA GASPARINI E FRANCISCO MAURO SCABORA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: HC 57337
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO, FRAUDE À EXECUÇÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA VINCULANTE 24. INAPLICABILIDADE PARA OS CRIMES NÃO TRIBUTÁRIA IMPUTADOS AOS PACIENTES.

1 - Ordem de *habeas corpus* visando o trancamento de ação penal instaurada em face dos pacientes, imputando-lhes a prática dos delitos tipificados nos arts. 288, 298, 299, 179 e 296, §1º, inciso III, todos do Código Penal.

2 - Denúncia parcialmente rejeitada quanto ao crime contra a ordem tributária.

3 - Violação ao art. 83 da Lei nº 9.430/96. Inocorrência.

4 - Conforme decidido pelo Plenário do STF no julgamento da ADI 1571, a norma contida no artigo 83 da Lei 9.430/66 destina-se aos agentes da Administração Fazendária, e não aos Membros do Ministério Público Federal.

5 - No caso em tela, não houve remessa de ofício pelos agentes fiscais da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal, mas sim requisição da representação pela Procuradoria da República.

6 - Afronta à Súmula Vinculante nº 24 do STF. Inocorrência.

7 - Depreende-se da inicial acusatória que as fraude e falsidades narradas não se relacionavam unicamente ao crime tributário, mas tinham como objetivo desviar e ocultar o patrimônio da Ludival, descapitalizando a empresa.

8 - Como se observa da narrativa da denúncia, a sonegação fiscal não constitui o único crime-fim, sendo que as falsificações atribuídas aos acusados tinham também por objetivo a descapitalização da Ludival e consequente fraude às execuções nas esferas federal, estadual e municipal, fraude a credores, tratando-se de delitos autônomos.

9 - Não se extrai dos autos a incidência do princípio da consunção na presente hipótese, havendo elementos demonstradores da autonomia dos demais delitos frente ao crime contra a ordem tributária, o que afasta a incidência da Súmula Vinculante 24 do STF, esvaziando a discussão trazida na presente impetração quanto à necessidade da constituição definitiva do lançamento tributário.

10 - Por seu turno, o crime de quadrilha ou bando, atualmente denominado associação criminosa, por sua natureza, é autônomo e se perfaz independentemente da prática dos crimes a que os agentes objetivam perpetrar a partir da união associativa, sendo prescindível a comprovação de que houve o cometimento de crimes por integrantes

da associação.

11 - Desnecessária a comprovação dos crimes que os integrantes da associação teriam praticado em unidade de desígnios e, ainda que o fim do grupo criminoso fosse somente a prática de crimes contra a ordem tributária, o que não ocorre *in casu*, conforme já destacado linhas atrás, a Súmula Vinculante nº 24 do STF não constitui óbice para a persecução criminal do delito do art. 288 do CP.

12 - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator): Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Roberto Podval, Odel Mikael Jean Antun, Marcelo Gaspar Gomes Raffaini e Mariana Tranchesí Ortiz em favor de LUIZ ANTONIO SCUSSOLINO, DANIEL LUNARDI SCUSSOLINO, DANILO LUNARDI SCUSSOLINO e STEFÂNIA SANTINA SCUSSOLINO DA CUNHA, contra ato do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Piracicaba/SP praticado nos autos da ação penal nº 0003729-98.2012.403.6109.

Narram os impetrantes, em síntese, que os pacientes foram denunciados como incurso nas penas dos artigos 288, 298, 299, 179 e 296, §1º, inciso III, todos do Código Penal e artigo 2º, I, c.c. artigo 12, I, da Lei 8.137/90, por terem supostamente, na qualidade de representantes da empresa LUDIVAL MÓVEIS LTDA, suprimido tributos federais (IPI, IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), mediante expedientes tidos pela autoridade fazendária como fraudulentos.

Relatam os impetrantes que, não obstante a ausência de “decisão final, na esfera administrativa sobre a exigência e o montante do crédito tributário em discussão, em evidente afronta ao artigo 83, da Lei Federal nº 8.430/96”, a denúncia foi recebida pela autoridade coatora, sendo rejeitada, porém, quanto à imputação do delito do artigo 2º da Lei 8.137/90, pois “se houve com a prática das condutas a supressão e/ou redução de tributos, configura-se o delito tipificado no artigo 1º, I, e não o descrito no artigo 2º, I, cumprindo aguardar-se a constituição definitiva do crédito lançado para se dar início à ação penal, em homenagem à Súmula Vinculante nº 24 do E. STF”.

Afirmam os impetrantes que, “embora esse entendimento se aplique às demais imputações da denúncia - já que os supostos fatos nela descritos correspondem tão somente ao modus operandi da eventual supressão ou redução de tributo -, o juízo da 1ª Vara Federal de Piracicaba limitou-se a afastar a imputação do crime do art. 2º da Lei nº 8.137/90, mantendo a ação penal em desfavor dos pacientes em relação a todos os demais tipos delitivos imputados”.

Sustentam os impetrantes que a manutenção da ação penal em desfavor dos pacientes configura constrangimento ilegal, uma vez que a persecução penal é nula, pois decorrente da remessa da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal antes do término

dos procedimentos administrativo-fiscais, em afronta ao artigo 83 da Lei 9.430/96. Aduzem ainda que a ação não pode prosseguir em relação aos demais delitos, dado que inseridos no mesmo contexto (não pagamento de tributos à Receita Federal), e porque eventuais delitos integram o *modus operandi* do delito fiscal, sendo por este absorvidos.

Aduzem que, “embora na denúncia ofertada contra os pacientes o Ministério Público Federal tente, sem sucesso, sustentar uma imputação autônoma de fatos que representam o *modus operandi* em tese empregado na execução do delito tributário, é certo que todos os expedientes fraudulentos narrados inserem-se no contexto da sonegação fiscal e só têm razão de ser nesse contexto”. E diante da impossibilidade de se ofertar imputação autônoma das falsidades que consubstanciam a própria fraude, elementar típica do delito fiscal, imputou-lhes os crimes-meio, em desrespeito ao princípio da consunção.

Argumentam que, com a nova redação conferida pela Lei 12.850/2012, para a configuração do crime do artigo 288 do CP é necessária a reunião de agentes com o fim específico de cometer crimes e a atividade econômica desempenhada pelo paciente Luiz Antonio é lícita (fabricação e comércio de estofados), não se podendo considerar a sociedade empresária como associação criminosa. Sustentam ainda que o próprio órgão acusador admitiu que o crime de formação de quadrilha está atrelado à apuração do crime tributário, ao cometimento de fraude fiscal, de modo que carece de justa causa a persecução penal quanto ao crime de formação de quadrilha por ausência de constituição definitiva do crédito tributário.

Asseveram, ainda, que, no tocante ao delito do artigo 179 do CP, se os cheques não se destinavam ao pagamento das notas fiscais contabilizadas, já que estas seriam inidôneas, trata-se de mero exaurimento do crime tributário, pois emitido apenas para conferir aparência de legalidade a toda operação.

Pretendem os impetrantes, em liminar, a suspensão da ação penal em curso até o julgamento final do *writ*, tendo em vista que foi designada audiência de instrução para o dia 11/03/2014. Ao final, pedem seja reconhecida a ausência de justa causa para a ação penal em virtude da violação da Súmula Vinculante nº 24 e a nulidade do processo crime, desde o encaminhamento da Representação Fiscal para Fins Penais ao MPF, em decorrência da violação do artigo 83 da Lei 9.430/96.

Requisitadas informações à autoridade impetrada (fls. 615/616), foram prestadas às fls. 620/624v, com os documentos de fls. 625/671.

A liminar foi indeferida às fls. 673/674v.

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 676/691, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

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

A ordem deve ser denegada.

Da alegação de nulidade do processo em virtude da violação ao dispositivo no artigo 83 da Lei 9.430/96.

A tese de nulidade não merece acolhimento.

Dispõe o alegado dispositivo:

Artigo 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

No entanto, conforme decidido pelo Plenário do STF no julgamento da ADI 1571, a norma contida no artigo 83 da Lei 9.430/66 destina-se aos agentes da Administração Fazendária, e não aos Membros do Ministério Público Federal:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei no 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I da Constituição. Notícia *criminis* condicionada “à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário”. 4. A *norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público*. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notícia criminis* ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita “representação tributária”, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação

(STF, ADI 1571, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 30-04-2004 PP-00027 EMENT VOL-02149-02 PP-00265)

No caso em tela, não houve remessa de ofício pelos agentes fiscais da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal, mas sim requisição da representação pela Procuradoria da República, conforme se verifica às fls. 33/34.

Os próprios impetrantes expressam na inicial (fls. 04) que a remessa da representação fiscal pela Receita Federal decorreu de requisição do Ministério Público Federal:

... Ao tomar ciência da referida operação fiscal pela imprensa local e dos expressivos valores supostamente sonegados, a Procuradoria da República do município de Piracicaba expediu ofício à Receita Federal requisitando àquele órgão “a imediata remessa a esta Procuradoria da República da competente Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) lavrada em face do contribuinte, *independentemente da constituição definitiva do crédito tributário*” (dos. 01, destacamos).

O pleito restou atendido pelo órgão fiscal, que elaborou e encaminhou ao *parquet* a Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) nº 13888.055642/2010-99 *sem que tivesse sido proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência e o montante do crédito tributário em discussão*, em evidente afronta à regra do artigo 83, da Lei Federal nº 9.430/96 (doc. 02).

Ora, a toda evidência, o ente fiscal não agiu de ofício ao encaminhar à Representação Fiscal para Fins Penais ao Ministério Público Federal. Contrariamente ao alegado, a Receita

Federal atendeu, nos termos da Lei, a requisição que lhe foi dirigida pelo *parquet*.

Com efeito, o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93 estabelece o poder requisitório do membro do Ministério Público, sendo certo que os §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal estabelece a inoponibilidade da exceção do sigilo, bem como a responsabilidade do agente pela falta injustificada quanto ao atendimento da requisição.

Em outras palavras, não há que se falar em violação ao artigo 83 da Lei 9.430/96 e, consequentemente, em ilegalidade na remessa pela Delegacia da Receita Federal da representação fiscal para fins penais à Procuradoria da República, a pedido desta.

Da alegação de ausência de justa causa para a ação penal, em afronta à súmula 24 do STF. Também não procede a alegação.

De início, cumpre registrar que a denúncia foi rejeitada quanto à imputação do crime tributário (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90).

Além disso, conforme se verifica da denúncia, além da narração de crime tributário, há a imputação de diversos outros crimes autônomos como falsidade ideológica, falsidade material, falsificação de sinal público, fraude à execução e associação criminosa.

Depreende-se da inicial acusatória que as fraude e falsidades narradas não se relacionavam unicamente ao crime tributário, mas tinham como objetivo desviar e ocultar o patrimônio da Ludival, descapitalizando a empresa.

Segundo a inicial, por meio de expedientes fraudulentos, o patrimônio da Ludival foi transferido para “empresas de fachada”, todas do mesmo grupo econômico (Dival, Zilog, Zitral, Luizzi e Xapex), bem como para o patrimônio pessoal dos acusados, por meio da aquisição de bens (fazendas, veículos, obras de arte, gado) e pagamento das despesas dos acusados e do Grupo.

Segundo a denúncia, “as empresas do Grupo têm uma mesma finalidade, constituem um só empreendimento, e a constituição e a operação de várias sociedades tem por fim ludibriar terceiros, implementar manobras de desvio de recursos e ocultação de patrimônio contra dívidas inadimplidas, dentre elas, as contraídas perante o Fisco” (fl. 493)

A denúncia narra, em síntese, as imputações penais atribuídas aos pacientes:

VII - SÍNTESE DAS IMPUTAÇÕES PENAIS

Diante das condutas comprovadas, narradas acima, conclui-se que os acusados LUIZ ANTONIO, DANIEL, DANILO, STEFÂNIA, MARIA JOSÉ e FRANCISCO, de forma consciente e voluntária, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, sob a organização e direção de LUIZ ANTONIO, praticaram as seguintes infrações penais:

7.1. DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO NA FORMA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288 DO CP c/c LEI 9.034/95)

7.1.1. Pelo menos no período de 06/01/2005 até 13/10/2009, associaram-se de forma permanente e estável, nos moldes de uma organização criminosa, para a prática reiterada de crimes, sobretudo falsidades ideológicas (art. 299 do CP), de documentos particulares (art. 298 do CP), de sinais públicos (art. 296, § 1º, III, do CP), de fraude à execução das fazendas públicas municipal, estadual e federal (art. 179 do CP) e crimes contra a ordem tributária (art. 2º, 1, da Lei nº 8.137/90).

7.2. DOS CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299 DO CP)

7.2.1. Na data de 01/02/2007, constituíram a pessoa jurídica ADA, cujos atos constitutivos foram arquivados na JUCESP no dia 27/02/2007, omitindo informações e inserindo informações falsas no respectivo contrato social ao registrarem como únicos sócios os acusados MARIA JOSÉ e FRANCISCO, alterando assim, fato juridicamente relevante com a finalidade

de prejudicar direitos de terceiros (credores), pois trata-se de empresa de fachada pertencente “de fato” aos acusados LUIZ ANTONIO, STEFÂNIA, DANIEL e DANILO.

7.2.2. Na data de 13/02/2008, constituíram a pessoa jurídica LEGACY, cujos atos constitutivos foram arquivados na JUCESP no dia 22/02/2008, inserindo informações falsas no respectivo contrato social a fim de conferir-lhe existência autônoma em relação à LUDIVAL e LUIZZI, tendo como sócios as pessoas jurídicas DADYLO e DDS, assinando por elas os acusados DANIEL e DANILO. Trata-se de empresa de fachada pertencente ao grupo criminoso, utilizada para efetuar a venda de bens móveis produzidos pela LUDIVAL e LUIZZI para outros clientes, a fim de burlar a exclusividade de venda para as Casas Bahia.

7.2.3. Na data de 05/01/2008, ao elaborarem contrato de locação fictício entre a XAPEC e a LUDIVAL, assinando pelo locador DANILO e pela locatária a denunciada STEFÂNIA, os acusados nele consignaram negócio jurídico inexistente de fato, com a finalidade de justificar e dar aparência de legalidade à instalação da fábrica da LUDIVAL em imóvel pertencente à XAPEC e possibilitar a transferência de recursos da LUDIVAL para a XAPEC dissimulando a verdadeira motivação.

7.3. DOS CRIMES DE FALSIDADE DE DOCUMENTOS PARTICULARES (ART. 289 DO CP)

7.3.1. No período de 06/01/2005 a 29/12/2008, o falsificaram, no todo, 1.310 (mil trezentos e dez) documentos particulares, consistentes nas notas fiscais falsas de 26 (vinte e seis) pessoas jurídicas distintas, indicadas como supostos fornecedores de insumos da LUDIVAL, constantes no quadro 3 acima. Esses documentos falsos foram utilizados na escrituração contábil da LUDIVAL, em prejuízo da Fazenda Pública e de todos os demais credores que entabularam relações comerciais com o Grupo LUDIVAL, bem como sujeitaram as verdadeiras empresas que figuraram como supostas emitentes em tais notas falsas a constrangimentos perante o Fisco.

7.3.2. No período de 20/06/2005 a 13/10/2009, os acusados falsificaram, em parte, pelo menos 284 (duzentos e oitenta e quatro) documentos particulares, mediante a aposição de falsos carimbos e a falsificação das assinaturas para endosso dos cheques emitidos pela LUDIVAL e pela ADA destinados ao pagamento de notas fiscais falsas.

7.4. DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE SELO OU SINAL PÚBLICO (ART. 296, § 1º, III, DO CP)

7.4.1. No período de 05/01/2005 a 22/12/2008, os acusados falsificaram e utilizaram indevidamente sinais atribuídos por lei à entidade de direito público, consistentes em carimbos de fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná de 04 (quatro) postos de-- fiscalização distintos, com o respectivo brasão identificador do órgão, apostos em 645 (seiscentos e quarenta e cinco) notas fiscais falsas, violando, assim, a fé pública daquele órgão de fiscalização estadual.

7.5. DO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA DO ART. 2º, I, DA LEI Nº 8.137/90

7.5.1. Pelo menos no período de 06/01/2005 a 13/10/2009, os acusados empregaram, reiteradamente, complexa e sofisticada fraude para eximir-se do pagamento de tributos lançados em face da pessoa jurídica LUDIVAL, definitivamente constituídos mas ainda não executados judicialmente, mediante os diversos artifícios fraudulentos para a blindagem patrimonial narrados nesta denúncia, sobretudo: a-) a descapitalização da empresa LUDIVAL e a utilização da empresa de fachada ADA para a centralização dos recebimentos e pagamentos da LUDIVAL e a posterior distribuição de valores para as demais empresas do grupo e para os acusados, inclusive para a aquisição de bens como fazendas e obras de arte, com a dissimulação da origem dos recursos utilizados em tais transações; b-) o registro, em nome da XAPEC, de bens adquiridos com receitas obtidas pela comercialização de produtos da LUDIVAL; c-) a inclusão, nos quadros societários das empresas do Grupo (XAPEC, LUIZZI, ZITRAL, ZILOG, LEGACY) de outras pessoas jurídicas (DDS, DADYLO, FASAL), para que estas últimas servissem de anteparo contra os credores; dentre outros expedientes fraudulentos.

7.5.2. Considerando que as fraudes empregadas impediram até esse momento o ingresso aos cofres públicos de elevado montante de tributos e contribuições federais, está caracterizado o

grave dano causado à coletividade previsto no artigo 12, I, da Lei 8.137/90. Deveras, os tributos e contribuições sociais devidos pela LUDIVAL perfaziam o montante de R\$ 127.763.002,56, conforme informação da Receita Federal 10/11). Este valor equivale a mais de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) salários mínimos, criminosamente solapado do erário e que deixou de ser aplicado nas políticas públicas, desfalcando áreas de singular interesse social como a educação, saúde, habitação etc. Conforme informações divulgadas pela imprensa regional (fl. 225 e doc. 18 do Anexo MPF), a operação “Flecha Partida”, codinome dado pela Receita Federal à fiscalização que embasa esta denúncia, desbaratou o maior esquema de sonegação fiscal na região de Piracicaba já apurado na história da Delegacia da Receita Federal sediada neste município.

7.6. DO CRIME DE FRAUDE À EXECUÇÃO (ART. 179 DO CP)

7.6.1. Pelo menos no período de 06/10/2005 a 13/10/2009, os acusados fraudaram, reiteradamente, execuções fiscais de tributos federais, estaduais e municipais e de contribuições sociais, conforme quadros 5, 6 e 7, desviando bens da LUDIVAL e simulando dívidas em seu desfavor, mediante as fraudes descritas nesta denúncia. Ressalve-se, quanto a esta imputação, que estarão prescritas as condutas consumadas até 04 (quatro) anos da data do recebimento desta denúncia.

7.6.2. Conforme quadros 5, 6 e 7 e documentação ora anexada, mediante as condutas acima narradas os acusados frustraram, reiteradamente, as execuções fiscais de diferentes tributos de competência dos três entes da federação, isto é, tributos federais (IRPJ, COFINS, PIS), estadual (ICMS) e municipal, além de contribuições sociais, razão pela qual aplicáveis as regras do concurso formal (art. 70 do CP) e do crime continuado (art. 71), cumulativamente.

Como se observa da narrativa da denúncia, a sonegação fiscal não constitui o único crime-fim, sendo que as falsificações atribuídas aos acusados tinham também por objetivo a descapitalização da *Ludival* e consequente fraude às execuções nas esferas federal, estadual e municipal, fraude a credores e, ainda, ludibriar o acordo de exclusividade comercial firmado com as Casas Bahia, tratando-se de delitos autônomos, não se exaurindo no delito fiscal.

Em que pese o esforço dos impetrantes em sustentar que os crimes imputados restariam absorvidos pelo crime contra a ordem tributária, a exposição da *denúncia os demais elementos constantes dos autos não levam a essa conclusão*.

Ademais, a via estreita do *habeas corpus*, conforme entendimento jurisprudencial há muito sedimentado, não permite a incursão aprofundada na análise fático-probatória.

Sobre o tema:

(...) III - Ainda, relativamente à tese de que a continuidade delitiva não poderia ser reconhecida na hipótese, porquanto o paciente teria cometido apenas um único fato delituoso contra a vítima, e que se mostra frágil o conjunto probatório produzido nos autos, verifico que a análise de tal questão necessitaria de amplo revolvimento do material fático-probatório, o que, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, mostra-se inviável em sede de *habeas corpus*. (Precedentes). Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

..EMEN:(HC 200702100774, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:23/06/2008 LEXSTJ VOL.:00229 PG:00316 ..DTPB:.)

Desse modo, não se extrai dos autos a incidência do princípio da consunção na presente hipótese, havendo elementos demonstradores da autonomia dos demais delitos frente ao crime contra a ordem tributária, o que afasta a incidência da Súmula Vinculante 24 do STF, esvaziando a discussão trazida na presente impetração quanto à necessidade da constituição definitiva do lançamento tributário.

Por seu turno, o crime de quadrilha ou bando, atualmente denominado associação criminosa, por sua natureza, é autônomo e se perfaz independentemente da prática dos crimes a que os agentes objetivam perpetrar a partir da união associativa, sendo prescindível a comprovação de que houve o cometimento de crimes por integrantes da associação.

Nesse sentido situa-se o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, *v.g.*:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime de quadrilha ou bando. Delito formal contra a paz pública. Circunstâncias elementares do tipo. Concurso de, pelo menos, quatro pessoas, finalidade específica dos agentes e estabilidade do consórcio. Exigência da prática ulterior de delito compreendido no projeto criminoso. Desnecessidade. Figura autônoma. Descrição suficiente dos fatos elementares. Denúncia apta. Impossibilidade de aprofundar a cognição dos fatos à luz da prova. HC denegado. Inteligência do art. 288 do Código Penal. Precedentes. *Crime formal, o delito de quadrilha ou bando consuma-se tanto que aperfeiçoada a convergência de vontade dos agentes e, como tal, independe da prática ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas.*

(STF, 2ª Turma, HC 88978/DF, Rel. Min. Cesar Peluso, Dje 20.09.2007) (g.n.)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO ARMADO. (1) AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. INVIABILIDADE. (2) PRISÃO PREVENTIVA. RISCO PARA A ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. SOFISTICADO GRUPO ARMADO. ESPECIALIZADO EM EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONTRANGIMENTO. AUSÊNCIA. (...) 1. A ação penal pelo crime de quadrilha não se ressent de falta de justa causa, pois, apesar de não ter sido o paciente denunciado pelas infrações penais planejadas pelo bando, tem-se a narrativa de sua contribuição para o concerto sceleris. *Pontue-se que o delito do art. 288 do CP compõe-se de comportamento típico autônomo, que não depende, portanto, do advento da prática das ações idealizadas.* (...) (STJ, 6ª Turma, HC 122617, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 08.09.2009.) (g.n.)

Dessa forma, desnecessária a comprovação dos crimes que os integrantes da associação teriam praticado em unidade de desígnios e, ainda, que o fim do grupo criminoso fosse a prática de crimes contra a ordem tributária, o que não ocorre *in casu*, conforme já destacado linhas atrás, tendo em mira os outros delitos a eles atribuídos, a Súmula Vinculante nº 24 do STF não constitui óbice para a persecução criminal do delito do art. 288 do CP.

É de se registrar que, com o advento da Lei nº 12.850/2013, que deu nova redação ao artigo 288 do Código Penal, para a configuração do delito é necessária que a associação tenha o “*fim específico de cometer crimes*”. Ou seja, os integrantes da associação devem pretender a realização de delitos determinados. Nesse sentido anota Guilherme de Souza Nucci, *in* Código Penal Comentado, Ed.RT, 14ª ed., 2014, pg. 1195/1196:

23. *Finalidade específica*: a reforma introduzida pela Lei 12.850/2013 incluiu, no tipo penal, o termo específico, referindo-se ao fim dos agentes. Nada mais fez o legislador que consagrar a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de se exigir a finalidade especial de cometer crimes, o que configura o caráter de durabilidade e estabilidade da associação, diferenciando-se do mero concurso de agentes. Por outro lado, é preciso ressaltar devam tais delitos, visados pelo agrupamento, ser determinados, vale dizer, não basta um singelo ajuntamento de pessoas que não têm a menor noção do que fazer. Por outro lado, para se concretizar a estabilidade e a permanência, devem os integrantes da associação pretender realizar mais de um delito. Não fosse assim e tratar-se-ia de concurso de agentes, como já mencionado. Acrescentem-se,

ainda, serem fatos atípicos o agrupamento de pessoas com outras finalidades especiais, sem o objetivo de conturbar a paz pública, mas, sim, com a meta de chamar a atenção para a solução de algum problema. Conferir: TJSP: “Não caracterização de quadrilha ou bando [hoje, associação criminosa] - Movimento dos Sem Terra - Associação para a prática de crimes não comprovada - Invasão de propriedades com a finalidade de pressionar autoridades - Expediente que, apesar de perturbar a ordem pública, importa ilícito civil - Absolvição mantida” (Ap. 272.550-3-Andradina, 5.a C., rel. Dante Busana, 26.10.2000, v. u., JUBI 54/01).

Quanto ao ponto, alegam os impetrantes que, para a configuração do crime, é necessária a reunião de agentes com o fim específico de cometer crimes, sendo que a atividade empresarial desenvolvida pelos pacientes é lícita, qual seja, a fabricação de móveis e estofamento.

Contudo, não é esta a descrição constante da denúncia, donde se extrai que, a par da associação lícita concernente à empresa de fabricação de móveis, os pacientes também se associaram para a prática de diversos crimes.

Assim, ante a ausência de evidente comprovação da manifesta ilegalidade, resta inviabilizado o acolhimento da pretensão de trancamento da ação penal.

Nesse sentido:

... 5. Falta de justa causa: em sede de *habeas-corpus* só é possível trancar ação penal em situações especiais, como nos casos em que é evidente e inafastável a negativa de autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer em tese, e em situações similares, onde pode ser dispensada a instrução criminal para a constatação de tais fatos, situação que não se configura na espécie.

(STF – 2ª Turma - HC 73208-RJ - DJ 07.02.1997 p. 1337)

Diante de todo o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA**0015936-55.2014.4.03.0000****(2014.03.00.015936-8)**

Impetrante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO SP
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Interessado: ANDRÉ ZANATTA FERNANDES DE CASTRO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: MS 351939
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONSTATAÇÃO DE PLANO. NECESSIDADE. ASSISTENTE. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PROCESUAIS. EXIGIBILIDADE.

1. Para fazer jus à ordem de segurança, o impetrante deve demonstrar a presença dos seus pressupostos específicos, que em última análise se resolvem na existência de direito líquido e certo.

2. Discute-se acerca da faculdade assegurada à Ordem dos Advogados do Brasil instituída pelo art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906, pelo qual se concede aos Presidentes dos Conselhos e das Subseções legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rejeitado a intervenção da OAB como assistente em razão de interesse meramente corporativo ou *lato sensu*, exigindo, ao contrário, a comprovação de efetivo interesse jurídico, nos termos do que dispõe o art. 50 do Código de Processo Civil (STJ, Edcl nos EREsp 650246, Rel. Min. César Afsor Rocha, j. 27.06.12; STJ, CE, AgRg nos EREsp 1146066, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 04.05.11; REsp nº 1172634, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.03.11; AgRg no Ag 1253420, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.10). Com efeito, a atividade jurisdicional tem a função de decidir ou compor conflito de interesses entre as partes, não sendo sede adequada para discussões de outra natureza, teóricas ou práticas, como intuitivamente seriam as questões de interesse geral ou político da advocacia. Há de se configurar um interesse jurídico, no sentido próprio da expressão, para que terceiros venham a participar da relação jurídica processual, ainda que a legislação extravagante, afora a disposição contida no próprio Código, confira semelhante legitimidade. Não há razão para que a matéria seja tratada diversamente no processo penal. O art. 49, *caput*, da Lei nº 8.906/94 concede legitimidade às autoridades nele indicadas para agir, judicial e extrajudicialmente, *contra* qualquer pessoa que infringir as disposições ou fins dessa Lei. Tais autoridades, portanto, detêm legitimidade para as medidas processuais cabíveis contra quem tenha infringido suas disposições. Logo, com a violação às normas legais surge o interesse jurídico propriamente dito passível de ser feito valer pelas vias jurisdicionais pelas autoridades indicadas (Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB). A legitimidade (extraordinária) não torna desnecessária a existência de interesse (processual). Sendo tal a norma do *caput* do art. 49 da Lei nº 8.906/94, não há razão para disso destoar a disposição contida no seu

parágrafo único: há uma indicação expressa na norma de que essa mesma legitimidade para intervir abrange, não somente as medidas judiciais e extrajudiciais de iniciativa própria daquelas autoridades, mas também feitos em andamento, nomeadamente “inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”. Não basta a condição de advogado ou estagiário, portanto. É necessário que esteja presente o interesse jurídico consoante estabelecido pelas normas processuais de regência, seja no âmbito do processo civil (CPC, arts. 50 e segs), seja no âmbito do processo penal (CPP, arts. 268 e segs.). É o que também se pode inferir do seguinte precedente, relativo ao processo penal (STJ, AgRg no HC 55631, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.12.06).

3. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, contra decisão do Juízo Federal da 5ª Vara Criminal em São Paulo, que indeferiu, na Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181, o pedido de assistência formulado pela OAB em favor do denunciado André Zanatta Fernandes de Castro (fls. 80/81).

Alega-se, em síntese, que:

a) a OAB possui legitimidade ativa para aforar Mandado de Segurança, arrostando “o desrespeito ao livre exercício da advocacia e vulneração a preceitos constitucionais (e também os de inferior hierarquia legislativa) enunciadores de direitos básicos dos profissionais que congrega” (fl. 05);

b) o interessado André Zanatta Fernandes de Castro, advogado corporativo da empresa Google Brasil Internet Ltda., requereu a assistência da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, nos autos da Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181, em que se vê acusado do delito de desobediência;

c) o interessado André Zanatta Fernandes de Castro não é nem jamais foi representante legal ou diretor jurídico da empresa Google Brasil Internet Ltda., mas dela é apenas empregado, na função de advogado corporativo;

d) a pertinência do deferimento, ou não, da assistência aos advogados compete única e exclusivamente à OAB, que tem legitimação legal para defender os profissionais inscritos nos seus quadros, consoante se depreende do art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94;

e) o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 8.906/94 legitima os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB a intervir em defesa dos advogados, inclusive nos inquéritos e

processos em que esses sejam indiciados, acusados ou ofendidos;

f) a concessão de liminar para sobrestar o andamento da Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181 da 5ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo e, no final, a concessão da ordem (fls. 2/28).

Foram juntados os documentos de fls. 29/82.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 84/84v.).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 86/86v.).

Manifestou-se a Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Auristela Oliveira Reis, pela concessão parcial da ordem, “para deferir-se a assistência, recebendo a requerente a causa no estado em que se encontrar” (fl. 89v.) (fls. 89/89v.).

A impetrante opôs embargos de declaração, com efeitos infringentes, sob o fundamento de existência de ambiguidade, contradição e omissão na decisão que indeferiu o pedido liminar (fls. 92/101).

Às fls. 104/105v., a Juíza Federal Louise Filgueiras deu parcial provimento aos embargos de declaração, sem lhe atribuir efeitos modificativos, apenas para esclarecer que não cabe recurso contra decisão que admite ou nega a assistência, consoante previsão do art. 273 do Código de Processo Penal.

Dispensada a revisão nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALLOW - Relator

VOTO

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

Do processo. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que formulou o pedido de assistência, não é parte na Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181 e não pode interpor recurso nos autos, nos termos do art. 577 do Código de Processo Penal. Se fosse parte, ainda teria aplicação o art. 273 do mesmo Código, que veda a interposição de recurso contra a decisão que admitir ou indeferir pedido de assistência em ação penal.

Portanto, é cabível o *mandamus* na hipótese dos autos, possuindo a Ordem dos advogados do Brasil (OAB) legitimidade *ad causam* para a sua impetração.

Direito líquido e certo. Para fazer jus à ordem de segurança, o impetrante deve demonstrar a presença dos seus pressupostos específicos, que em última análise se resolvem na existência de direito líquido e certo, cujo conceito amplamente aceito é o seguinte:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação

posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (...). É um conceito impróprio - e mal-expresso - alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações. (MEIRELLES, Hely Lopes, Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 28-29, n. 4)

Assim, a segurança somente será concedida quando comprovado de plano o direito líquido e certo, não se admitindo dilação probatória:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. (...)

3. O mandado de segurança, previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, com procedimento regulado pela Lei 1.533/51, é ação de natureza sumária, indicado para a proteção de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade, que deve ser comprovado de plano, não se permitindo dilação probatória. Para que o impetrante obtenha êxito em sede de *mandamus* é essencial que traga aos autos as provas pré-constituídas necessárias para demonstrar a existência de seu direito líquido e certo. Todos os fatos devem estar documentalmente comprovados no momento da impetração, ou seja, com a inicial devem estar presentes os elementos necessários para o exame das alegações apresentadas na petição inicial pelo impetrante (...).

(STJ, EDcl no RMS nº 24137-RS, Rel. Min. Denise Arruda, j. 06.08.09)

Assistência. Ordem dos Advogados do Brasil. Requisitos processuais. Exigibilidade. Discute-se acerca da faculdade assegurada à Ordem dos Advogados do Brasil instituída pelo art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906, pelo qual se concede aos Presidentes dos Conselhos e das Subseções legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB:

Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rejeitado a intervenção da OAB como assistente em razão de interesse meramente corporativo ou *lato sensu*, exigindo, ao contrário, a comprovação de efetivo interesse jurídico, nos termos do que dispõe o art. 50 do Código de Processo Civil:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDOS NO ACÓRDÃO ORA EMBARGADO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. LEVANTAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUSPENSÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

BLICA ACERCA DO DOMÍNIO EM ANDAMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 168 DA SÚMULA DESTA CORTE. DECLARATÓRIOS DO CONSELHO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NÃO CONHECIDOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÕES NÃO VERIFICADAS NO ACÓRDÃO.

- Discutindo-se nos autos direito individual disponível pertencente, exclusivamente, aos advogados que trabalharam no feito expropriatório e que interpuseram os embargos de divergência, não se pode admitir a intervenção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB como assistente, com base no art. 50 do Código de Processo Civil, porque ausente o indispensável “interesse jurídico”. O mero interesse lato sensu de que a jurisprudência desta Corte se modifique não viabiliza a intervenção e a legitimidade recursal para opor declaratórios.

- A questão invocada relativa à coisa julgada - mérito recursal - não poderia mesmo ser enfrentada no acórdão ora embargado, tendo em vista que não foi preenchido o requisito necessário ao efetivo conhecimento dos embargos de divergência - dissídio jurisprudencial atual.

Embargos de declaração do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB não conhecidos e embargos de declaração dos demais embargantes rejeitados.

(STJ, Edcl nos EREsp 650246, Rel. Min. César Afsor Rocha, j. 27.06.12)

AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE INGRESSO NA CAUSA NA CONDIÇÃO DE ASSISTENTE SIMPLES. CONSELHO DE CLASSE. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

1. O interesse corporativo ou institucional do Conselho de Classe em ação em que se discute tese que se quer ver preponderar não constitui interesse jurídico para fins de admissão de assistente simples com fundamento no artigo 50 do Código de Processo Civil.

2. Precedentes (cf. REsp nº 1.182.123/PE, Relator Ministro Castro Meira, *in* DJe 21/5/2010 e AgRgRCDespEResp nº 414.961/PR, Relator Ministro Luiz Fux, *in* DJ 26/6/2006).

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, CE, AgRg nos EREsp 1146066, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 04.05.11)

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INTERVENÇÃO DE TERCEIROS - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - ASSISTÊNCIA SIMPLES - REQUISITO - INTERESSE JURÍDICO - REPERCUSSÃO DO FATO SOBRE EVENTUAL DIREITO DO ASSISTENTE - AUSÊNCIA, NA ESPÉCIE - INTERESSE INDIVIDUAL E NÃO INSTITUCIONAL - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A assistência é uma hipótese de intervenção em que terceiro adentra na relação jurídico processual para auxiliar uma das partes, eis que possui interesse jurídico para tanto, nos exatos termos do que dispõe o art. 50, do Código de Processo Civil;

II - Na espécie, eventual sentença de procedência do pedido indenizatório não irá repercutir na esfera jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, porque o deslinde da causa concerne a apenas um de seus associados, afastando-se, portanto, o interesse jurídico apto a justificar a assistência simples;

III - A discussão, nos termos em que foi proposta, tem caráter eminentemente individual e não institucional, o que afasta, nesta esteira, a possibilidade de intervenção da seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil;

IV - As condutas de Advogados que, em razão do exercício de seu múnus venham a ser incluídos em pólo passivo de ações cíveis, não estão a significar, diretamente, que a OAB seja afetada, porque, admitida tal possibilidade, qualquer advogado que cause dano material ou moral a outrem, poderia suscitar intervenção sob argumento de defesa de prerrogativa, o que contraria a razoabilidade;

V - Recurso especial provido.

(STJ, REsp nº 1172634, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.03.11)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. ASSISTÊNCIA. INTERVENÇÃO NEGADA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. MÉRITO DO APELO PREJUDICADO.

1. Em Ação de Improbidade Administrativa cujo objeto é a contratação ilegal de serviços advocatícios, o Tribunal de origem manteve a condenação dos réus e indeferiu o ingresso da OAB como assistente por entender que, a) não versando a demanda sobre prerrogativas de causídicos, inexistiu repercussão na esfera jurídica da entidade; e b) o alegado interesse em defender o direito à contratação de serviços advocatícios sem licitação não guarda pertinência com a hipótese dos autos, fundada na desnecessidade da contratação realizada.
 2. Ao prover o Ag 1.254.513/SP e o Ag 1.246.159/SP, determinei a subida do Recurso Especial dos réus, para melhor análise.
 3. A OAB, em suas razões, aponta ofensa ao art. 49 da Lei 8.906/1994 com base no argumento de haver interesse jurídico em intervir como assistente dos réus para demonstrar a licitude da inexigibilidade de licitação para contratação de seus inscritos, considerando que os orienta, de modo geral, a avançar desse modo.
 4. Se a demanda não trata das prerrogativas dos advogados, nem das “disposições ou fins” do Estatuto da Advocacia (art. 49, *caput*, da Lei 8.906/1994), descabe a intervenção da OAB em Ação de Improbidade Administrativa, como em qualquer outra.
 5. Ocorre que, ao rechaçar o pedido de assistência, o Tribunal *a quo* asseverou que não cuidam os autos de mera inexigibilidade do procedimento licitatório, e sim de contratação desnecessária, porque os serviços contratados poderiam ter sido prestados por servidores municipais.
 6. Com efeito, o instituto da inexigibilidade da licitação diz respeito a situações em que cabe contratação, mas em que é inviável a competição ante a especialidade do serviço e a notória especialização do contratado. Tal não se confunde com a contratação prescindível e ilegal de quem quer que seja, o que vai além da inviabilidade afirmada pela agravante.
 7. Nas razões do Recurso Especial, a OAB limitou-se a manifestar o interesse em defender que a inexigibilidade de licitação para contratação de advogados é legal e ética. Não sustentou, contudo, interesse em assistir aos advogados contratados desnecessariamente pelo Poder Público, a par da distinção feita pelo Tribunal local.
 8. A ausência de combate específico ao fundamento do acórdão recorrido obsta o conhecimento do apelo, conforme inteligência da Súmula 283/STF.
 9. Os argumentos lançados no Memorial são inábeis a afastar a conclusão de que a tese lançada nas razões recursais firma-se em premissa diversa do acórdão recorrido, não combatido devidamente naquela oportunidade.
 10. Levando-se em conta que a agravante não logrou ingressar no feito, fica prejudicada sua insurgência quanto à questão de fundo.
 11. Agravo Regimental não provido.
- (STJ, AgRg no Ag 1253420, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.10)

Com efeito, a atividade jurisdicional tem a função de decidir ou compor conflito de interesses entre as partes, não sendo sede adequada para discussões de outra natureza, teóricas ou práticas, como intuitivamente seriam as questões de interesse geral ou político da advocacia. Há de se configurar um interesse jurídico, no sentido próprio da expressão, para que terceiros venham a participar da relação jurídica processual, ainda que a legislação extravagante, afora a disposição contida no próprio Código, confira semelhante legitimidade.

Não há razão para que a matéria seja tratada diversamente no processo penal. O art. 49, *caput*, da Lei nº 8.906/94 concede legitimidade às autoridades nele indicadas para agir, judicial e extrajudicialmente, *contra* qualquer pessoa que infringir as disposições ou fins dessa Lei.

Tais autoridades, portanto, detêm legitimidade para as medidas processuais cabíveis contra quem tenha infringido suas disposições. Logo, com a violação às normas legais surge

o interesse jurídico propriamente dito passível de ser feito valer pelas vias jurisdicionais pelas autoridades indicadas (Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB).

A legitimidade (extraordinária) não torna desnecessária a existência de interesse (processual).

Sendo tal a norma do *caput* do art. 49 da Lei nº 8.906/94, não há razão para disso destoar a disposição contida no seu parágrafo único: há uma indicação expressa na norma de que essa mesma legitimidade para intervir abrange, não somente as medidas judiciais e extrajudiciais de iniciativa própria daquelas autoridades, mas também feitos em andamento, nomeadamente “inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”.

É necessário que esteja presente o interesse jurídico consoante estabelecido pelas normas processuais de regência, seja no âmbito do processo civil (CPC, arts. 50 e segs), seja no âmbito do processo penal (CPP, arts. 268 e segs.).

É o que também se pode inferir do seguinte precedente, relativo ao processo penal:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INTERVENÇÃO NA AÇÃO DE *HABEAS CORPUS*. INCABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em tema de liberdade, a interpretação há de ser sempre em seu obséquio e, portanto, restritiva, excluindo, por certo, qualquer outra, assim como a aplicação analógica ou subsidiária de norma, devendo ser afirmada, por isso, a inadmissibilidade da assistência de acusação, no processo de *habeas corpus*.

2. A qualidade de advogado ostentada por qualquer das partes, por si só, não legitima a Ordem dos Advogados do Brasil à assistência.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no HC 55631, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.12.06)

Do caso dos autos. Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, contra decisão do Juízo Federal da 5ª Vara Criminal em São Paulo, que indeferiu, na Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181, o pedido de assistência formulado pela OAB em favor do denunciado André Zanatta Fernandes de Castro.

Consta da denúncia que, nos Autos nº 0009661-79.2011.4.03.6181, o Juízo Federal da 7ª Vara Criminal em São Paulo deferiu pedido do Ministério Público Federal, determinando a expedição de ofício à empresa Google Brasil Internet Ltda., na pessoa de seu representante legal, para que fosse explicado, no prazo de 10 (dez) dias, o motivo da demora na oferta de resposta quanto ao fato dela não possuir mais os dados do perfil 18318817969584075650, objeto de investigação criminal de usuários do serviço Orkut, que teriam veiculado pornografia infantil na rede mundial de computadores.

O ofício expedido para a empresa Google foi recebido pelo interessado André em 05.07.12, que não o respondeu. Em 14.01.13, mais de 6 (seis) meses depois, o Juízo Federal da 7ª Vara Criminal em São Paulo reiterou o ofício, que novamente foi recebido por André, em 23.01.13, e outra vez não o respondeu.

Em 10.06.13, quase 1 (um) ano após a expedição do primeiro ofício, os Autos nº 0009661-79.2011.4.03.6181 foram encaminhados ao arquivo sem qualquer manifestação ou resposta ofertada por André.

Em razão desses fatos, o Ministério Público Federal denunciou André Zanatta Fernandes de Castro pela prática do delito previsto no art. 330 do Código Penal, por 2 (duas) vezes,

em concurso material, processo que recebeu o nº 0004025-30.2014.4.03.6181, distribuído ao Juízo Federal da 5ª Vara Criminal em São Paulo.

A decisão prolatada pela autoridade coatora, que indeferiu o pedido de assistência em favor do indiciado André Zanatta Fernandes de Castro, formulado pela OAB nos Autos da Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181, teve a seguinte fundamentação:

O instituto da assistência pressupõe a existência de interesse jurídico. No caso da OAB, referido interesse deve estar relacionado a atos privativos da advocacia. A denúncia foi proposta com base em suposta ofensa à legislação penal, que não tem relação a ato privativo de advogado. Em outras palavras, a denúncia foi feita com base em atos realizados na qualidade de representante legal de empresa, o que pode ser feito por qualquer sujeito com capacidade legal, não sendo, portanto, ato relativo a exercício privativo da advocacia. Por tais razões, indefiro o pedido de assistência da OAB (fls. 80/81).

Para fazer jus à ordem de segurança, a OAB deveria comprovar de plano a existência do direito líquido e certo, demonstrando inclusive a presença dos pressupostos específicos relativos à situação fática em análise, no caso demonstrar que o seu interesse refere-se a ato privativo de advogado.

A impetrante, contudo, não comprovou o direito líquido e certo de ser admitida como assistente do réu nos autos de ação penal intentada, uma vez que não alegou nem demonstrou como e porque a decisão proferida pela autoridade coatora teria infringido as disposições ou os fins estabelecidos na Lei nº 8.906/94, requisito específico exigido no *caput* do seu art. 49.

Infere-se da petição inicial deste *writ* e dos documentos que a instruem, que a Ordem dos Advogados do Brasil pretende atuar como assistente de defesa de André Zanatta Fernandes de Castro apenas porque esse advogado figuraria como réu nos Autos nº 0004025-30.2014.4.03.6181, nos termos do parágrafo único do art. 49 do Estatuto da Advocacia. Mas essa situação não lhe dá direito a agir como assistente de defesa do réu, pois seu ingresso nos autos está vinculado à necessária demonstração da violação de disposições ou finalidades previstas nesse diploma legal, consoante exigência do *caput* desse artigo.

Considerando que o objeto do *writ* é somente o reconhecimento da legitimidade de intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil nos autos de ação penal, em face da demonstração de existência de direito líquido e certo violado, não pode esta decisão ingressar no mérito da ação penal, vedada avaliação sobre a alegação de ser o advogado André empregado da empresa Google Brasil Internet Ltda. e não seu representante legal ou diretor jurídico.

O parágrafo único do art. 49 da Lei nº 8.906/94 liga-se ao *caput*, não podendo ser analisado de modo isolado. A pretensão da OAB de ter o direito de agir, simplesmente porque o réu é advogado, não decorre com certeza do texto legal.

Ante o exposto, DENEGO a segurança pleiteada.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALLOW - Relator

“HABEAS CORPUS”

0024931-57.2014.4.03.0000

(2014.03.00.024931-0)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 Paciente: CLEITON APARECIDO DE JESUS TORRES
 Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
 Classe do Processo: HC 60015
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/12/2014

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DELITO DE DANO QUALIFICADO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EMPRESA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE DESQUALIFICAÇÃO PARA DANO SIMPLES. ORDEM DENEGADA

1. A Caixa Econômica Federal é empresa pública, conforme definição dos arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967. Nessa qualidade, é dotada de personalidade jurídica de direito privado, com capital transferido majoritariamente pela União Federal. E, como tal, integra a Administração Indireta (art. 37 da Constituição Federal).
2. Eventual prejuízo causado a seus bens implica dano ao patrimônio da própria União.
3. Dessa forma, a imputação ao paciente de ato de destruição e inutilização de bem de propriedade da CEF, amolda-se ao tipo legal do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal.
4. O fato de o tipo penal não prever expressamente a destruição do patrimônio de empresa pública, não retira do alcance da norma a punição do ato enquanto dano qualificado, porquanto o objeto jurídico protegido é o patrimônio público, seja da própria União ou das pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta.
5. Não é razoável supor que, embora a qualificadora do delito de dano refira-se ao patrimônio de concessionárias de serviços públicos e de sociedades de economia mista, não abarque as empresas públicas, cujo capital é instituído por pessoa jurídica de direito público.
6. Não há se falar em interpretação extensiva ou analogia, tendo em vista que o próprio tipo faz referência a “*patrimônio da União*”.
7. Ordem denegada.

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, DENEGAR A ORDEM de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em favor de CLEITON APARECIDO DE JESUS TORRES contra ato da 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, que, nos autos nº 0004859-59.2013.403.6119, em audiência de instrução realizada em 18.09.2014, rejeitou pedido de desclassificação do delito de dano qualificado (CP, art. 163, parágrafo único, III) para o tipo penal simples.

A impetrante alega, em síntese, que o paciente foi denunciado por ter, segundo a denúncia, “rachado a porta de vidro da agência da Caixa Econômica Federal, após nela desferir um chute”.

Oferecida a proposta de suspensão condicional do processo, esta foi aceita pelo paciente, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, o que, a seu ver, não lhe retira o interesse no trancamento da ação penal.

Argumenta que o art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal não contempla figura qualificada do delito de dano em relação ao patrimônio das autarquias e das empresas públicas. Dessa forma, com fundamento no princípio da legalidade, a hipótese somente poderia ser abarcada pelo tipo previsto no art. 163, *caput*, do mesmo diploma legal.

Cita julgados e salienta que não se pode confundir o patrimônio da empresa pública com o da União Federal, tendo em vista o princípio da autonomia patrimonial da sociedade.

Conclui que, mediante a desclassificação para dano simples, a ação penal seria privada, iniciada por meio de queixa a ser ofertada pela Caixa Econômica Federal. Porém, decorridos mais de 6 (seis) meses do fato, já teria ocorrido a decadência (art. 103 do CP).

Pede a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja desclassificada a conduta de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, III, do CP) para o delito de dano simples (art. 163, *caput*, do CP) e, por conseguinte, que seja declarada extinta a sua punibilidade pela decadência, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal e art. 38 do Código de Processo Penal.

Solicitadas informações, foram prestadas pela autoridade impetrada (fls. 18/21v).

A Procuradoria Regional de República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

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

Como relatado, a questão colocada nos autos relaciona-se à desclassificação do delito de dano qualificado para dano simples.

De acordo com o disposto no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, o dano é qualificado se o crime for cometido “contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista”. Em tais circunstâncias, trata-se de crime objeto de ação penal pública.

A Caixa Econômica Federal, na qualidade de empresa pública (arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967), tem personalidade jurídica de direito privado e é dotada de capital exclusivamente público, transferido majoritariamente pela União Federal. E, como tal, integra a Administração Indireta (art. 37 da Constituição Federal).

Ou seja, eventual prejuízo causado a seus bens implica dano ao patrimônio da própria União.

Com isso, o fato imputado ao paciente, ou seja, de destruição e inutilização de bem de propriedade de empresa pública, amolda-se ao tipo legal do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal.

E, diversamente do exposto pela impetrante, o fato de o tipo penal não prever expressamente a destruição do patrimônio de empresa pública, não retira do alcance da norma a punição do ato enquanto dano qualificado, porquanto o objeto jurídico protegido é o patrimônio público, seja da própria União ou das pessoas jurídicas que integram a Administração.

E não é razoável supor que, a qualificadora do delito de dano refira-se, por exemplo, ao patrimônio de concessionárias de serviços públicos e de sociedades de economia mista e não ao de empresa pública, cujo capital foi instituído por pessoa jurídica de direito público interno. Tampouco trata-se interpretação extensiva ou analogia, tendo em vista que o próprio tipo faz referência a “patrimônio da União”. Acerca da questão, há julgado deste Tribunal:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DANO CONTRA A CEF. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. CAPITAL EXCLUSIVO DA UNIÃO. QUALIFICADORA PREVISTA NO ARTIGO 163, § ÚNICO, III, DO CP. INCIDÊNCIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1 - A Caixa Econômica Federal, inicialmente criada como autarquia, passou a ter natureza de empresa pública com a edição do Decreto-Lei nº 759/69.

2 - No artigo 163, § único, III, do Código Penal, o legislador entendeu por bem apenar com maior severidade o dano ao patrimônio público, pois o prejuízo, no caso, não é individual, mas coletivo.

3 - Na sua redação original, previa apenas o dano contra o patrimônio da União, de Estado ou de Município. Para deixar claro que a norma abrange o patrimônio público em toda a sua extensão, o legislador alterou a sua redação (Lei nº 5.346, de 03 de novembro de 1967), incluindo expressamente a empresa concessionária de serviços públicos e a sociedade de economia mista, já que, em relação a estas, poderia haver dúvidas - quanto à primeira, porque é composta por capital privado e, pela lei, não estaria compreendida pela Administração Pública Direta ou Indireta, e quanto à segunda, porque composta por capital misto (público e privado).

4 - O Decreto-Lei nº 200/67 (art. 4º) e a Constituição Federal (art. 37, XIX), estabelecem que as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista compõem a Administração Pública Indireta.

5 - Se a norma penal faz referência à empresa concessionária de serviços públicos e à sociedade de economia mista, que se situam na órbita mais distante da administração pública direta, não há como sustentar que esteja excluído o patrimônio da autarquia e da empresa pública, que possui capital exclusivamente público e compõe a Administração Pública Indireta.

6 - A ausência de disposição expressa significa tão-somente que a norma já considera o patrimônio das demais entidades da Administração Pública Indireta protegido como parte do patrimônio da União, de Estado ou de Município.

7 - Não se trata sequer de interpretação extensiva, isto é, de ampliar o alcance da lei quando o texto não expressa a sua vontade em toda a sua extensão. Ao contrário, cuida-se de aplicação com menor abrangência, uma vez que as autarquias e empresas públicas orbitam mais próximas da administração central do que as sociedades de economia mista e empresas privadas concessionárias de serviços públicos.

8 - Tampouco se emprega a analogia, suprimindo lacuna na lei aplicando disposição relativa a um caso semelhante.

9 - Em decorrência meramente de interpretação sistemática, considerando-se, em especial, as

normas constitucionais que tratam da Administração Pública Indireta, o artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal é aplicável quando o dano atingir patrimônio das autarquias e das empresas públicas.

8 - Porquanto o réu foi absolvido em relação ao delito de furto e não tendo havido recurso do Ministério Público Federal quanto a este ponto, deve ser determinado o retorno dos autos à Vara de origem para que seja dada a oportunidade da suspensão condicional do processo ao réu (artigo 89, da Lei nº 9.099/95) relativamente ao crime de dano qualificado, apenado com detenção de 06 (seis) meses a 03 (três) anos, nos termos da Súmula nº 337, do Superior Tribunal de Justiça. 9 - Apelação parcialmente provida.

(Apelação Criminal 00011488020074036111, v.u., Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, j. 13.01.2009, e-DJF3 Judicial 2 29/01/2009, p. 276)

Posto isso, DENEGO A ORDEM de *habeas corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

“HABEAS CORPUS”

0032137-25.2014.4.03.0000

(2014.03.00.032137-8)

Impetrantes: EDUARDO PEREIRA SANTOS E OUTROS

Paciente: JANISSON MOREIRA DA SILVA

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Classe do Processo: HC 61039

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2015

EMENTA

HABEAS CORPUS. ARTIGO 273, § 1º, B DO CP. QUANTIDADE EXCESSIVA DE MEDICAMENTOS APREENDIDOS. INDÍCIOS DE COMERCIALIZAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 E 282, INCISOS I E II DO CPP. ORDEM DENEGADA.

1. Presentes os pressupostos e as circunstâncias que autorizam a prisão preventiva (art. 312 e art. 282, incisos I e II do CPP).
2. Indícios de autoria e materialidade suficientemente delineados nos autos.
3. Paciente preso em flagrante. Materialidade comprovada por meio do auto de apresentação e apreensão.
4. Indicativos de atividade de comercialização dos medicamentos. Manutenção da custódia cautelar para garantir a ordem pública.
5. As supostas condições favoráveis do paciente (primariedade, residência fixa e ocupação lícita), não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional. Precedentes do STF (*HC-AGR 108188, 1ª Turma, Luiz Fux, 04.10.2011 / HC 104608, 1ª Turma, Cármen Lúcia, 24.05.2011*).
6. A grande quantidade de medicamentos apreendida reforça os indícios de comércio e afasta qualquer possibilidade de uso próprio pelo paciente.
7. Grave risco para a saúde dos consumidores de substâncias de uso proibido e sem registro na ANVISA.
8. Crime hediondo, com efeitos nocivos à saúde humana.
9. Afastada a substituição da prisão pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP.
10. Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de fevereiro de 2015.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Eduardo Pereira Santos, Rodrigo de Souza Rezende e Casem Mazloum em favor de *Janisson Moreira da Silva*, por meio do qual objetivam a revogação da prisão preventiva ou a substituição por outra medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, no feito nº 0009104-79.2014.403.6119, que tramita perante a 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP e apura a prática do delito descrito no artigo 273, parágrafo 1º B, do Código Penal

Os impetrantes alegam, em síntese, que:

- a) o paciente é primário, tem residência fixa, trabalho lícito e família constituída.
- b) o paciente e sua esposa têm dois estabelecimentos comerciais e dois quiosques em academias de ginástica, sendo que em nenhum deles foi encontrada substância ilícita.
- c) o paciente é usuário de anabolizantes e uma parte da mercadoria apreendida destinava-se ao seu próprio uso.
- d) o crime imputado ao paciente não foi cometido com violência, o que afasta qualquer violação à ordem pública.
- e) a liberdade do paciente não trará risco à coletividade.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 74/75.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 80.

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem às fls. 102/104.

É o relatório.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

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

Consta do auto de prisão em flagrante que no dia 04 de dezembro de 2014, policiais federais foram acionados para que se dirigissem até a transportadora JADLOG, na Rua Visconde de Cairu, nº 871, em Guarulhos/SP, em razão da localização de carga, contendo nove caixas, com suspeita de se tratar de substância anabolizante, além de outros produtos farmacêuticos de origem estrangeira. Em inspeção, os policiais abriram uma das caixas e localizaram a substância anabolizante denominada ESTANAZOLOL.

No dia seguinte, dia 05 de dezembro de 2014, a equipe de policiais acompanhou a transportadora até o endereço onde seria feita a entrega, oportunidade na qual o paciente *Janisson Moreira da Silva* foi preso em flagrante (fls. 13).

Em seguida, foi realizada busca na residência do paciente, onde foram encontrados: diversos frascos de substâncias anabolizantes, em diferentes cômodos da casa; dinheiro em espécie na quantia aproximada de R\$ 16.230,00 (dezesesseis mil, duzentos e trinta reais); folhas de cheques preenchidas com pagamentos de clientes; recibos de postagens de SEDEX; outras substâncias anabolizantes no porta luvas do veículo que estava na garagem e, ainda, algumas caixas montadas com produtos que seriam encaminhados via correio.

Compulsando os autos verifica-se que não está configurado o alegado constrangimento ilegal.

Com efeito, a decisão proferida pela d. magistrada de primeiro grau que indeferiu o pedido de liberdade provisória ao paciente não padece de qualquer irregularidade, uma vez que presentes os pressupostos e as circunstâncias que autorizam a decretação da custódia cautelar, nos termos do que estabelece o artigo 312 do Código de Processo Penal e artigo 282, incisos I e II do mesmo diploma legal.

Os indícios de autoria e materialidade do crime estão suficientemente delineados nos autos. O paciente foi preso em flagrante quando recebia encomenda de anabolizantes e outros produtos farmacêuticos de origem estrangeira, sem registro, procedência ou autorização legal.

A materialidade encontra-se devidamente comprovada por meio do auto de apresentação e apreensão de fls. 91/99, que descreve os inúmeros e diversificados medicamentos apreendidos, além de um livro caixa, cheques de bancos diferentes e um saco contendo extratos de SEDEX.

O fato de *Janisson* ser proprietário de dois estabelecimentos comerciais e dois quiosques localizados em academias de ginástica e que comercializam suplementos alimentares e, ainda, a apreensão em sua residência de recibos de postagens de SEDEX, de inúmeras folhas de cheques preenchidas, além de caixas montadas com produtos para serem postados, indicam que o paciente comercializava as substâncias anabolizantes apreendidas, o que reforça a necessidade da manutenção da custódia cautelar para garantir a ordem pública.

Como bem observado pela magistrada de primeiro grau, “a atividade ilícita parece imiscuir-se na própria atividade comercial desenvolvida pelo acusado (fls. 39)”. Ao que tudo indica, a atividade comercial exercida pelo paciente tem estreita relação com o crime que lhe foi imputado, razão pela qual o alegado exercício de atividade lícita não pode servir de fundamento para a revogação da prisão.

Ademais, as supostas condições favoráveis do paciente (primariedade, residência fixa e ocupação lícita), não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade provisória, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC-AGR 108188, 1ª Turma, Luiz Fux, 04.10.2011 / HC 104608, 1ª Turma, Cármen Lúcia, DJU 24.05.2011).

Conforme observado pela magistrada “chama atenção desta magistrada, em especial, a grande quantidade de medicamentos apreendidos, listada nas seis páginas do auto de apreensão. Uma rápida soma das quantidades demonstra que foram apreendidas não centenas, mas milhares de unidades de medicamentos (dentre frascos, cartelas e ampolas)”.

A grande quantidade de medicamentos apreendida só reforça os indícios de comércio e afasta qualquer possibilidade de uso próprio pelo paciente.

Do mesmo modo, o risco que a comercialização de grande quantidade de substâncias de uso proibido e sem registro na ANVISA representa para a saúde dos consumidores destes medicamentos, revela a gravidade concreta do crime e justifica a prisão preventiva do paciente.

É importante observar também que se trata de crime hediondo, com efeitos nocivos à saúde humana.

Por fim, tendo em vista a presença dos pressupostos que determinam a prisão preventiva, não se mostra adequada a substituição pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, sendo necessária a manutenção da prisão, conforme dispõe o artigo 282, inciso II c.c. o parágrafo 6º do Código de Processo Penal.

Por esses fundamentos, *denego a ordem*.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0000510-93.2011.4.03.6115
(2011.61.15.000510-5)

Apelante: CLUBE DO LAR LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AC 1787489
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

EMENTA

TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS - FATURAMENTO - TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO - BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÃO - IMPOSSIBILIDADE.

1. A COFINS e o PIS incidem sobre o faturamento, assim entendido como a receita bruta obtida em função da comercialização de produtos e da prestação de serviços, sendo certo que a definição, o conteúdo e alcance do termo hão de ser hauridos do direito privado, segundo precisa dicção do art. 110 do CTN.
2. O E. STF assentou entendimento de haver identidade entre os conceitos de faturamento e receita bruta.
3. O faturamento corresponde às receitas advindas com as atividades que constituam objeto da pessoa jurídica, ou seja, a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, ou exclusivamente de serviços, de acordo a atividade própria da pessoa jurídica, se mercantil, comercial, mista ou prestadora de serviços, conforme se infere da exegese fixada pela Corte Constitucional.
4. A base de cálculo do PIS e da COFINS deve ser o faturamento, ou seja a totalidade das vendas efetuadas, inclusive os valores pagos às administradoras de cartão de crédito ou débito.
5. Somente podem ser deduzidos da base de cálculo das referidas contribuições os créditos previstos na norma tributária.

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, 11 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de ação ordinária ajuizada com o objetivo de excluir as taxas de administração

paga às operadoras de cartões de crédito da base de cálculo do PIS e da COFINS bem assim compensar as quantias recolhidas a este título com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, tais como PIS, COFINS, CSLL, IRPJ, contribuições previdenciárias sobre a folha de salários e do risco de acidente do trabalho - RAT, devidamente atualizados pela taxa SELIC ou , ao menos, a sua restituição.

A sentença julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00.

Em apelação, a autora pugnou a reforma do julgado.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte Regional.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, bem como para o Programa de Integração Social - PIS, previstas respectivamente pelas Leis Complementares 70/91 e 7/70, encontram-se regidas pelos princípios da solidariedade financeira e universalidade, previstos nos artigos 194, I, II, V, e 195 da Constituição Federal. Referidas contribuições incidem sobre o faturamento, assim entendido como a receita bruta obtida em função da comercialização de produtos e da prestação de serviços, sendo certo que a definição, o conteúdo e alcance do termo não de ser hauridos do direito privado, segundo precisa dicção do art. 110 do CTN.

No ensinamento de Octavio Campos Fischer, o faturamento, segundo os comercialistas, “retrata um conjunto de venda de bens e de prestações de serviços. Uma determinada empresa não obtém faturamento por outro modo que não vendendo bens ou prestando serviços”. No seu entender, consiste o faturamento numa realidade econômica que resulta de determinados atos praticados pelos contribuintes, quais sejam operações de venda de bens/mercadorias, e/ou as prestações de serviços de qualquer natureza, representando uma dimensão econômica do fato jurídico tributário.

Expõe, ainda, que sendo o faturamento a base de cálculo da contribuição social ao PIS - assim como da contribuição à COFINS -, “não se pode eleger como critério material o ‘realizar operações com mercadorias e/ou prestação de serviços’, porque implicaria em verdadeiro desajuste interno da hipótese tributária.” Na verdade, o critério material seria obter faturamento (receita) com venda de mercadorias e prestações de serviços.

O artigo 195, inciso I, da Carta Magna, dispunha em sua redação original:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98, alterou referido dispositivo, dando-lhe a seguinte redação:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

- I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: 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;
- a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

A redação original do artigo 195, I, da CF/88 referia-se à incidência apenas sobre o faturamento, o lucro e a folha de salários. Com a EC nº 20/98, a incidência passou a recair sobre a receita ou o faturamento.

Antes dessa alteração constitucional, o E. STF já havia assentado entendimento de haver identidade entre os conceitos de faturamento e receita bruta, como demonstram as decisões a seguir transcritas:

Em se tratando de contribuições sociais previstas no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal - e esta Corte deu pela constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 7.738/89 por entender que a expressão “receita bruta” nele contida há de ser compreendida como sendo “faturamento” -, se aplica o disposto no § 6º desse mesmo dispositivo constitucional, que, em sua parte final, afasta, expressamente a aplicação a elas do princípio da anterioridade como disciplinado no artigo 150, III, b da Carta Magna.

(STF, 1ª Turma, RE nº 167.966/MG, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 09/06/95, p. 1.782).

A contribuição social questionada se insere entre as previstas no art. 195, I, CF e sua instituição, portanto, dispensa lei complementar: no art. 28 da Lei nº 7.738/89, a alusão a “receita bruta”, como base de cálculo do tributo, para conformar-se ao art. 195, I, da Constituição, há de ser entendida segundo a definição do DL 2397/87, que é equiparável à noção corrente de faturamento das empresas de serviço.

(STF, Pleno, RE 150.755/PE, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 20/08/93, p. 485).

Outrossim, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, conforme certidão de julgamento da sessão do dia 09/11/2005. de 27 de novembro de 1998, conforme certidão de julgamento da sessão do dia 09/11/2005 e nos termos da ementa a seguir:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO.

A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718 /98.

A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita

bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. *É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.* (g.n)

Como se infere da exegese fixada pela Corte Constitucional, o faturamento corresponde às receitas advindas com as atividades que constituam objeto da pessoa jurídica, ou seja, a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, ou exclusivamente de serviços, de acordo a atividade própria da pessoa jurídica, se mercantil, comercial, mista ou prestadora de serviços.

Por seu turno, as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, em seus arts. e §§ 1º, prescreveram a base de cálculo do PIS e da COFINS, respectivamente, *in verbis*:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Assim, a base de cálculo do PIS e da COFINS deve ser o faturamento, ou seja, a totalidade das vendas efetuadas, inclusive os valores cobrados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito.

Nesse sentido trago a colação os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO DE COGNICÃO SUMÁRIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. CONTRIBUIÇÕES. PIS/COFINS. INCIDÊNCIA. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. LEIS 9.718/98, 10.637/2002 E 10.833/2003. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DO REQUISITO DO *FUMUS BONI IURIS*.

1. A taxa de administração de cartão de crédito é custo operacional que o estabelecimento comercial paga à administradora, não estando inclusa nas exceções legais que permitem subtrair verbas da base de cálculo da COFINS e do PIS.

2. Nesse diapasão, “ não colhe a irresignação do agravante. É que as exações combatidas têm como base de cálculo as receitas do contribuinte. E receitas são o conjunto de ingressos financeiros obtidos com os negócios que pratica; 3. Pretender a exclusão, da base de cálculo, das taxas cobradas pelas administradoras de cartão de crédito, nos caso de vendas submetidas a este tipo de pagamento, equivaleria a confundir receita com lucro. Afinal, se autorizadas as exclusões dos custos - E nada diferencia os custos com o uso de cartões de crédito e os demais custos, custos com fornecedores, custos com empregados, custos com serviços públicos - ter-

se-ia a equivalência da receita com os gastos.”(AG 00163547520104050000, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Terceira Turma, 29/03/2011). Trata-se, portanto, de custo operacional não equivalente a insumos, que constituem material utilizado para obtenção do resultado final de produto. Inexistência, em princípio, de ofensa ao artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, nem às Leis de regência (AC 00035382020104058000, Desembargador Federal Vladimir Carvalho, TRF5 - Terceira Turma, 01/03/2011).

3. Precedentes jurisprudenciais. Inocorrência dos pressupostos autorizativos da pretendida suspensão da exigibilidade da exação (CTN, art. 151, IV).

4. Agravo regimental provido.

(TRF 1º Região - AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - Rel. Des. Fed. REYNALDO FONSECA - j. 26/04/2011 - e-DJF1 DATA:06/05/2011)

Tributário. Apelação de sentença que, em sede de mandado de segurança, denegou a ordem a objetivar a exclusão, base de cálculo da COFINS e do PIS, da taxa de administração paga às administradoras de cartão de crédito.

1. A referida taxa é custo operacional que o estabelecimento comercial paga à administradora, não estando inclusa nas exceções legais que permitem subtrair verbas da base de cálculo da COFINS e do PIS.

2. Não há ofensa ao artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, nem às Leis 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03.

3. Precedentes desta Corte: AC509661-AL, des. Margarida Cantarelli, julgada em 07 de dezembro de 2010; AC492718, des. Lázaro Guimarães, julgada em 03 de agosto de 2010.

4. Apelação improvida.

(TRF 5ª Região - AC 00035382020104058000 - Rel. Des. Fed. Vladimir Carvalho - j. 24/02/2011 - DJE - Data::01/03/2011 - Página:368)

Por outro lado, a lei pode autorizar exclusões e vedar deduções de determinados valores para fins de apuração da base de cálculo do tributo, encontrando-se elencadas no artigo 1º, § 3º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, as exclusões autorizadas. Por seu turno, estabelece o artigo 3º, das referidas leis, as deduções permitidas, bem como as vedações quanto ao aproveitamento de determinados créditos para essa finalidade.

Destarte, somente podem ser deduzidos da base de cálculo das referidas contribuições os créditos previstos na norma tributária.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0011959-26.2012.4.03.0000

(2012.03.00.011959-3)

Agravante: FNCE FABRICA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 108/109

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE EMBU DAS ARTES - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS DELGADO

Classe do Processo: AI 473141

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATIVOS FINANCEIROS. CONSTRIÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão agravada foi prolatada a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, bem como em conformidade com a legislação aplicável à espécie e amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

2. A Lei nº 11.101/2005 prevê a recuperação judicial como uma alternativa para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora. Por conseguinte, o instituto da recuperação judicial apresenta-se como mecanismo voltado à preservação de uma empresa que atende a uma função social e que, por circunstâncias acidentais, entra em crise econômico-financeira.

3. A sistemática da lei que regula a recuperação judicial consagra, em seu artigo 6º, § 7º, que não há suspensão das execuções fiscais em casos de deferimento da reabilitação.

4. Ao determinar a suspensão apenas dos atos de alienação, em si, mas não do processo de execução como um todo, é evidente que os atos de constrição devem necessariamente ter prosseguimento, como bem determinou a decisão agravada.

5. A Primeira Seção, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), estabeleceu que “a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006, prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras” (REsp 1.184.765/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010).

6. O fato da empresa encontrar-se submetida à recuperação judicial não afasta a possibilidade de constrição de seus ativos financeiros, lembrando que a execução de dívidas tributárias não se suspende com o aludido plano de recuperação, bem como não se sujeita ao concurso de credores.

7. O agravante não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma do *decisum*, limitando-se à mera reiteração do quanto já expedido nos autos, sendo certo que não aduziu qualquer argumento apto a modificar o entendimento esposado na decisão ora agravada.

8. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de fevereiro de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de agravo interposto por FNCE FABRICA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA. com fulcro no art. 557, § 1º, Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática proferida às fls. 108/109 pela e. Desembargadora Federal Cecilia Marcondes que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em autos de execução fiscal, deixou de acolher pedido de suspensão do processo, realizado em virtude de ter sido deferida a recuperação judicial da executada.

Sustenta o agravante, em síntese, que houve a análise da ilegalidade da penhora através do bloqueio de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, em razão da violação ao princípio da menor onerosidade. Alega que diante do deferimento da recuperação judicial, restou determinada a suspensão de todas as ações e execuções contra ela interpostas. Aduz que o prosseguimento da execução fiscal, com futura penhora de bens da empresa devedora, ou bloqueios financeiros durante o período das negociações ao plano de recuperações, poderá inviabilizar a própria recuperação da executada.

Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento, provendo integralmente o agravo interposto.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada foi proferida nos seguintes termos:

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão do MM. Juízo supra que, em autos de execução fiscal, deixou de acolher pedido de suspensão do processo, realizado em virtude de ter sido deferida a recuperação judicial da executada.

Em síntese, a agravante sustenta que, diante do deferimento da recuperação judicial, restou determinada a suspensão de todas as ações e execuções contra ela interpostas, de acordo com decisão do Juízo da 2ª Vara Judicial Cível da Comarca de Embu das Artes/SP. Alega que deve ser reconhecida a competência exclusiva do MM. Juízo em que tramita a recuperação judicial para apreciar qualquer pedido que atinja seu patrimônio. Pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

O presente recurso deve ser decidido com base nos artigos 527, I, e 557, *caput*, do CPC, dado que manifestamente improcedente, bem como por estar em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial dominante.

A Lei nº 11.101/2005 prevê a recuperação judicial como uma alternativa para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora. Por conseguinte, o instituto da recuperação judicial apresenta-se como mecanismo voltado à preservação de uma empresa que atende a uma função social e que, por circunstâncias acidentais, entra em crise econômico-financeira.

A sistemática da lei que regula a recuperação judicial consagra, em seu artigo 6º, § 7º, que não há suspensão das execuções fiscais em casos de deferimento da reabilitação. Com efeito, assim dispõe o § 7º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05, na esteira do que já prevêm o artigo 187 do CTN e o artigo 29 da LEF:

“Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. [...]”

(...)

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.”

No mesmo sentido, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL.

Processado o pedido de recuperação judicial, suspendem-se automaticamente os atos de alienação na execução fiscal, até que o devedor possa aproveitar o benefício previsto na ressalva constante da parte final do § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005 (‘ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica’). Agravo regimental provido em parte.”

(STJ; Agravo Regimental no Conflito de Competência 81922/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. ARI PARGENDLER; DJU 04.6.2007, p. 294).

Ao determinar a suspensão apenas dos atos de alienação, em si, mas não do processo de execução como um todo, é evidente que os atos de constrição devem necessariamente ter prosseguimento, como bem determinou a r. decisão agravada.

A interpretação da norma colacionada não permite outra conclusão senão a de que as providências deferidas pelo MM. Juízo *a quo* são perfeitamente cabíveis, a menos que venha aos autos comprovação acerca de eventual parcelamento concedido. Permitir interpretação ampliada do dispositivo mencionado, extraíndo-se entendimento não ressalvado pelo órgão elaborador da lei, configuraria atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, infringindo o princípio da separação de Poderes imposto pelo artigo 2º da Constituição da República de 1988.

Analizando os autos, constato que a agravante não se encaixa na hipótese ressalvada pela legislação, motivo pelo qual deve prosseguir a execução fiscal, com todos os atos destinados à satisfação do credor.

Ante o exposto, NEGÓ SEGUIMENTO ao agravo de instrumento, com fulcro nos artigos 527, I, e 557, *caput*, do Código de Processo Civil, visto que manifestamente improcedente, bem como por estar em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial dominante.

Após as cautelas de praxe, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

Por outro lado, a Primeira Seção, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), estabeleceu que “a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006, prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras” (REsp 1.184.765/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010).

Frise-se que o fato da empresa encontrar-se submetida à recuperação judicial não afasta a possibilidade de constrição de seus ativos financeiros, lembrando que a execução de dívidas tributárias não se suspende com o aludido plano de recuperação, bem como não se sujeita ao concurso de credores.

Nesse sentido, precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA ON LINE. BACENJUD. POSSIBILIDADE.

- A decisão está em absoluta consonância com o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- Encontra-se pacificado pelo STJ o entendimento firmado no julgamento do REsp 1.184.765-PA, no sentido de que no período posterior ao da *vacatio legis* da Lei nº 11.382/06, ou seja, a partir de 21 de janeiro de 2007, os valores mantidos em depósitos e aplicações em instituições financeiras têm preferência sobre os demais bens na ordem da penhora, em qualquer forma de execução, observadas as restrições contidas no art. 649, inciso IV, do CPC. Ainda de acordo com a dicção jurisprudencial, o bloqueio pode ser determinado sem que tenham sido esgotadas as diligências para localização de outros bens.

- Não resta impossibilitado o ato construtivo pelo fato da empresa encontrar-se em recuperação judicial, a qual não obsta o prosseguimento da execução fiscal. Precedentes da Primeira Turma.

- Agravo legal improvido.

(AI 0032675-74.2012.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO PAULO DOMINGUES, PRIMEIRA TURMA, j. 05/03/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/03/2013)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA ON LINE DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEI Nº 11.382/06. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. Resulta do novo sistema processual que rege a execução, instituído pela lei nº 11.382/06, que a penhora de dinheiro depositado em instituição financeira é, agora, opção preferencial (Código de Processo Civil, art. 655, inciso I), cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade (Código de Processo Civil, art. 655-A, § 2º).

2. A recuperação judicial não tem o condão de afastar a penhora pelo sistema BacenJud, tendo em vista que já se estabeleceu entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que só deve ser contida a penhora se esta recair sobre verbas salariais indispensáveis ao sustento do devedor. O que não é o caso dos autos.

3. A agravante não trouxe aos autos qualquer prova que demonstrasse o comprometimento de suas atividades em decorrência da penhora online realizada via sistema BacenJud.

4. Agravo desprovido.

(AI 0028383-80.2011.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, SEGUNDA TURMA, j. 02/10/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/10/2012)

A decisão agravada foi prolatada a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, bem como em conformidade com a legislação aplicável à espécie e amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

Acresce-se que o agravante não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma do *decisum*, limitando-se à mera reiteração do quanto já expedido nos autos, sendo certo que não aduziu qualquer argumento apto a modificar o entendimento esposado na decisão ora agravada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0030939-50.2014.4.03.0000

(2014.03.00.030939-1)

Agravante: SARAIVA E SICILIANO S/A

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 372/377

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: AI 546713

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2015

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557 DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADUANEIRO. IMUNIDADE DO ARTIGO 150, VI, “D”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “E-READERS”. ALEGAÇÃO DE QUE SERIAM EQUIPARÁVEIS A LIVROS EM PAPEL. CARACTERÍSTICAS E FUNCIONALIDADES DO EQUIPAMENTO, QUE EXTRAPOLAM O CONCEITO DE MERO LEITOR DE LIVRO DIGITAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, como expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. Caso em que pleiteada extensão da imunidade de impostos sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão” (artigo 150, VI, “d”, CF) para “e-Readers”, modelos Bookeen Lev - CYBOY4S-SA e Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-AS, embora haja nos autos apenas a comprovação documental de importação do “Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA”, inexistindo, pois, prova pré-constituída do direito alegado, relativamente ao outro modelo, “Bookeen Lev - CYBOY4S-SA”.

3. Acerca do “Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA”, a impetrante alegou tratar-se de equipamento com finalidade exclusiva de leitura de livros digitais e acesso restrito à loja virtual através de acesso “wi-fi” à internet para aquisição de obras, gozando da imunidade do artigo 150, VI, “d”, CF, cujo objetivo, independentemente de ser físico ou eletrônico o meio, é estimular a liberdade de expressão, afastando restrições do Poder Público na transmissão de ideias.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se, em geral, no sentido de reconhecer que tal imunidade atinge apenas o que puder ser compreendido na expressão papel destinado a sua impressão, com extensão a certos materiais correlatos, como filmes e papéis fotográficos, adotando, portanto, interpretação restritiva do dispositivo constitucional.

5. A discussão definitiva da imunidade de “e-books” ainda pende de julgamento naquela Corte que, porém, já admitiu a repercussão geral da matéria (RE 330.817), o que não significa reconhecimento da procedência nem da improcedência do pedido, mas apenas que se trata de tema com relevância para apreciação naquela instância.

6. Todavia, independentemente da solução a ser dada pela Suprema Corte quanto à

- questão jurídica em si, verifica-se que, no caso dos autos, inexistente direito líquido e certo a ser liminarmente tutelado, já que o aparelho, em questão, embora não garanta acesso à internet, mas apenas à loja virtual da impetrante, não se equipara, em termos funcionais estritos, ao livro em papel, pois possui atributos outros, que o fazem ser mais do que apenas uma plataforma eletrônico de leitura de livros digitais “e-Reader”.
7. De fato, consta dos autos que, além de livros eletrônicos, o aparelho permite armazenar imagens não relacionadas a conteúdos escritos, como fotos “pode armazenar uma grande quantidade de itens digitais (livros, documentos e imagens”, para visualização sem a necessidade de inserção de textos: “7. Ver imagens. Na página da biblioteca, selecione um arquivo de imagem, toque nele ou pressione o botão OK para abri-lo. Uma entrada de imagem pode ser identificada por meio da ativação da opção ‘Mostrar formatos de arquivo’ do menu contextual Biblioteca. Neste caso, os arquivos JOG, PNG, GIF, BMP, ICO, TIF, PSD são considerados arquivos de imagem”.
8. Verifica-se, portanto, que o equipamento serve como arquivo de fotografias ou biblioteca de imagens, que podem ser transferidas por conexão USB, ultrapassando a funcionalidade estrita de livro eletrônico, em relação ao qual seria possível cogitar de extensão da regra de imunidade.
9. Embora as imagens com as extensões relacionadas possam estar inseridas em arquivos de texto como “.txt” e “.html”, consta do manual de instruções acesso exclusivo a imagens armazenadas pelo usuário, distintos dos textos, o que torna duvidosa a afirmação de que o uso do aparelho serviria apenas para leitura, já que possível, mesmo em preto e branco, sua utilização como banco de fotos ou álbum de fotografias.
10. Consta, ainda, suporte à visualização de arquivos “.gif”, que seriam animações, afastando, de forma contundente, a afirmação de que as imagens se refeririam apenas as encontradas dentro de livros digitais, prejudicando o argumento de que tal aparelho poderia ser equiparado, em suas funções e finalidades, ao livro em papel para fins de gozo da imunidade constitucionalmente prevista.
11. Agravo inominado desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo inominado à negativa de seguimento a agravo de instrumento à concessão parcial de liminar, em mandado de segurança, que apenas determinou “à autoridade coatora que se abstenha da prática de qualquer ato tendente ao perdimento ou alienação dos ‘leitores de livros digitais’ (LEV COM LUZ), constantes dos conhecimentos de transporte MAWB nº 180-69300615 (HAWA nº TEH 10068101); MAWB 618-87572214 (HAWA nº TEH

10068531); MAWB nº 618-87572203 (HAWA nº TEH 10068433), objeto deste *mandamus*, enquanto não houver ulterior decisão nos autos”.

Alegou-se que: (1) não se aplica do artigo 557, do Código de Processo Civil, no presente caso; (2) o que interessa para fins de reconhecimento da imunidade tributária é a sua finalidade, uma vez que é a ela que se destina os produtos e não a forma de utilização deste produto pelo usuário; (3) “sem a possibilidade de visualizar imagens haveria em prejuízo da Agravante violação a livre concorrência, já que estaria em desvantagem em relação àqueles que disponibilizam na venda de livros impressos” (f. 385); (4) “necessário frisar que a prova pré-constituída é de fácil análise e não requer nenhum conhecimento específico a justificar qualquer dilação probatória com juntada de parecer técnico, tratando-se de produto familiar ao homem médio moderno” (f. 386); e (5) já foram proferidas decisões em reconhecimento a imunidade ao e-reader/leitor de livros digitais, em sede de mandado de segurança, sem a necessidade de dilação probatória, inclusive para a aplicação da alíquota zero de PIS e COFINS sobre a venda dos produtos no mercado interno.

Apresento o feito em Mesa.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

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

Senhores Desembargadores, consta da decisão agravada (f. 372/7):

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento à concessão parcial de liminar, em mandado de segurança, que apenas determinou “à autoridade coatora que se abstenha da prática de qualquer ato tendente ao perdimento ou alienação dos ‘leitores de livros digitais’ (LEV COM LUZ), constantes dos conhecimentos de transporte MAWB nº 180-69300615 (HAWA nº TEH 10068101); MAWB 618-87572214 (HAWA nº TEH 10068531); MAWB nº 618-87572203 (HAWA nº TEH 10068433), objeto deste mandamos, enquanto não houver ulterior decisão nos autos”.

Requeru a reforma da decisão agravada, para que a medida liminar seja integralmente deferida, determinando-se a conclusão do desembaraço aduaneiro dos leitores de livros digitais constantes dos documentos citados, sem a exigência do recolhimento dos impostos federais incidentes na importação (Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados), através do reconhecimento da imunidade prevista no artigo 150, IV, “d”, da CF/88.

Alegou que: (1) impetrou o MS 0008643-10.2014.403.6119, preventivamente, com objetivo de assegurar a imunidade tributária do IPI e do II, prevista no artigo 150, IV, “d”, CF/88, sobre “aparelho confeccionado exclusivamente para leitura de livros digitais importados sob os modelos Booken Lev - CYBOY4S-AS (nome comercial LEV) e Booken Lev com luz - CYBOY4F-AS (nome comercial LEV COM LUZ) da China”; (2) embora o Juízo *a quo* tenha indeferido, em parte, a medida liminar, por evidenciar que os livros digitais agregam outros elementos que ultrapassam a estrutura do livro impresso, o mencionado armazenamento de imagens é estritamente necessário (e somente por isso presente no aparelho) à finalidade de composição do livro, tal como capa e ilustrações, por exemplo; (3) o leitor de livros digitais importado proporciona acesso apenas à loja virtual da impetrante, conforme consta do manual do usuário “é possível baixar livros digitais, arquivos de texto e imagens em seu computador e transferi-los para seu Lev por meio de um cabo USB. Para isso, arraste os arquivos desejados de seu computador para a pasta do Lev, aberta após a conexão do cabo USB. Livros digitais

comprados em outras lojas podem ser transferidos e lidos em seu Lev desde que não possuam DRM (proteção contra cópias não autorizadas) ou sejam protegidos com a tecnologia da Adobe (utilizada pela maioria das lojas de livros digitais existentes). Ao transferir livros protegidos, podem ser solicitados dados do seu acesso a loja em que os livros foram comprados. Para maiores detalhes, entre em contato com o suporte da loja em que fez a compra”; (4) conforme se verifica, a conclusão contida na decisão agravada, de que o “e-reader” permite acesso a ambientes virtuais de outras lojas, que não a da impetrante, é equivocada, pois o que se possibilita é apenas que livros digitais adquiridos em outras lojas virtuais sejam transferidos, através de conexão USB, mas nunca por conexão “wireless” diretamente ao LEV; (5) tal impossibilidade, além de constar do manual do usuário, é comprovada por certidão de tabelião, em ata notarial, em que se constatou impossibilidade de acessos a outros sítios eletrônicos, em razão das restrições existentes no dispositivo; (6) a armazenagem de imagens tem por objetivo unicamente atender à finalidade do aparelho, que é a leitura de livros digitais, disponibilizando as imagens que eventualmente venham a compor a obra, “tanto assim que o aparelho somente apresenta imagens em preto e branco e não colorido”; (7) tal se verifica no caso de obras infantis, obras em que constam imagens fotográficas, e quanto as capas das obras; (8) diferentemente da conclusão na decisão agravada, constam provas pré-constituídas suficientes para demonstrar o direito líquido e certo da impetrante, a possibilitar o deferimento liminar de sua pretensão, dentre elas, “(i) declaração do fabricante(original e tradução juramentada), na qual se atesta que os e-Reader são unicamente destinados e têm a exclusiva finalidade de possibilitarem a leitura, em formato digital, de livros além de não poderem, tecnicamente, ser utilizados para outros fins. (ii) manual do e-Reader: O fabricante afirma e informa aos consumidores no manual do e-Reader que sua função é unicamente para possibilitar a leitura do livro eletrônico e seu download. (iii) ata notarial eletrônica por meio da qual um Tabelião atesta por seus próprios sentidos a restrição de acesso à internet e, portanto, a utilização exclusiva do aparelho como leitor de livros digitais”; (9) tais documentos demonstram, de forma suficiente, que o aparelho foi concebido com a finalidade exclusiva de permitir a leitura de livros digitais, não se tratando de um “tablet” para acesso a internet, música e imagens; e (10) há diversas decisões na Seção Judiciária de São Paulo e de Guarulhos reconhecendo a imunidade tributária do e-Reader, bem como quanto ao NCM correto a ser utilizado, qual seja, NCM 4901.99.00, equiparado ao livro.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557, CPC.

Com efeito, consta da decisão agravada (f. 366/8v°):

“Vistos etc.

Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, impetrado por SARAIVA E SICILIANO S.A. em face do INSPETOR-CHEFE DA ALFÂNDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE SÃO PAULO EM GUARULHOS/SP, no qual postula provimento jurisdicional para declarar a imunidade prevista no artigo 150, VI, ‘d’, da Constituição Federal ao leitor de livros digitais (e-reader denominado Lev), constantes dos conhecimentos de transporte MAWB nº 180-69300615 (HAWA nº THE 10068101); MAWB 618-87572214 (HAWA nº TEH 10068531); MAWB nº 618-87572203 (HAWA nº TEH 10068433), e, por conseguinte, a inexistência do recolhimento de impostos federais (Imposto de Importação - II e Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI) no desembaraço aduaneiro. Pede-se ainda a reclassificação da mercadoria na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM sob código ‘4901.99.00’.

Relatam as impetrantes que atuam no segmento empresarial de varejo de livros, entre outros, e, nessa condição pretendem comercializar no Brasil aparelho confeccionado exclusivamente para leitura de livros digitais, denominado na expressão inglesa de ‘e-reader’ e importado sob o nome comercial ‘LEV’ (modelo Lev CYBOY4SSA) e ‘LEV COM LUZ’ (modelo CYBOY4FAS). Fundamentando o pleito, sustentam as impetrantes que o aparelho possui função exclusiva

para leitura de livros digitais, razão pela qual é imune a impostos, nos termos do aludido art. 150, VI, 'd', da Constituição Federal cuja finalidade também alberga o princípio da liberdade de expressão. Aduzem, subsidiariamente, a aplicação da teoria da mutação constitucional. Alegam a presença do *periculum in mora*, consubstanciado no risco de apreensão dos leitores digitais no momento do desembarço aduaneiro em razão da exigência do pagamento de impostos federais.

Inicial instruída com os documentos de fs. 36/327.

A possibilidade de prevenção apontada no termo de fs. 328/334 foi afastada na certidão de f. 337.

É o relatório.

Decido.

Como se sabe, o mandado de segurança é ação constitucional para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, em face de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A medida liminar é concedida quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso esta seja deferida ao final, nos termos do inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009.

No caso dos autos, não estão presentes os requisitos para a concessão da medida liminar.

Pretende a parte impetrante, nestes autos, obter a liberação de quatorze mil e quatrocentas unidades do equipamento 'Saraiva Lev com Luz' (e-reader with frontlight), sustentando que referido equipamento, por ter finalidade exclusiva de leitor de livros digitais, está abrangido pela imunidade tributária estabelecida constitucionalmente a livros, jornais, periódicos e ao papel destinado à sua impressão.

Contudo, não há nos autos elementos técnicos seguros que permitam concluir que o equipamento em questão destina-se exclusivamente à leitura de livros digitais, conforme sustentado na petição inicial, visto que, de acordo com o manual de instruções, o aparelho também admite o armazenamento de 'grande quantidade de itens digitais (livros, documentos e imagens)', bem assim a transferência de arquivos a partir de um computador, utilizando-se um cabo USB (fs. 85, 87, 90, 94 e 98). De igual modo, o usuário do Lev não fica restrito ao ambiente eletrônico da empresa-impetrante, na medida em que pode adquirir livros digitais (ou demais formas textuais) em outras lojas virtuais, consoante explica o indigitado manual de instruções à f. 108. Anoto que a cópia da ata notarial de fs. 119/126, justamente por não consubstanciar laudo técnico, não é apta por si só a comprovar a extensão da funcionalidade do equipamento. Além disto, este documento revela que o notário apenas relatou a utilização de algumas funções do equipamento pelo solicitante.

De qualquer modo, a controvérsia instaurada initio litis teria o condão de no mínimo demonstrar a não comprovação de plano do direito líquido e certo, a impedir a concessão da liminar sob esse aspecto. Neste sentido:

'AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REQUERIDA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DE TRIBUTOS EM RELAÇÃO AOS E-READERS. EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DESTINADA AOS LIVROS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. 1. É evidente que a análise da extensão da imunidade tributária em relação aos e-readers especificados na ação originária (modelo "Kobo Aura HD" "bem como a outros modelos de e-readers com características semelhantes que venham a ser importados ou comercializados pela autora" - fl. 114) não prescinde de elastério probatório e por isso mesmo a incidência do art. 273 do CPC incorre na espécie. 2. Por outro lado, é certa a afirmação feita pela agravada no sentido de que a imunidade cogitada no art. 150, VI, da CF (que corresponde ao art. 19, III, da Constituição de 1967) viceja apenas no cenário dos impostos e por isso não pode abranger as contribuições. Ora, só a Constituição concede imunidades, como exceção que restringe o alcance do poder tributante que ela mesma con-

cede. 3. As normas que veiculam exceções devem sofrer interpretação restritiva, sob pena de violação da Constituição que “quis” impedir o Estado de tributar apenas no âmbito de uma das espécies tributárias cogitadas pelo Constituinte nos arts. 145 e 149. Quando a Magna Carta desejou obstar a tributação sob a forma de alguma exação ela expressamente o disse, como quando o fez, por meio de isenção a ser regulamentada no plano ordinário, no tocante a contribuições (7º do art. 195). 4. Enfim, há que se considerar que a concessão *in limine* de tutelas deve ser excepcional, reservada aos casos em que não há sacrifício ao contraditório e a ampla defesa. 5. Para isso o direito afirmado pelo interessado deve se apresentar em alto grau de probabilidade não apenas em função de seus argumentos, mas também do acervo demonstrativo que ele consegue reunir até o momento em que o invoca perante o Judiciário para obter a tutela de urgência. Se essa densidade não é visível *primu ictu oculi*, descabe a invocação do art. 273 do CPC, ainda porque não se verifica na espécie qualquer abuso da União no exercício do seu direito de defesa. 6. Agravo legal improvido’. (TRF 3ª Região - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 511036 - Rel. Des. Fed. Johonsom de Salvo - Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/07/2014 - g.n.)

Assim, não se mostra plausível num juízo de cognição superficial, sem amparo técnico suficiente e análise concreta do produto, afirmar qual o seu correto tratamento tributário. Sob este viés, convém destacar que a questão tratada nos autos não é simples, visto que envolve o alcance da imunidade constitucional conferida a livros, jornais e periódicos cuja repercussão geral foi inclusive reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 330817.

Por fim, entendo não haver também *periculum in mora*, tendo em vista a natureza preventiva da impetração e a celeridade típica do mandado de segurança.

Contudo, *ad cautelam*, entendo ser caso obstar a eventual aplicação da pena de perdimento e alienação de bens à importação em tela enquanto não sobrevir ulterior decisão nos autos. Posto isso, DEFIRO EM PARTE O PEDIDO *LIMINAR*, tão-somente para determinar à autoridade coatora que se abstenha da prática de qualquer ato tendente ao perdimento ou alienação dos ‘leitores de livros digitais’ (LEV COM LUZ), constantes dos constantes dos conhecimentos de transporte MAWB nº 180-69300615 (HAWA nº TEH 10068101); MAWB 618-87572214 (HAWA nº TEH 10068531); MAWB nº 618-87572203 (HAWA nº TEH 10068433), objeto deste mandamos, enquanto não houver ulterior decisão nos autos.”

No caso, a agravante requer reconhecimento judicial da abrangência da imunidade de impostos sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”, prevista no artigo 150, VI, “d”, CF/88, sobre “e-Readers”, importados pela agravante da República Popular da China, modelos Bookeen Lev - CYBOY4S-SA e Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA, a fim de impedir sua retenção pela falta de recolhimento de impostos (f. 75/86).

Inicialmente, cabe ressaltar que os documentos relativos à operação e que constituiriam demonstração documental do caráter preventivo do mandado de segurança, a indicar a iminência de ocorrência do ato coator, não apontam importação de aparelho identificado como modelos “Bookeen Lev - CYBOY4S-SA”, mas apenas “Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA” (f. 75/86). Assim, resta ausente a prova pré-constituída em relação à pretensão de gozo de imunidade em relação ao equipamento importado modelo “Bookeen Lev - CYBOY4S-SA”, sendo o pedido de reforma da decisão agravada, em *relação a tal bem*, manifestamente destituído de plausibilidade jurídica.

Quanto ao equipamento “Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA”, cuja importação resta comprovada, a impetrante afirma que, tendo em vista sua finalidade exclusiva de leitura de livros digitais e acesso restrito à loja virtual da impetrante através de acesso “wi-fi” à internet, para aquisição de obras, estaria abrangida na regra imunizante prevista no artigo 150, VI, “d”, CF/88:

“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:

[...]

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

Assim, alega que a ausência de papel físico para a constituição do livro (eletrônico) não afastaria a imunidade, pois o legislador constitucional, ao excluir a competência tributária em tal hipótese, teve por escopo permitir a liberdade de expressão, afastando a ingerência do Poder Público na transmissão de ideias.

Neste ponto, cabe ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se consolidada no sentido de que a regra imunizante do artigo 150, VI, “d”, alcança apenas aquilo que puder ser compreendido dentro da expressão papel destinado a sua impressão, permitindo sua extensão apenas a alguns materiais correlatos, como filmes e papéis fotográficos, adotando interpretação restritiva do dispositivo constitucional.

Neste sentido, cabe destacar o voto proferido pelo e. Ministro CELSO DE MELLO no julgamento do AGRESP 327.414, julgado em 07/03/2006:

“Com efeito, como já enfatizado na decisão ora agravada, a controvérsia constitucional suscitada na presente causa põe em evidência a discussão em torno da abrangência normativa da imunidade tributária a que se refere o art. 150, VI, ‘d’, da Constituição da República.

Devo registrar, neste ponto, conforme já destaquei no ato decisório ora impugnado, que dissinto, respeitosamente, da orientação majoritária que tem sido observada, no tema em análise, pela jurisprudência desta Suprema Corte.

É que, embora vencido no julgamento do RE 203.859/SP, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal consagrou entendimento restritivo a propósito da matéria em causa, sustento - com fundamento em autorizada lição doutrinária (HUGO DE BRITO MACHADO, ‘Curso de Direito Tributário’, p. 248, item n. 3.12, 20ª ed., 2002, Malheiros; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, ‘Curso de Direito Constitucional Tributário’, p. 681, item n. 4.4.3, 17ª ed., 2002, Malheiros; REGINA HELENA COSTA, ‘Imunidades Tributárias’, p. 192, item n. 2.4.5, 2001, Malheiros, v.g.) - a possibilidade de interpretação extensiva do postulado da imunidade tributária, na hipótese prevista no art. 150, VI, ‘d’, da Constituição da República, considerando, para esse efeito, a própria teleologia da cláusula que impõe, ao Estado, essa específica limitação constitucional ao poder de tributar.

É preciso ter presente, na análise do tema em exame, que a garantia da imunidade estabelecida pela Constituição republicana brasileira, em favor dos livros, dos jornais, dos periódicos e do papel destinado à sua impressão (CF, art. 150, VI ‘d’), reveste-se de significativa importância de ordem político-jurídica, destinada a preservar e a assegurar o próprio exercício das liberdades de manifestação do pensamento e de informação jornalística, valores em função dos quais essa prerrogativa de índole constitucional foi conferida, instituída e assegurada.

Não se pode desconhecer, dentro desse contexto, que as imunidades tributárias de natureza política destinam-se a conferir efetividade e a atribuir concreção a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e às instituições. Constituem, por isso mesmo, expressões que traduzem significativas garantias de ordem instrumental, vocacionadas, na especificidade dos fins a que se dirigem, a proteger o exercício da liberdade de expressão intelectual e da liberdade de informação.

O instituto da imunidade tributária não constitui um fim em si mesmo. Antes, representa um poderoso fator de contenção do arbítrio do Estado, na medida em que esse postulado fundamento, ao inibir, constitucionalmente, o Poder Público no exercício de sua competência impositiva, impedindo-lhe a prática de eventuais excessos, prestigia, favorece e tutela o espaço em que florescem aquelas liberdades públicas.

Cumprir ter em consideração, neste ponto, a grave advertência lançada pelo Ministro ALIO-MAR BALEEIRO (‘Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar’, p. 189 e 191, 5ª ed., 1977, Forense), cujo magistério, versando o tema da imunidade concernente a livros, jornais e revistas, assinala:

‘A Constituição almeja duplo objetivo ao estatuir essa imunidade: amparar e estimular a cultura

através dos livros, periódicos e jornais; garantir a liberdade de manifestação do pensamento, o direito de crítica e a propaganda partidária (...).

(...) o imposto pode ser meio eficiente de suprimir ou embaraçar a liberdade de manifestação do pensamento, a crítica dos governos e homens públicos, enfim, de direitos que não são apenas individuais, mas indispensáveis à pureza do regime democrático.' (grifei)

Dentro dessa perspectiva, é preciso considerar que a garantia da imunidade qualifica-se como instrumento de proteção constitucional vocacionado a preservar direitos fundamentais - como a liberdade de informar e o direito do cidadão de ser informado -, em ordem a evitar uma situação de perigosa submissão tributária das empresas jornalísticas, reais destinatárias dessa especial prerrogativa de ordem jurídica, ao poder impositivo do Estado.

Ocorre, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar, restritivamente, o alcance da cláusula inscrita no art. 150, VI, 'd', da Carta Política, firmou entendimento no sentido de que a garantia constitucional da imunidade tributária, tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, estende-se, exclusivamente, a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, em consequência, para esse efeito, os filmes e papéis fotográficos (RTJ 167/988-989, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO - RE 178.863/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 289.370/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, *v.g.*).

Essa diretriz jurisprudencial - de que respeitosamente divirjo, como já assinei no início deste voto - exclui, do alcance tutelar da garantia constitucional a que alude o art. 150, VI, 'd', da Lei Fundamental, quaisquer outros insumos, embora referentes ao processo de composição, impressão e publicação de livros, jornais e periódicos (RE 203.124/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM), tais como tintas (AI 307.932-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 203.267/RS, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 213.688/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), equipamentos a serem utilizados no parque gráfico (RE 215.798/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO), tiras plásticas (fios de Polipropileno) para amarração de jornais (RE 208.638-AgR/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 220.154/RS, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI) e produtos à base de solução alcalina, para acelerar o processo de secagem da tinta, viabilizando, desse modo, a pronta distribuição das publicações (RE 204.234/RS, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA).

Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento tem prevalecido na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ/1050, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RE 208.466-AgR/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 244.698-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, *v.g.*):

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em Plenário, dos RREE nº 174.474 e 203.859, Relator para o acórdão o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, firmou entendimento de que a imunidade alcança as operações importação de filmes e papéis fotográficos, e, nas decisões proferidas nos RREE nº 208.466 e 203.063 (Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 14/03/97), afastou a referida imunidade relativamente aos demais insumos gráficos. (RE 206.076/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)"

Por sua vez, é certo que a questão da imunidade relacionada aos "e-books", embora contrariando o entendimento daquela Corte, encontra-se aguardando julgamento do RE 330.817, em que reconhecida a existência de repercussão geral, a demonstrar a possibilidade de eventual alteração do entendimento do guardião maior da Constituição Federal sobre a questão.

Contudo, o que se verifica no caso é a própria ausência de plausibilidade jurídica quanto à possibilidade de equiparação do aparelho importado pela impetrante, denominado "LEV", ao livro em papel, dada a ausência de prova hábil a demonstrar tratar-se de equipamento concebido exclusivamente para a leitura de livros digitais ("e-Reader").

Neste sentido, consta cópia do manual do usuário às f. 90/138, em que se aponta a capacidade do equipamento para a leitura de "e-books", nos seguintes formatos (f. 115):

"[...]

6.1 Formatos de arquivo suportados

Um arquivo de e-book é considerado um documento digital. Pode ser um livro, um jornal, um

manual do usuário, entre outros. Esses documentos são diferenciados pelo tipo de arquivo ou formato de arquivo. Vários formatos de arquivo podem ser lidos no dispositivo. São eles:

- Arquivo ePub e-book
- Arquivo PDF e-book
- Arquivo HTML e-book
- Arquivo TXT e-book
- Arquivo FB2 e-book”

Note-se, porém, a ausência de prova capaz de demonstrar que a leitura de “e-books”, e sua compra através de acesso unicamente à loja virtual da impetrante, seriam as únicas funções do dispositivo eletrônico.

Consta às f. 112 que, além de livros eletrônicos, o dispositivo permite armazenar imagens que não apenas os conteúdos de livros, como fotos (“pode armazenar uma grande quantidade de itens digitais (livros, documentos e imagens)”); e visualizá-los independentemente de eventual inserção em textos (f. 123): “7. Ver imagens. Na página da biblioteca, selecione um arquivo de imagem, toque nele ou pressione o botão OK para abri-lo. Uma entrada de imagem pode ser identificada por meio da ativação da opção ‘Mostrar formatos de arquivo’ do menu contextual Biblioteca. Neste caso, os arquivos JOG, PNG, GIF, BMP, ICO, TIF, PSD são considerados arquivos de imagem”.

Cabe destacar que formatos de imagem não são tidos como “e-books” pelo equipamento, como visto anteriormente, e podem ser visualizados separadamente, mesmo em hipótese de imagens inseridas em documento de texto. Assim, possível sua utilização, outrossim, como álbum de fotografias ou biblioteca de imagens obtidas com transferência através de computador, por conexão USB.

Por sua vez, o só fato de não ser possível o acesso a outras páginas da internet, que não a loja virtual da impetrante para aquisição de obras, não demonstra se tratar de aparelho voltado exclusivamente à leitura de livros digitais.

Embora certo que as imagens com as extensões relacionadas possam estar inseridas em arquivos de texto como “.txt” e “.html”, consta do manual de instruções um acesso exclusivo a imagens armazenadas pelo usuário, distintos dos textos, o que torna duvidosa a afirmação de que o uso do aparelho serviria apenas para leitura, já que possível, mesmo em preto e branco, sua utilização como banco de fotos ou álbum de fotografias.

Por fim, consta o suporte à visualização de arquivos “.gif”, que seriam animações, afastando, de forma contundente, a afirmação de que imagens se refeririam apenas aquelas encontradas dentro de livros digitais, o que não permite concluir, de forma segura, se tratar de equipamento equiparável a livro, para fins de gozo da imunidade constitucionalmente prevista, demonstrando-se, assim, a manifesta ausência de plausibilidade jurídica do pedido de reforma. Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, CPC, nego seguimento ao recurso.

Primeiramente, destaca-se que o artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

Como se observa, a decisão agravada foi fartamente motivada, com exame de aspectos fáticos do caso concreto e aplicação da legislação específica e jurisprudência consolidada, sendo que o agravo inominado apenas reiterou o que havia sido antes deduzido, e já enfrentado e vencido no julgamento monocrático, não restando, portanto, espaço para a reforma postulada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo inominado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator