

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

ANO XXVI - N. 125 - ABRIL/JUNHO DE 2015 - ISSN 1982-1506

Ativismo processual constitucional

Renato Gugliano Herani
Advogado

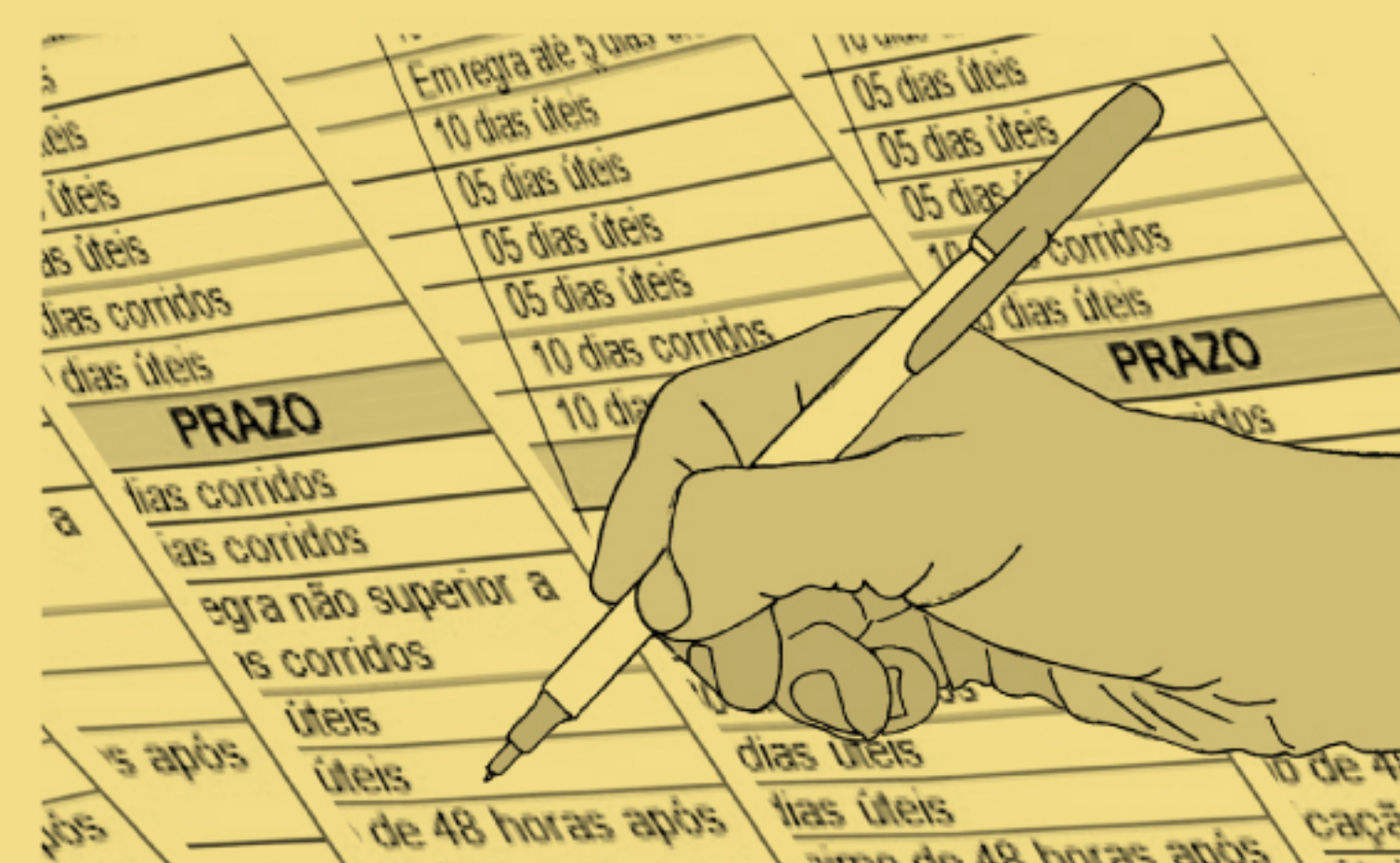


O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos

Leonardo Estevam de Assis Zanini
Juiz Federal

A fluência da prescrição e a execução fiscal

Aline Sochan Magnoni
Técnica Judiciária



Breves considerações sobre principiologia jurídica dos valores ecológicos

Luiz de Lima Stefanini
Desembargador Federal

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretora da Revista

Desembargadora Federal Lucia Ursaia

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXVI	n. 125	p. 1-459	abr./jun. 2015

Expediente

DIRETORA DA REVISTA: Desembargadora Federal Lucia Ursaia

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.

Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.

Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - nº 119 (out./dez. 2013).

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

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

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 19/06/2015.

⁽²⁾ Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.

⁽³⁾ Não integra as Turmas. Preside as Seções.

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidora-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

LUIZ STEFANINI - Presidente
MARCELO SARAIVA
HÉLIO NOGUEIRA

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
ANTONIO CEDENHO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA - Presidente
NELTON DOS SANTOS
CARLOS FRANCISCO - Juiz Federal

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
MAIRAN MAIA - Presidente
CONSUELO YOSHIDA
JOHNSOM DI SALVO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
ALDA BASTO
MÔNICA NOBRE

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES
DENISE AVELAR - Juíza Federal

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
SOUZA RIBEIRO - Presidente
GILBERTO JORDAN

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA - Presidente
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS
CARLOS DELGADO - Juiz Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSIA
VALDECI DOS SANTOS - Juiz Federal

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

CECILIA MELLO - Presidente
JOSÉ LUNARDELLI
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>O surgimento e o desenvolvimento do “right of privacy” nos Estados Unidos</i> Leonardo Estevam de Assis Zanini	15
<i>Ativismo processual constitucional</i> Renato Gugliano Herani.....	31
<i>A fluência da prescrição e a execução fiscal (ante as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 118/2005 no artigo 174 do Código Tributário Nacional e as hipóteses de prescrição intercorrente)</i> Aline Sochan Magnoni	49
<i>Breves considerações sobre principiologia jurídica dos valores ecológicos</i> Luiz de Lima Stefanini	63

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Cancelamento de título de eleitor. Erro da administração. Danos morais. Cabimento. Reparação. Proporcionalidade.</i> AC 0000509-54.2005.4.03.6104 Desembargadora Federal Consuelo Yoshida	73
<i>Registro no Conselho Regional de Técnicos em Radiologia. Curso na modalidade à distância. Credenciamento e autorização para funcionamento em outra unidade da federação. Obrigatoriedade de informação prévia ao Conselho Estadual de Educação quanto à instalação do novo polo de atuação.</i> AMS 0006106-78.2012.4.03.6000 Desembargadora Federal Alda Basto.....	77
<i>Lei nº 12.485/2011. Instrução Normativa ANCINE nº 100/2012. Oferta de canal adicional de informações jornalísticas. Programadora brasileira. Inovação da lei em detrimento do direito do consumidor.</i> AC 0014398-43.2012.4.03.6100 Desembargador Federal Carlos Muta	82

Indícios de improbidade. Ilegalidade na aplicação de verbas do Programa Nacional de Alimentação Escolar. Indisponibilidade de bens. Possibilidade. Prescindibilidade da comprovação do risco de dano (“periculum in mora”), que se presume.

AI 0000500-56.2014.4.03.0000

Desembargadora Federal Mônica Nobre 95

Suspensão de liminar. Decisão permitindo que os contratos de financiamento estudantil dos alunos da PUC/SP sejam aditados em percentual de reajuste acima do limite máximo estipulado (6,41%), além de garantir novas contratações através do FIES extrapolando a disponibilidade financeira e orçamentária do fundo.

SLAT 0007697-28.2015.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 101

DIREITO CONSTITUCIONAL

Responsabilidade objetiva do Estado. Omissão específica do agente público. Danos materiais. Acidente de veículo em rodovia federal. Negligência do DNER/DNIT configurada. Denúnciação da lide. Empresa responsável pela manutenção da rodovia. Trecho em que a empresa ainda não havia atuado na data do acidente. Indícios de crime.

AC 0000686-84.2002.4.03.6116

Desembargador Federal Márcio Moraes..... 107

DIREITO PENAL

Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Promoção, sem autorização legal, de saída de moeda ou divisa para o exterior. Expiração do prazo para devolução da carta rogatória. Graves consequências do delito. Continuidade delitiva.

ACr 0005240-66.1999.4.03.6181

Desembargador Federal Antonio Cedenho.....119

Estelionato contra a União Federal (Ministério da Fazenda). Pensão sacada após o falecimento do beneficiário.

ACr 0005384-35.2002.4.03.6181

Desembargador Federal Marcelo Saraiva..... 125

Falso testemunho. Crime de mão própria. Participação de advogado. Possibilidade.

ACr 0000740-14.2006.4.03.6115

Desembargador Federal Hélio Nogueira 129

Peculato e estelionato. FUNAI. Extinção da punibilidade. Reconhecimento. Laudo antropológico. Desnecessidade. Ausência de prejuízo efetivo para FUNAI não descaracteriza delito.

ACr 0010543-08.2007.4.03.6108

Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 135

Apreensão de medicamentos. Procedência paraguaia. Comercialização proibida no Brasil. Falta de registro na ANVISA. Artigo 273, § 1º-B, I, VI, do Código Penal. Inconstitucionalidade do preceito secundário afastada. Reconhecimento da modalidade culposa. Desclassificação para o delito de contrabando. Afastamento. Inaplicabilidade do princípio da insignificância.

ACr 0004625-70.2009.4.03.6005

Desembargador Federal José Lunardelli 145

Estelionato. Seguro desemprego. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Dosimetria reformada. Crime único. Reparação de danos mantida. Alterada o destinatário da prestação pecuniária.

ACr 0000172-58.2011.4.03.6103

Desembargadora Federal Cecilia Mello 153

Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Empréstimo vedado. Operadora de plano de saúde. Instituição financeira por equiparação. Divergência de entendimento nesse sentido.

ACr 0006653-31.2011.4.03.6105

Desembargador Federal Paulo Fontes 163

Delitos de tráfico de entorpecentes e desobediência. Causa de diminuição. Transnacionalidade. Regime prisional. Substituição de pena. Multa.

ACr 0002146-02.2012.4.03.6005

Desembargador Federal Peixoto Junior 173

Crime de receptação qualificada. Mercadorias pertencentes à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Crime consumado.

ACr 0004580-81.2013.4.03.6181

Desembargador Federal Luiz Stefanini 190

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte. Presença dos requisitos.

Ag AC 0000501-46.2006.4.03.6103

Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos 199

Aposentadoria Especial. Revisão de benefício. Novo teto constitucional. Reexame disposto no artigo 543-B do CPC. RE 564.354-STF. Reconsideração.

AC 0000851-62.2006.4.03.6126

Desembargador Federal Souza Ribeiro 204

Aposentadoria por tempo de contribuição. Conversão de tempo de atividade especial em comum. Ruído. Ausência de comprovação técnica. Atividade especial. Tratorista.

Ag AC 0025890-82.2006.4.03.9999

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 207

Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Revisão de renda mensal inicial. Decadência. Prazo.

Ag AC 0054125-88.2008.4.03.9999

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 212

Incidente de Juízo de Retratação. Artigo 543-B, § 3º, do CPC. Revisão. Direito adquirido ao benefício mais vantajoso. Decadência.

AC 0013795-80.2010.4.03.6183

Desembargadora Federal Lucia Ursaia.....224

Aposentadoria por tempo de contribuição. Revisão. Reconhecimento parcial de períodos laborados em condições especiais. Técnico ceramista.

Ag ApelReex 0006056-96.2011.4.03.6126

Desembargadora Federal Tânia Marangoni.....228

Benefício de prestação continuada. Miserabilidade comprovada. Grupo familiar. Composição. Aplicação do artigo 34 do Estatuto do Idoso. Prevalência do voto condutor.

Ag EI 0009686-84.2011.4.03.9999

Desembargador Federal Paulo Domingues 239

Recebimento de benefício por incapacidade durante exercício de atividade remunerada. Possibilidade. Ilegalidade ou abuso de poder inexistentes.

Ag AC 0000176-19.2012.4.03.6117

Juíza Federal Convocada Marisa Cuccio..... 251

Pensão por morte. Esposa. Dependência econômica presumida. Eventual fraude na concessão de benefício assistencial. Discussão em outro feito. Compensação indevida, exceto no período em que receber pensão por morte.

AC 0000905-81.2013.4.03.6126

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 254

Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Reexame disposto no artigo 543-C do CPC. REsp nº 1.369.165/SP. Julgamento reconsiderado.

EDcl AC 0037280-05.2013.4.03.9999

Desembargadora Federal Marisa Santos..... 259

Pensão por morte de genitor. Incapacidade anterior à data do óbito. Comprovada a qualidade de dependente. Dependência presumida.

Ag AC 0013497-47.2014.4.03.9999

Desembargador Federal Newton De Lucca 263

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Agravo Regimental contra decisão da Vice-Presidência desta Corte. Ausência de previsão regimental. Cabimento do Agravo nos próprios autos para os Tribunais Superiores. Agravo Regimental não conhecido.

AgRg AI 0016496-65.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 269

Devolução de valores recebidos indevidamente em razão de erro administrativo. Desconto mensal de até 30% do valor do benefício. Aposentadoria por invalidez no valor de um salário mínimo. Descabimento do desconto.

Ag AC 0038839-31.2012.4.03.9999

Desembargador Federal Fausto De Sanctis.....276

Embargos de Declaração. Omissão e obscuridade. Desaposentação. Procrastinação do feito por parte do INSS. Aplicação de multa em favor da parte embargada.

EDcl EI 0009367-50.2013.4.03.6183

Desembargador Federal David Dantas.....279

Agravo Legal. Poderes do Relator. Ilegalidade ou abuso de poder não caracterizados. Ressarcimento dos valores recebidos indevidamente. Permissão. Precedentes do e. STJ.

Ag AMS 0001555-69.2014.4.03.6102

Desembargador Federal Gilberto Jordan 291

Ação Rescisória. Benefício assistencial. Erro de fato não caracterizado. Inexistência de violação a literal disposição de lei. Óbice da coisa julgada. Recebimento de pensão pela genitora da autora. Alteração da situação fática. Revisão administrativa.

AR 0004286-11.2014.4.03.0000

Desembargadora Federal Daldice Santana.....295

Bem de família. Não comprovação. Imóvel inabitado. Construção. Possibilidade.

Ag AI 0022962-07.2014.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Carlos Delgado.....303

Parte autora patrocinada pela Defensoria Pública da União. Honorários advocatícios. Descabimento.

Ag AI 0024454-34.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Toru Yamamoto 311

Conflito de Competência. Arguição de Incompetência acolhida pelo Juízo suscitado. Coisa julgada. Competência territorial relativa. Impossibilidade de declinação de ofício pelo magistrado.

CC 0030427-67.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Baptista Pereira 314

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Revisão Criminal. Roubo. Perseguição policial. Tentativa afastada. Confissão espontânea. Retratação em juízo. Não incidência da circunstância atenuante. Posicionamento jurisprudencial dominante à época da decisão rescindenda. Regime inicial semiaberto.

RvC 0052954-91.2006.4.03.0000

Desembargador Federal Maurício Kato 319

“Habeas Corpus”. Inquérito policial. Requisição. MPF. Legitimidade passiva. TRF. Competência. Extinção da punibilidade. Parcelamento. Inadmissibilidade.

HC 0004750-38.2014.4.03.6110

Desembargador Federal André Nekatschalow 328

Expedição de carta rogatória para os Estados Unidos da América. Indeferimento. Constrangimento ilegal configurado.

HC 0002366-65.2015.4.03.0000

Desembargador Federal Nino Toldo 333

DIREITO TRIBUTÁRIO

Execução Fiscal. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Entrega da DCTF. Termo inicial da prescrição. Inaplicabilidade do artigo 47 do Decreto-Lei nº 7.661/1945. Vedação do artigo 146, III, “b”, da CF/88. Reserva de lei complementar.

AC 0002603-28.2003.4.03.6109

Desembargador Federal André Nabarrete 343

Imposto de Renda. Regra geral de incidência sobre juros de mora. Reclamação trabalhista. Adicional de risco. Caráter indenizatório. Não configurado. Acessório segue o principal. FGTS. Dedução de honorários.

ApelReex 0004140-20.2012.4.03.6311

Desembargador Federal Mairan Maia 349

Execução Fiscal. Ilegitimidade passiva. Dissolução irregular. Inclusão dos herdeiros. Possibilidade. Partilha. Quinhão. Prescrição intercorrente.

AI 0003328-59.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Nery Júnior.....356

Mandado de Segurança onde a Sociedade Beneficente Israelita Brasileira buscava imunidade tributária em face de tributação aduaneira. Falta de comprovação do disposto na lei nº 12.101/2009 para ser considerada entidade beneficente.

Ag AMS 0012926-55.2013.4.03.6105

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo.....362

Importação irregular. Peças de veículos automotores excluídas do conceito de bagagem. Uso pessoal. Regime comum de importação. Pena de perdimento de bens. Desproporcionalidade.

Ag AMS 0004788-23.2014.4.03.6119

Desembargador Federal Nelton dos Santos.....369

Execução fiscal. BACENJUD.

AI 0025717-04.2014.4.03.0000

Desembargadora Federal Marli Ferreira 374

SENTENÇAS

Ação Civil Pública. Pleito de direito de resposta coletivo. Alegação de ofensas repetidas às religiões de origem africana em programas televisivos.

0034549-11.2004.4.03.6100

Juiz Federal Djalma Moreira Gomes 381

Ação Penal. Delito de destruição/danificação de floresta em área de preservação permanente. Dano ambiental em área urbana do município.

0003034-20.2011.4.03.6000

Juiz Federal Fábio Rubem David Müzel.....392

Ação Ordinária. Decreto de prisão preventiva em razão de denúncia por crime de concussão. Posterior absolvição pelo Juízo Criminal. Alegação de erro judicial. Réu foragido durante todo o trâmite do processo. Pleito de responsabilização do Estado. Alegação de dano moral e material.

0007717-34.2011.4.03.6119

Juíza Federal Caroline Scofield Amaral.....396

Ação Ordinária. Lei nº 12.485/2011. Inconstitucionalidade dos artigos 17, 18 e 19. ANCINE. Quotas de programação. Obrigatoriedade de oferta de canais brasileiros nos pacotes comercializados. Princípio da livre iniciativa.

0019796-05.2011.4.03.6100

Juiz Federal Marcelo Guerra Martins 404

Procedimento do Juizado Especial Cível. Construção bancária pelo sistema BACENJUD. Homônimo. Indicação incorreta de número de CPF. Pleito de indenização por danos morais.

0000515-60.2012.4.03.6316

Juiz Federal Felipe Raul Borges Benali..... 412

Ação Penal. Omissão de honorários advocatícios recebidos na declaração anual de imposto de renda pessoa física.

0003163-12.2013.4.03.6111

Juiz Federal José Renato Rodrigues.....420

Ação Civil Pública. Reprovação da prestação de contas referente ao convênio firmado pela Prefeitura com o Ministério do Turismo para realização do 2º Rodeio Fest Show de Iepê. Aniversário da cidade.

0005587-24.2013.4.03.6112

Juiz Federal Bruno Santhiago Genovez.....434

Mandado de Segurança. Pleito de reconhecimento de imunidade tributária em relação aos impostos federais – II e IPI. Leitor eletrônico de livros digitais.

0009415-70.2014.4.03.6119

Juiz Federal Etienne Coelho Martins 439

Procedimento do Juizado Especial Cível. Pleito para devolução de valores recebidos após óbito do segurado. Benefício de auxílio-acidente recebido pela irmã e procuradora do segurado. Notícia do óbito muito depois do pagamento. Segurado enterrado como indigente. Teoria da aparência.

0000069-77.2015.4.03.6340

Juiz Federal Leandro Gonsalves Ferreira 443

Ação Ordinária. Suspensão da exigibilidade da contribuição ao FGTS prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001. Pedido de antecipação de tutela indeferido.

0003946-31.2015.4.03.6144

Juiz Federal José Tarcísio Januário.....446

SÚMULAS DO TRF da 3ª REGIÃO 453

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS da 3ª REGIÃO 457



Artigos Doutrinários

O surgimento e o desenvolvimento do *right of privacy* nos Estados Unidos



Leonardo Estevam de Assis Zanini

Pós-doutorado em Direito pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor universitário. Ex-Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Ex-Delegado de Polícia Federal. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. Ex-Defensor Público Federal. Ex-bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Ex-Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento da Justiça Federal em São Paulo.

RESUMO: O artigo aborda o surgimento e a evolução do *right of privacy* nos Estados Unidos. Analisa a publicação de Warren e Brandeis e sua influência na doutrina, na jurisprudência e na legislação. Cuida das construções doutrinárias posteriores a esse artigo, como é o caso dos estudos de Prosser e Bloustein. Trata da distinção entre o *right of privacy* e o *right of publicity*, bem como da formulação do *privacy* constitucional. Por fim, examina a relação existente entre os direitos da personalidade e o *right of privacy*.

PALAVRAS-CHAVE: *Right of privacy*. *Right of publicity*. Direitos da personalidade. Dignidade da pessoa humana. *Common law*.

ABSTRACT: The article discusses the emergence and evolution of the right of privacy in the United States. It analyzes the publication of Warren and Brandeis and its influence in doctrine, case law and legislation. It examines the doctrinal constructions subsequent to the article of Warren and Brandeis, such as the studies of Prosser and Bloustein. It seeks to trace the differences between the right of privacy and right of publicity, as well as the formulation of the constitutional privacy. Finally, it examines the relationship between the personality rights and the right of privacy.

KEYWORDS: Right of privacy. Right of publicity. Personality rights. human dignity. Common law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O surgimento do *right of privacy* e a contribuição de Warren e Brandeis. 3. O reconhecimento do *right of privacy* nos tribunais dos Estados Unidos. 4. As dificuldades para o desenvolvimento do *privacy* até a década de 1950. 5. O *right of publicity*. 6. A difícil distinção entre o *privacy* e o *publicity*. 7. O *privacy* na construção doutrinária de Prosser. 8. O *privacy* como tutela da dignidade e da individualidade. 9. A formulação do *privacy* constitucional. 10. A consolidação do entendimento do caso Griswold. 11. A relação entre o *right of privacy* e os direitos da personalidade. 12. Considerações finais. Bibliografia.

1. Introdução.

O *right of privacy* surgiu nos Estados Unidos e difundiu-se para os países que adotam o sistema da *common law*. Tais países, entretanto, apresentam um grau bastante variado de proteção da personalidade humana, valendo notar, por exemplo, que no Direito inglês não haveria uma espécie de proteção geral, mas apenas uma tutela indireta, relacionada com elementos constitutivos de determinados delitos.¹

Desta feita, considerando sua origem e os grandes avanços de seu sistema protetivo, bem como que se trata de modelo utilizado por outros países de *common law* e mesmo de *civil law*, objetivamos realizar um breve estudo sobre o *right of privacy* nos Estados Unidos, passando pelas diversas fases de seu desenvolvimento até seu reconhecimento no âmbito constitucional.

Nossa análise, ao lado do estudo do *privacy*, também buscará a compreensão dos principais pontos de divergência e convergência entre o sistema dos Estados Unidos e o dos direitos da personalidade, tradicionalmente reconhecido pelos países de direito continental, como é o caso do Brasil.

2. O surgimento do *right of privacy* e a contribuição de Warren e Brandeis.

A ideia de *privacy*, conforme asseveram muitos autores, já estava presente no sistema jurídico dos Estados Unidos no século XIX, sendo possível o reconhecimento de uma primeira manifestação do interesse individual de “ser deixado só” no caso *Wheaton v. Peters*, decidido pela Suprema Corte no ano de 1834. No entanto, o conceito de *privacy* não chegou a receber reconhecimento formal da comunidade jurídica como um *right*, o que



somente ocorreu com a publicação do artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis.²⁻³

Antes do artigo de Warren e Brandeis, vamos encontrar na obra do juiz Thomas Cooley, publicada em 1880, sob o título “*A treatise on the law of torts*”, a primeira utilização da expressão “*right to be let alone*”. Apesar de ter cunhado a expressão, Cooley não a relacionou com a noção de *privacy*,⁴ mencionando-a em seu trabalho sobre responsabilidade civil (*torts*) como parte do seguinte trecho: “*The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone*”.⁵

2 SOMA, John T. *Privacy law*. St. Paul: Thomson/West, 2008, p. 11.

3 Apesar de muitos estudiosos admitirem na *common law* o reconhecimento jurisprudencial do *right of privacy* antes do artigo de Warren e Brandeis, o tema não é, entretanto, isento de discussões. De fato, há um grupo considerável de estudiosos que vê nos casos apontados pelo artigo como de reconhecimento do *privacy* apenas a admissão de outros institutos, como o direito de propriedade, a quebra de contrato, a violação de confiança ou mesmo a ocorrência de difamação, sendo a eventual proteção do *privacy* apenas incidental. Afirma-se ainda que os argumentos utilizados por Warren e Brandeis para a construção do *privacy* partiram da errônea compreensão dos precedentes examinados. (FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido *inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 156-157)

4 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 272.

5 COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts*. Chicago: Callaghan, 1880, p. 29.

1 LÉVY, Vanessa. *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*. Zürich: Schulthess, 2002, p. 152.

A expressão forjada por Cooley somente ganhou relevo com a publicação, em 15 de dezembro de 1890, na *Harvard Law Review*, do artigo de autoria de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, intitulado “*The right to privacy*”. Nele os autores colocam em evidência as transformações sociais, políticas e econômicas, bem como o surgimento de novos inventos, como a fotografia, que contribuíram para a ocorrência de violações da vida privada das pessoas.⁶⁻⁷

Partindo desses problemas, os autores analisam um bom número de decisões de tribunais ingleses e americanos, deduzindo então a existência de um princípio geral na *common law*, o *right of privacy*. Assim, utilizando o termo “*right to be let alone*”, propõem um novo “*tort*”, a invasão do “*privacy*”, que constituiria uma profunda ofensa, que lesionaria o senso da própria pessoa sobre sua independência, individualidade, dignidade e honra.⁸

Nessa linha, o direito em questão garantiria ao indivíduo uma ampla liberdade contra intromissões não desejadas em sua vida,

tutelando seus pensamentos, sentimentos, emoções, dados pessoais e até mesmo o nome.⁹ A imagem também foi incluída no âmbito de proteção do *privacy*,¹⁰ destacando-se que os avanços da fotografia tornaram possível a captação de forma oculta dos traços pessoais, pelo que se fazia necessária a utilização da lei de *torts* diante dos riscos inerentes ao progresso técnico.¹¹

Para fundamentar o *privacy*, os autores recorreram ao direito à vida, expressamente enunciado na Declaração de Independência dos Estados Unidos e formalmente reconhecido pela Quinta Emenda da Constituição. Acrescentaram ainda que apesar da Constituição não fazer qualquer menção à palavra *privacy*, seus princípios já faziam parte da *common law*, particularmente no que diz respeito à proteção do domicílio, tendo o desenvolvimento tecnológico apenas tornado necessário reconhecer expressamente e separadamente esta proteção sob o nome de *privacy*.¹²

Outrossim, apresentam no artigo limitações ao *privacy*, como por exemplo: a permissão de publicação de material de interesse geral e público, a possibilidade de publicação de fatos danosos quando o indivíduo consente, bem como a inexistência de defesa quando

6 Warren e Brandeis consideram a proteção do *privacy* uma necessidade: “The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury”. (WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, dez. 1890, p. 196)

7 Há muito debate em torno da motivação de Warren e Brandeis para a publicação do artigo dedicado ao *privacy*. Alguns estudiosos especulam que foi uma resposta ao aumento de sensacionalismo da imprensa em geral. Outros apontam que seria uma reação direta aos abusos cometidos pela imprensa contra a família de Warren, uma das mais influentes na sociedade de Boston do final do século XIX. Seja como for, independentemente das razões que levaram ao artigo, é certo que ele causou muito impacto no âmbito da *common law*, sendo ainda hoje inegável a sua importância. (WAGNER, Wienczyslaw J. Le “droit à l'intimité” aux Etats-Unis. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 17, n. 2, abr./jun. 1965, p. 366)

8 SOMA, John T. *Privacy law*. St. Paul: Thomson/West, 2008, p. 11.

9 PLACZEK, Thomas. *Allgemeines persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher informations- und datenschutz*. Hamburg: LIT, 2006, p. 46-47.

10 É importante observar, já de início, que o termo “privacy” não pode ser confundido com a expressão “privacidade” da língua portuguesa. De fato, deflui tanto do artigo de Warren e Brandeis como das primeiras decisões sobre a matéria que o *privacy* assumiu, desde o início, vocação para ampla tutela dos valores da personalidade, não se limitando apenas à tutela da privacidade. (FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido *inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 32) Desse modo, considerando a dificuldade na tradução do termo, que não se confunde com a privacidade e nem com os direitos da personalidade, preferimos utilizar nesse trabalho, para não incorreremos em nenhuma imprecisão, a expressão em inglês.

11 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, dez. 1890, p. 211.

12 SOMA, John T. *Privacy law*. St. Paul: Thomson/West, 2008, p. 13-14.

se alega que o fato é verdadeiro ou então que não houve “malícia” na publicação.¹³

O artigo de Warren e Brandeis provocou um impacto considerável no sistema jurídico norte-americano, mas não de maneira imediata. De fato, em um primeiro momento ocorreu hesitação por parte da doutrina quanto ao *privacy*, posto que muitos autores negaram energicamente as novas ideias, enquanto que outros defenderam o instituto com entusiasmo.¹⁴

Nos tribunais o efeito da publicação do artigo também não foi imediato, posto que os primeiros casos julgados não reconheceram a existência do *privacy*. Contudo, a ideia foi aos poucos adotada e até expandida pelos tribunais estaduais e federais, valendo ainda notar que nas primeiras décadas de existência o *right of privacy* foi defendido ao abrigo da *property theory*, mas depois passou a ser progressivamente abordado como um direito pessoal.¹⁵

De qualquer forma, é interessante notar que para o sistema da *common law* dos Estados Unidos é bastante incomum que um artigo publicado em uma revista tenha sido decisivo para desenvolvimento de um direito. Também é muito surpreendente o fato de que um artigo publicado em 1890 ainda continue a ser considerado hodiernamente como a obra fundamental sobre o tema, sem ter perdido sua validade, especialmente se levarmos em conta a importância e atualidade da matéria.¹⁶

3. O reconhecimento do *right of privacy* nos tribunais dos Estados Unidos.

¹³ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴ PROSSER, William Lloyd. *Handbook of the law of torts*. 4. ed. St. Paul: West, 1971, p. 802.

¹⁵ FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 164-165.

¹⁶ KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 58-59.

Os casos *Schuyler v. Curtis* (1891)¹⁷ e *Marks v. Jaffa* (1893) são normalmente apontados, por um grande número de doutrinadores, como aqueles que teriam iniciado as discussões a respeito do *right of privacy* nos tribunais dos Estados Unidos. Apesar da precedência, mais célebres se tornaram outros dois casos, que foram julgados de forma diversa e coincidentemente envolveram lesão ao direito à imagem.¹⁸

O primeiro deles, o caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, conhecido como “Flour of the Family”, diz respeito à inserção da fotografia de uma moça em um cartaz publicitário divulgado por um fabricante de farinha. A ação foi rejeitada em 1902 pela *Court of Appeals* de Nova Iorque, mas a existência do *right of privacy* aparentemente tinha sido reconhecida pelas duas cortes inferiores.¹⁹



¹⁷ O caso *Schuyler v. Curtis* é particularmente interessante, pois além de apresentar um problema que abrangia o reconhecimento do direito à imagem, também levanta a questão da imagem da pessoa falecida. A demanda foi iniciada por Philip Schuyler, sobrinho de Mary Hamilton Schuyler, que se opôs à construção e exposição de uma estátua de sua falecida tia em um evento em Chicago. A *Supreme Court* de Nova Iorque (primeira instância), em 1891, apoiada no artigo de Warren e Brandeis, acolheu o pedido, sustentando que a falecida tinha mantido em vida uma postura reservada, que não seria compatível com a pretendida exposição. A *Court of Appeals*, entretanto, asseverou que não era relevante o desejo da falecida, pois eventual *right of privacy* não teria sobrevivido à morte da senhora Schuyler. (HAND, Augustus N. Schuyler against Curtis and the right to privacy. *The American Law Register and Review*, Philadelphia, v. 45, n. 12, p. 745-759, dez. 1897, *passim*)

¹⁸ FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 161-165.

¹⁹ RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des*

Na decisão da *Court of Appeals*, tomada por estreita maioria de quatro votos a favor e três contra, foi negada a existência do direito em questão pela falta de precedente, pelo caráter puramente mental da lesão, pela dificuldade de se estabelecer a distinção entre natureza pública e privada, bem como pela indevida restrição à liberdade de imprensa e liberdade de expressão.²⁰

Em seguida, três anos mais tarde, o caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* foi levado à Suprema Corte da Georgia. Nele foi debatida a reprodução não autorizada em um jornal do retrato do senhor Pavesich, que foi colocado ao lado da foto de um homem em farrapos, tendo sido atribuída a prosperidade do primeiro ao fato de ter contratado uma apólice de seguro.²¹

Na decisão, proferida em 1905, a corte rejeitou os argumentos levados anteriormente ao caso *Roberson*, pelo que acabou aceitando o entendimento de Warren e Brandeis. Assim, os juízes consideraram que a publicação da imagem de uma pessoa, sem seu consentimento e com o propósito de exploração comercial, configuraria uma violação da *right of privacy*, o que não demandaria da pessoa retratada prova especial do dano.²²

A decisão do caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* foi então paulatinamente seguida por tribunais de vários outros estados americanos, de modo que na década de 1950 a oposição ao *right of privacy* já tinha praticamente desaparecido.²³

autres biens de la personnalité. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 278.

20 PROSSER, William Lloyd. *Handbook of the law of torts*. 4. ed. St. Paul: West, 1971, p. 803.

21 *Ibidem*, p. 803.

22 Os juízes se pronunciaram nos seguintes termos: "The publication of a picture of a person, without his consent, as a part of an advertisement, for the purpose of exploiting the publisher's business, is a violation of the right of privacy of the person whose picture is reproduced, and entitles him to recover, without proof of special damage". (LÉVY, Vanessa. *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*. Zürich: Schulthess, 2002, p. 150)

23 KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 59-60.

Por conseguinte, fica evidente que as duas últimas decisões mencionadas são extremamente importantes para o desenvolvimento do *privacy* nos Estados Unidos, motivo pelo qual são reiteradamente analisadas nos manuais. Também é interessante observar que os casos apresentados estão associados à defesa de valores patrimoniais, ainda que ligados a valores pessoais. Ademais, vale ainda destacar que, apesar de no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* ter sido rejeitada a concepção de Warren e Brandeis, não podemos nos esquecer que tal julgado contou com opiniões divergentes, bem como deu causa à promulgação de uma lei sobre *privacy* no Estado de Nova Iorque.²⁴

4. As dificuldades para o desenvolvimento do *privacy* até a década de 1950.

O período que vai do início até a metade do século XX não apresentou evolução aparente da doutrina do *privacy*, registrando apenas decisões que confirmaram a concepção desenvolvida por Warren e Brandeis. Perdeu-se então a oportunidade de incluir os avanços tecnológicos do período na proteção.²⁵

A estagnação do desenvolvimento do *privacy* provavelmente está associada à apresentação aos tribunais de um reduzido número de casos com novos pontos de vista, bem como pelo fato de que os tribunais não estavam dispostos a avançar no tema sem apoio em figuras jurídicas tradicionais, como a proteção da honra ou da propriedade.²⁶

A problemática é muito bem representada pela decisão do caso *Olmstead v. United States*, que pode ser considerada como uma das corresponsáveis pela referida estagnação da doutrina do *privacy*. O processo envolvia escutas telefônicas feitas pelo FBI contra Roy

24 *Ibidem*, p. 59-60.

25 *Ibidem*, p. 61.

26 *Ibidem*, p. 61.

Olmstead e muitas outras pessoas, que teriam transportado e vendido bebidas alcoólicas em violação à lei nacional.²⁷

O tribunal decidiu que as escutas telefônicas realizadas, que constituíam o principal meio de prova, não tinham sido feitas com invasão da propriedade privada, já que os cabos telefônicos interceptados se localizavam na rua, em áreas próximas das casas e dos escritórios investigados. No voto vencedor, o juiz Taft esclareceu que a escuta por meios eletrônicos não poderia ser considerada como busca, no sentido empregado pela Constituição, uma vez que não houve invasão física, e que não teria ocorrido apreensão inconstitucional, na medida em que não envolveu nenhum bem tangível.²⁸

Desse modo, como os locais investigados não foram fisicamente invadidos, as interceptações telefônicas não violariam a Quarta Emenda da Constituição, que garante a inviolabilidade da pessoa, da sua casa, de seus documentos e dos seus bens contra a realização de buscas e apreensões ilegítimas. Assim, foi dada interpretação literal à Quarta Emenda Constitucional, que seria aplicável somente na hipótese de busca envolvendo invasão física e de apreensão de objetos tangíveis.²⁹

Apesar do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, o juiz Brandeis, coautor do famoso artigo já mencionado, apresentou voto em sentido contrário, propugnando por uma aplicação liberal da Quarta Emenda Constitucional, que protegeria o cidadão contra qualquer violação injustificada do *privacy*, seja qual for o meio utilizado. Asseverou ainda que o governo deveria ter obtido um mandado de busca antes de ter invadido a privacidade alheia, mesmo porque a Constituição protege os cidadãos não apenas em aspectos materiais, mas também em suas

crenças, pensamentos, emoções e sensações.³⁰

Nessa linha, Brandeis, usando na decisão linguagem similar àquela do artigo publicado muitos anos antes, ampliou o foco do *privacy*, destacando que o *right to be let alone* encontra proteção não somente na *common law*, mas também na Constituição. Também identificou o Estado como um potencial ofensor desse direito.³¹

Nos anos que se seguiram, a posição defendida por Brandeis foi continuamente sustentada por outros juízes, mas a Suprema Corte dos Estados Unidos, apesar de pronunciamentos ousados em muitos julgados, manteve reserva ao *right of privacy* quando se discutia seu reconhecimento constitucional e a admissão de provas em processos criminais.³²

Assim, também não foi reconhecida a ocorrência de violação ao *privacy* no caso *Goldman v. United States* (1942), em que a conversa do acusado foi gravada por um microfone instalado na parede do apartamento contíguo, uma vez que a prova não teria sido obtida com invasão física.³³ O posicionamento foi mais uma vez confirmado no caso *On Lee v. United States* (1952), quando o tribunal admitiu as provas colhidas pela escuta de conversações entre On Lee e um agente infiltrado, que estava com um microfone. O mesmo pode ser constatado em *Silvermann v. United States* (1961), que, confirmando a regra do caso *Olmstead*, apenas condenou a utilização de microfones pelo fato de ter ocorrido invasão de propriedade.³⁴

27 MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D. *Privacy as a constitutional right: sex, drugs, and the right to life*. New York: Quorum Books, 1992, p. 92.

28 O'BRIEN, David M. *Privacy, law, and public policy*. New York: Praeger, 1979, p. 51-52.

29 *Ibidem*, p. 51.

30 MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D. *Privacy as a constitutional right: sex, drugs, and the right to life*. New York: Quorum Books, 1992, p. 93.

31 SOLOVE, Daniel J.; ROTENBERG, Marc; SCHWARTZ, Paul M. *Privacy, information, and technology*. New York: Aspen, 2006, p. 28-29.

32 KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 61-63.

33 DIONISOPOULOS, Allan; DUCAT, Craig R. *The right to privacy: essays and cases*. St. Paul: West, 1976, p. 18.

34 O'BRIEN, David M. *Privacy, law, and public policy*. New York: Praeger, 1979, p. 54-55.

5. O *right of publicity*.

Em 1953, mais um passo importante é dado no julgamento do caso *Haelan Laboratories Inc v. Topps Chewing Gum Inc*, que colocou em evidência a falta de adaptação e a insuficiência do *privacy* para a resolução de problemas relativos a interesses patrimoniais, estabelecendo novos limites para esse direito.³⁵

A demanda envolveu a celebração de vários contratos entre a empresa Haelan Laboratories Inc e jogadores profissionais de baseball, nos quais foi estabelecido um direito exclusivo de utilização da imagem, do nome e de elementos biográficos dos jogadores para a venda de produtos da empresa. Conhecendo a existência do contrato, a empresa concorrente Topps Chewing Gum Inc procurou os mesmos jogadores e obteve, em violação à obrigação contratual anterior, semelhante autorização para utilização da imagem, o que deu ensejo à demanda judicial por parte da primeira empresa.³⁶

Em sua defesa, a ré asseverou que os contratos celebrados entre a autora e os jogadores não poderiam transferir o *right of privacy*, posto que tal direito tinha natureza pessoal e intransferível. Também argumentou que nos contratos não havia previsão de nenhum *property right* que pudesse ser invocado.³⁷



Entretanto, o tribunal rejeitou os argumentos da defesa, considerando, sem nenhuma preocupação teórica, a necessidade de se destacar uma parte do *right of privacy* e reconhecer a existência de um *right of publicity*. Tal direito foi considerado independente do *privacy* e garantiria um privilégio exclusivo à pessoa quanto ao aproveitamento econômico de sua notoriedade, o que poderia ser considerado um *property right*, na medida em que teria valor pecuniário.³⁸

Assim sendo, apesar de guardar suas origens históricas no *right of privacy*, o surgimento do *right of publicity* não decorreu de um processo evolutivo, mas é resultado de uma radical ruptura do *right of privacy*, que produziu um direito transmissível, inclusive, na opinião da doutrina majoritária, por herança.³⁹

Após a decisão do caso Haelan, a nova figura jurídica foi rejeitada por alguns tribunais e aceita por outros. A mesma diversidade de entendimentos pôde ser vista na doutrina, que contou, entre os defensores do *right of publicity*, com Grodin e Nimmer. Este último acabou fixando os contornos do novo instituto, destacando que o *right of privacy* não era adequado para a integral proteção do cidadão na segunda metade do século XX, em especial pela presença maciça da publicidade.⁴⁰

35 ROUVINEZ, Julien. *La licence des droits de la personnalité*. Zürich: Schulthess, 2011, p. 81.

36 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 395.

37 FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do*

direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido *inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 176.

38 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 393 e 396.

39 GÖTTING, Horst-Peter. *Persönlichkeitsrechte als vermögensrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, p. 191.

40 FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do*

No âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, o *right of publicity* somente foi reconhecido em 1977, no julgamento do caso *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Company*, quando se admitiu a existência de interesse econômico na apresentação de um “homem-bala” que foi transmitida pela televisão sem sua autorização.⁴¹

Na demanda, o tribunal atribuiu ao *right of publicity* um interesse análogo à propriedade (*proprietary interest*) e afirmou ainda que a finalidade de tal direito é muito próxima à de uma patente ou de um *copyright*, na medida em que é protegido o direito de colher os frutos de uma atividade individual, que nada tem a ver com a proteção dos sentimentos ou da reputação.⁴²

Depois dessa decisão, o *right of publicity* foi progressivamente admitido pelos estados do país, muitos deles consagrando até mesmo uma legislação específica sobre o tema.⁴³

Portanto, a proteção do direito à imagem na *common law* passou a compreender um modelo dualista, composto tanto pelo *right of privacy* como pelo *right of publicity*. O primeiro voltado para a tutela de valores pessoais, enquanto que o segundo se destina à proteção de valores patrimoniais.⁴⁴

6. A difícil distinção entre o *privacy* e o *publicity*.

Como foi visto, o *right of publicity* pode ser concebido, em linhas gerais, como o direito que cada pessoa tem de controlar o

uso comercial de sua identidade, dirigindo sua tutela para aspectos meramente patrimoniais. O instituto é visto como uma espécie do gênero da concorrência desleal, posto que garante o privilégio exclusivo quanto à exploração da identidade, particularmente no que toca à publicação de fotografias.⁴⁵

Ocorre que o fato do *right of publicity* ser mencionado em ligação com a identidade não significa que a sua proteção está relacionada apenas com os bens da personalidade. Na verdade, essa tutela vai muito além, abrangendo todas as formas de identificação da pessoa, como a imagem, o nome ou a voz, bem como objetos materiais.⁴⁶

Nessa linha, a despeito da definição doutrinária aparentemente clara do *right of publicity*, bem como do estabelecimento de suas diferenças em relação ao *privacy*, na prática a distinção não é tão simples, mesmo porque existe uma grande afinidade entre esses direitos.

Normalmente um dos critérios utilizados na distinção é o comportamento anterior da vítima. Assim, se a pessoa, como ocorreu no caso *Zacchini*, não se opõe à publicidade, contanto que ela receba as vantagens financeiras pela exposição, estaríamos diante do *publicity*. Também ocorrerá atentado apenas ao *right of publicity* quando uma pessoa autoriza a publicação de seu nome ou de sua imagem em um determinado periódico, mas não em um outro, ou quando a extensão da utilização publicitária excede o que foi previsto contratualmente.⁴⁷

Por outro lado, estaremos diante de invasão do *privacy* se os fatos em análise indicam que o indivíduo jamais explorou o valor

direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido *inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 179.

41 FREEDMAN, Warren. *The right of privacy in the computer age*. Nova Iorque: Quorum, 1987, p. 28.

42 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 393-394.

43 ROUVINEZ, Julien. *La licence des droits de la personnalité*. Zürich: Schulthess, 2011, p. 82.

44 LÉVY, Vanessa. *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*. Zürich: Schulthess, 2002, p. 151.

45 FREEDMAN, Warren. *The right of privacy in the computer age*. Nova Iorque: Quorum, 1987, p. 28.

46 FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 166.

47 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 394-396 e 407.

associado a sua reputação ou a sua atividade profissional, bem como que não houve qualquer consentimento no que toca à utilização do seu nome ou de sua imagem.⁴⁸

A partir daí, parte da doutrina e da jurisprudência passaram a considerar, de modo geral, que a utilização do nome ou da imagem de pessoas célebres, sem autorização, em uma propaganda, somente afeta o *right of publicity*. De contrário, tratando-se de uma pessoa não conhecida do público, a defesa da utilização não autorizada do nome e da imagem deve ser feita pelo *right of privacy*.⁴⁹

Outrossim, podemos arrolar ainda a distinção no que toca à patrimonialidade e à transmissibilidade do interesse protegido. Assim sendo, considerando a patrimonialidade do *publicity*, a doutrina reconhece que ele faz parte do próprio patrimônio da pessoa (*estate*) e admite a possibilidade de sua cessão contratual ou transmissão hereditária. O mesmo não valendo para o *right of privacy*, que se volta para a proteção de interesses ideais e não permite a transmissão.⁵⁰

Por conseguinte, deve-se admitir que são poucas as situações em que a delimitação se apresenta tão evidente. A despeito disso é sem dúvida sempre conveniente analisar o comportamento anterior da vítima, investigar a natureza da agressão, bem como buscar interpretar o consentimento do sujeito para que se possa chegar à conclusão se estamos diante de um caso de *privacy* ou *publicity*, sobretudo quando foi contratualmente autorizada a exploração do nome ou da imagem.⁵¹

7. O *privacy* na construção doutrinária de Prosser.

Somente na década de 1960 é que surgem novas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do *privacy*. No que toca à doutrina, inicia-se então um debate contrapondo pontos de vista favoráveis e opostos às ideias de Warren e Brandeis.

Entre as críticas dirigidas à concepção, podem ser distinguidas diversas orientações, como a que substitui o conceito de *privacy* por outro considerado mais adequado, a que censura a utilização de um vocábulo único para diversos atos ilícitos e a que contesta a definição do *privacy* como o “direito de ser deixado só”.⁵²

Entretanto, vamos aqui destacar o embate mais célebre, que envolveu Prosser e Bloustein, tendo exercido, como será visto, indiscutível influência nos desenvolvimentos posteriores do *privacy*.⁵³

William Prosser, aclamado professor da *California School of Law* (Berkeley) e à época uma das maiores autoridades em responsabilidade civil (*tort law*), apresentou em 1960 um estudo bastante preciso acerca das decisões prolatadas sobre o *right of privacy*. Nele o estudioso procurou evidenciar as regras emanadas de cada caso e os desenvolvimentos jurídicos daí decorrentes.⁵⁴⁻⁵⁵

Após a análise de substancial amostra do repertório jurisprudencial disponível, Prosser admitiu a existência de confusão e inconsistências no desenvolvimento do *privacy*, mas tentou sistematizar a matéria. Asseverou que não se estava diante de apenas um *tort*, mas sim de quatro grupos diversos, vindo em cada um deles a lesão de diferentes tipos de interesses protegidos. Nessa linha, destacou que os interesses tutelados pelo *privacy* não

48 *Ibidem*, p. 394-396.

49 GÖTTING, Horst-Peter. *Persönlichkeitsrechte als vermögensrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, p. 243.

50 ROUVINEZ, Julien. *La licence des droits de la personnalité*. Zürich: Schulthess, 2011, p. 82.

51 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 395.

52 *Ibidem*, p. 630.

53 DIONISOPOULOS, Allan; DUCAT, Craig R. *The right to privacy: essays and cases*. St. Paul: West, 1976, p. 25-26.

54 KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 71.

55 O trabalho de Prosser foi ampliado e atualizado por Keeton, contando com última edição (5. ed.) publicada em 1984 sob o título: “*Prosser and Keeton on the law of torts*”.

teriam quase nada em comum, exceto que todos eles representariam uma interferência no *right to be let alone*.⁵⁶

Prosser passa então a classificar o *privacy* nas seguintes espécies: 1) invasão em assuntos privados da pessoa (*intrusion*); 2) publicação de fatos embaraçosos relativos à vida privada de determinada pessoa (*public disclosure*); 3) publicação que leve a opinião pública a uma falsa compreensão (*false light*), o que se assimila à difamação (*defamation*), mas enquanto esta requer que a informação seja falsa, no *privacy* a informação geralmente é verdadeira, mas cria uma falsa impressão e; 4) abuso do nome ou da imagem de outrem para benefício próprio (*appropriation*),⁵⁷ conceito que se aproximaria do *right of publicity*, no entanto, este direito protege a pessoa contra a exploração comercial não autorizada (*property right*), enquanto que o *privacy* diz respeito à tutela de valores pessoais da personalidade.⁵⁸

O estudioso não foi, obviamente, o primeiro a apresentar uma classificação do *right of privacy* em diferentes tipos. Na verdade, o que torna seu trabalho relevante, a ponto de ser considerado por muitos como leitura obrigatória para as discussões sobre *privacy*, não é somente o fato de ter desenvolvido uma classificação que impôs ordem e clareza à matéria, mas também por ter identificado o bem jurídico protegido em cada uma das hipóteses apresentadas.⁵⁹

Destarte, ainda que de forma implícita, pode-se deduzir do pensamento de Prosser que não existe unidade na tutela do *privacy*, posto que não estaríamos diante de um valor independente, mas sim de uma composição de

interesses que abrange a reputação, a tranquilidade emocional e a propriedade imaterial.⁶⁰

8. O *privacy* como tutela da dignidade e da individualidade.

Os ensinamentos de Prosser não ficaram isentos de críticas, como a apresentada pelo professor Harry Kalven, no artigo intitulado “*Privacy in tort law – were Warren and Brandeis wrong?*”, publicado em 1966. Nele o estudioso questiona a proteção do *privacy* por meio da legislação de *torts*, concluindo que, com exceção dos casos de apropriação, a tentativa de proteger o *privacy* no âmbito da responsabilidade civil é um erro.⁶¹

Edward Bloustein, em trabalho publicado em 1964, assevera que a análise em grupo de casos, apresentada por Prosser, contrariou o que Warren e Brandeis defendiam, uma vez que acabava indicando a incapacidade dos tribunais de continuarem o desenvolvimento do *privacy* sem que fosse necessário o apoio em figuras jurídicas tradicionais, como a propriedade e a honra.⁶²

Nessa linha, Bloustein destaca a existência de uma considerável confusão no que toca à natureza do bem jurídico protegido pelo *privacy*, entendendo que Prosser remete esse direito novamente às antigas instituições jurídicas, o que estaria em contradição com o pensamento de Warren e Brandeis, na medida em que viam no *privacy* uma figura jurídica nova e unitária.⁶³

Partindo desses problemas, Bloustein propõe em seu artigo uma teoria geral do *privacy*, levando em conta, para tanto, o bem jurídico protegido em todos os casos. Considera então que a dignidade humana

56 PROSSER, William Lloyd. *Handbook of the law of torts*. 4. ed. St. Paul: West, 1971, p. 804.

57 KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 72.

58 FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 179.

59 KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 72.

60 BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to dean Prosser. *New York University Law Review*, v. 39, 1964, p. 962.

61 FREEDMAN, Warren. *The right of privacy in the computer age*. Nova Iorque: Quorum, 1987, p. 8.

62 KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 73.

63 *Ibidem*, p. 74.

seria esse bem jurídico, que ligaria o *right of privacy* do direito privado ao direito público, vínculo este totalmente ignorado por Prosser. Acrescenta ainda que o *privacy* não é limitado à *common law*, abrangendo o direito como um todo, inclusive as disposições de direito processual penal.⁶⁴

Outrossim, Bloustein lembra da existência de muitas leis mais recentes, que regulam o uso de sistemas eletrônicos de vigilância ou que proíbem a interceptação telefônica de conversas, exemplos que seriam suficientes para comprovar a proteção do *right of privacy* de forma independente, não somente como uma proteção civil contra atos ilícitos.⁶⁵

Além disso, outra questão que se colocava era a respeito dos desenvolvimentos futuros do *privacy*. De acordo com o estudioso, a influência do trabalho de Prosser era patente, já que nos anos que se seguiram à sua publicação quase toda decisão sobre *privacy* mencionava sua concepção, bem como também refletiu na elaboração do *Restatement of Torts*. Assim sendo, nas palavras de Bloustein, se seu posicionamento não estivesse correto, então seria importante demonstrar suas falhas e apresentar uma teoria alternativa.⁶⁶

Desse modo, em suma, sugere Bloustein que o raciocínio de Prosser não estava correto, pois o *privacy* envolveria o mesmo interesse na preservação da dignidade e da individualidade do ser humano, falando-se então em apenas um *tort*, que garantiria uma proteção abrangente e sem lacunas.⁶⁷

Alguns autores americanos concordaram com Bloustein, especialmente diante dos fortes argumentos lançados contra Prosser no sentido de que sua visão se limitava à *common law*, bem como que a classificação por ele proposta não era exaustiva e ainda

apresentava distinções insuficientemente esclarecidas.⁶⁸

Contudo, boa parte dos estudiosos acabou seguindo o posicionamento de Prosser, sendo certo que alguns deles, como é o caso de Wade, até avançaram em suas ideias.⁶⁹ De qualquer forma, é interessante notar que as ideias de Bloustein em muito se assemelham à concepção em vigor no direito continental, especialmente pela menção à tutela da dignidade humana.

Por conseguinte, o fato é que as ideias de Prosser acabaram saindo vitoriosas e sua sistemática passou a exercer uma influência tão grande que foi seguida de forma quase unânime pela doutrina e pela jurisprudência, ecoando ainda no *Second Restatement of Torts*, de 1977, bem como na constituição, nas leis e na *common law* de vários estados.⁷⁰ E o resultado não poderia ser diverso, uma vez que, independentemente da denominação utilizada, o fato é que o conceito de *privacy* procura realmente dar uma visão unitária a um grande número de situações ou de relações que são heterogêneas,⁷¹ isso sem falar na ampla e já tradicional aceitação pela jurisprudência da inclusão desse instituto entre os *torts*.⁷²

9. A formulação do *privacy* constitucional.

Paralelamente ao debate doutrinário, viu-se que ao longo do tempo o *right of privacy*, desenvolvido como um conceito da *common law*, passou a aparecer em casos

64 *Ibidem*, p. 74.

65 *Ibidem*, p. 74.

66 BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to dean Prosser. *New York University Law Review*, v. 39, 1964, p. 964.

67 *Ibidem*, p. 1005.

68 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 633.

69 KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 75.

70 GÖTTING, Horst-Peter. *Persönlichkeitsrechte als vermögensrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, p. 185-186.

71 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 632.

72 FREEDMAN, Warren. *The right of privacy in the computer age*. Nova Torque: Quorum, 1987, p. 8-9.

envolvendo a Constituição dos Estados Unidos. Todavia, apesar do início dos debates ter ocorrido ainda na primeira metade do século XX, o reconhecimento do *right of privacy* na Constituição somente veio com o caso *Griswold v. Connecticut*, decidido em 1965 pela Suprema Corte dos Estados Unidos.⁷³

Na demanda foi debatida uma lei de Connecticut, que tornou ilegal o uso ou a distribuição de anticoncepcionais, o que configuraria ingerência do Estado no *privacy*. A lei deu causa à condenação de um médico, que examinou uma mulher casada e prescreveu métodos contraceptivos, bem como do senhor Griswold, diretor da clínica onde o referido médico trabalhava.⁷⁴

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, o juiz Douglas, que tinha assumido a cadeira de Brandeis, redigiu o voto do caso *Griswold v. Connecticut*, que se tornou célebre. Nele o magistrado declarou a inconstitucionalidade da lei e reconheceu a existência de um direito geral de *privacy*, que decorreria das seguintes Emendas à Constituição dos Estados Unidos: Primeira (liberdade de expressão), Terceira (restrição ao aquartelamento de soldados em casas particulares), Quarta (busca e apreensões ilícitas), Quinta (autoincriminação) e Nona (declara que os direitos não especificados na Declaração de Direitos são também protegidos por ela).⁷⁵

A decisão ainda destaca o caráter sacro da união conjugal e o respeito que merece a intimidade do casal, considerando, por conseguinte, inadmissível que a polícia pudesse estender suas investigações ao quarto do casal (*"the sacred precincts of marital bedrooms"*).⁷⁶

Dessa forma, somente a partir do caso *Griswold v. Connecticut* foi reconhecido constitucionalmente, pela primeira vez, o *right of privacy*, que, apesar de não ser expressamente mencionado pela Constituição, estaria localizado, conforme o voto do juiz Douglas, no interior das penumbras ou zonas de liberdade criadas por uma interpretação mais abrangente da Declaração de Direitos.⁷⁷

10. A consolidação do entendimento do caso *Griswold*.

Em 1967, a Suprema Corte dos Estados Unidos finalmente superou a doutrina *Olms-tead*, analisando o caso *Katz v. United States*, no qual policiais, sem autorização judicial, interceptaram conversações telefônicas realizadas de uma cabine telefônica.

O voto vencedor foi proferido pelo juiz Stewart, que mencionou o posicionamento do tribunal no caso *Griswold* e reconheceu a violação do *privacy* decorrente de injustificada medida de busca e apreensão, na hipótese envolvendo bem imaterial. O magistrado ainda acrescentou em sua decisão que Katz tinha uma razoável expectativa de *privacy* quando entrou na cabine telefônica e fechou a porta, estando assim resguardado pela Quarta Emenda, que protege pessoas e não lugares (*"the Fourth Amendment protects people, not places"*).⁷⁸

Em seguida, em 1969, no caso *Stanley v. Georgia*, novamente foi colocada em prova a solução dada ao caso *Griswold*. A demanda envolveu a realização de busca e apreensão na casa de Stanley, estando a polícia munida do respectivo mandado, deferido para que fossem encontradas provas da atividade de agenciamento de apostas. Todavia, durante o procedimento, foram encontrados vídeos obs-

73 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 167.

74 MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D. *Privacy as a constitutional right: sex, drugs, and the right to life*. New York: Quorum Books, 1992, p. 93.

75 *Ibidem*, p. 97.

76 RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990, p. 167.

77 SOLOVE, Daniel J.; ROTENBERG, Marc; SCHWARTZ, Paul M. *Privacy, information, and technology*. New York: Aspen, 2006, p. 28-29.

78 KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 71.



cenos no quarto de Stanley, que foi acusado de violação da legislação da Geórgia.⁷⁹

Pois bem, na Suprema Corte dos Estados Unidos, todos os juizes estavam de acordo com a absolvição de Stanley, mas houve divergência quanto aos fundamentos. Nesse particular, vale destacar o voto do juiz Marshall, que citou tanto a manifestação proferida pelo juiz Brandeis no caso *Olmstead* quanto o entendimento acolhido pelo tribunal no caso *Griswold*, argumentando ainda que a Constituição protege os cidadãos contra invasões não esperadas em seu direito de *privacy*.⁸⁰

Por derradeiro, as decisões posteriores ao caso *Griswold* permitiram então a construção e consolidação do *privacy* constitucional, que foi ainda dividido em duas espécies: a primeira com fundamento na Quarta Emenda

e nas “penumbras” de outras Emendas (Primeira, Terceira, Quinta e Nona), enquanto que a segunda está voltada para o devido processo substantivo.⁸¹

11. A relação entre o *right of privacy* e os direitos da personalidade.

No Direito dos Estados Unidos, como foi exposto, não é comum a menção a bens da personalidade, mesmo porque não existe a figura dos direitos da personalidade, como é conhecida nos países de tradição continental. Para a solução de eventuais demandas relacionadas com os bens da personalidade, os norte-americanos desenvolveram então o *right of privacy*, que constitui uma categoria de direitos que não é equivalente aos direitos da personalidade.⁸²

De fato, o *right of privacy* apresenta inúmeros pontos de divergência, abarcando, por um lado, aspectos que não se incluem no âmbito dos direitos da personalidade, bem como deixando de tutelar temas que são evidentemente abrangidos pelos direitos da personalidade.

Em linhas gerais, apresentamos a evolução do *right of privacy* naquele país, cuja origem doutrinária foi lentamente consagrada na jurisprudência, na legislação de um grande número de estados e, finalmente, foi elevado ao nível constitucional pela Suprema Corte.

Nesse contexto, pode-se notar que há um paralelo entre o desenvolvimento do *privacy* e dos direitos da personalidade. É que para problemas muito semelhantes, surgidos no decorrer do século XX e início do século XXI, foram apresentadas pelos dois sistemas soluções muitas vezes bastante parecidas, não obstante a diversidade da fundamentação.

79 MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D. *Privacy as a constitutional right: sex, drugs, and the right to life*. New York: Quorum Books, 1992, p. 99.

80 *Ibidem*, p. 99.

81 *Ibidem*, p. 100.

82 FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 166.

Todavia, é certo que os norte-americanos levam o individualismo ao extremo, bem como possuem uma mentalidade pouco solidária, o que, somado ao raciocínio da *common law* sustentado pela técnica de solução de casos pelos precedentes,⁸³ acaba por deixar claro que é bastante complicada qualquer aproximação teórica entre o *right of privacy* e os direitos da personalidade. A isso deve ser acrescido o fato de que há uma grande dificuldade de se estabelecer uma definição adequada em torno do *privacy*, havendo diferentes formas de se ver o instituto.⁸⁴

Realmente, esses institutos apresentam origem, natureza jurídica, abrangência, fundamentação e limites bastante diversos. Todavia, considerando a similitude dos problemas enfrentados pelos países da *civil law* e da *common law*, não nos parece despropositada a constante análise do direito dos Estados Unidos, que sempre poderá contribuir com soluções criativas para a inovação da *civil law*.

Por fim, no que toca especificamente ao direito à imagem, vale lembrar que o sistema jurídico dos Estados Unidos é bastante particular, posto que reconhece dois direitos distintos para a sua proteção, conforme o atentado diga respeito a um aspecto da vida privada ou à utilização comercial da imagem. Assim, tal solução apresenta o inconveniente da dificuldade de delimitação do conceito e das fronteiras entre o *privacy* e o *publicity*, o que, a nosso ver, não aconselha sua adoção no direito pátrio.

12. Considerações finais.

Reputamos sempre interessante o conhecimento de outros sistemas jurídicos, tanto que nos propusemos a estudar o *privacy*, no entanto, a mera transposição desse instituto para a seara dos direitos da personalidade, sem um aprofundado exame da matéria, em especial no que toca à tutela da imagem, não parece apresentar grandes vantagens. Ao contrário, tal tentativa pode representar uma ameaça aos direitos da personalidade, cuja proteção já conta com legislação, doutrina e jurisprudência bastante sólidas nos países de tradição romano-germânica.

Portanto, consideramos necessária muita cautela ao se tentar uma aproximação do *privacy* aos direitos da personalidade, pelo que vemos com certa restrição a conduta daqueles estudiosos, entusiastas do Direito dos Estados Unidos, que procuram, sem maiores cuidados, a transposição para o direito continental de institutos da *common law*.

83 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1, p. 60.

84 SOMA, John T. *Privacy law*. St. Paul: Thomson/West, 2008, p. 16.

Bibliografia.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to dean Prosser. *New York University Law Review*, v. 39, p. 962-1007, 1964.

COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts*. Chicago: Callaghan, 1880.

DIONISOPOULOS, Allan; DUCAT, Craig R. *The right to privacy: essays and cases*. St. Paul: West, 1976.

FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009.

FREEDMAN, Warren. *The right of privacy in the computer age*. Nova Iorque: Quorum, 1987.

GÖTTING, Horst-Peter. *Persönlichkeitsrechte als vermögensrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995.

HAND, Augustus N. Schuyler against Curtis and the right to privacy. *The American Law Register and Review*, Philadelphia, v. 45, n. 12, p. 745-759, dez. 1897.

KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969.

LÉVY, Vanessa. *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*. Zürich: Schulthess, 2002.

MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D. *Privacy as a constitutional right: sex, drugs, and the right to life*. New York: Quorum Books, 1992.

O'BRIEN, David M. *Privacy, law, and public policy*. New York: Praeger, 1979.

PLACZEK, Thomas. *Allgemeines persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher informations- und datenschutz*. Hamburg: LIT, 2006.

PROSSER, William Lloyd. *Handbook of the law of torts*. 4. ed. St. Paul: West, 1971.

RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelas: Bruylant, 1990.

ROUVINEZ, Julien. *La licence des droits de la personnalité*. Zürich: Schulthess, 2011.

SOLOVE, Daniel J.; ROTENBERG, Marc; SCHWARTZ, Paul M. *Privacy, information, and technology*. New York: Aspen, 2006.

SOMA, John T. *Privacy law*. St. Paul: Thomson/West, 2008.

WAGNER, Wienczyslaw J. Le "droit à l'intimité" aux Etats-Unis. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 17, n. 2, p. 365-376, abr./jun. 1965.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

Ativismo processual constitucional



Renato Gugliano Herani

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional da FADISP. Pesquisador bolsista do FUNADESP. Membro do Conselho Consultivo da Presidência do CNJ. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SP. Advogado em São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Por um novo paradigma da postulação constitucional. 3. Legitimidade da autonomia processual constitucional. 3.1. Legitimidade histórica. 3.2. Legitimidade normativa. 3.3. Legitimidade técnico-jurídica. 4. Motivações de autocriação processual constitucional pelo STF. 4.1. Criação por interpretação (concretização). 4.2. Criação por integração analógica. 4.3. Criação por delegação legislativa. 4.4. Criação ex novo. 5. Conclusões. Referências.

1. Introdução.

A posição do Supremo Tribunal Federal – STF na estrutura política do Brasil o credencia a ser o supremo intérprete da Constituição. Interpreta com supremacia não só o direito material constitucional, mas também o processual constitucional. Se incontestado é a capacidade de as decisões do STF criarem direito constitucional material, num contexto de tímida legislação processual constitucional como é o caso do Brasil, com maior razão propiciam um campo ainda mais vasto para o ativismo processual constitucional. Esse tema ainda surpreende, não obstante a sua importância, por seu déficit investigativo na doutrina nacional, se comparado com o interesse há muito despertado em outros países.

A ideia de ativismo processual constitucional é aqui empregada no sentido de *parâmetro de atuação ativa* do STF na produção de normas processuais constitucionais. Peter Häberle detecta esse movimento no Tribunal Constitucional Federal alemão quando diz ser possível, a partir da jurisprudência, reelaborar o direito processual constitucional alemão.¹ Ponderações dessa ordem evidenciam a capacidade de a jurisprudência constitucional constituir-se forma especial de produção judicial do estatuto processual constitucional, cuja compreensão exige posturas interpretativas apropriadas e diferentes

1 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 15-44, 2004.

das tradicionalmente praticadas em sistemas jurídicos de matriz *civil law*.

A essas inferências deve-se especial atenção no Brasil, em razão do perfil legislativo favorável a que o STF concentre um poder de conformação do processo constitucional diverso daquele por ele mesmo exercido no manejo do processo ordinário. E denuncia uma postura um tanto ativista, aqui aludida em linha com outros estudos, pelo *princípio da autonomia processual constitucional*, que tomo como objeto central deste estudo, especialmente por seus efeitos no desempenho prático do processo constitucional.

Autonomia processual constitucional é o *poder de criação judicial do direito processual constitucional num âmbito de discricionariedade contingenciado ao juiz constitucional, diante da insuficiência ou inadequação do substrato textual legislativo de natureza processual constitucional, para enfrentar os albores da sua função de curador da Constituição*. Quando afirmo que o STF cria direito processual constitucional, tenho em mente a noção de “criação” em um sentido amplo, “como estabelecimento de normas jurídicas ou preceitos dotados de eficácia *erga omnes*”,² não propriamente decorrente do dispositivo (norma de decisão), mas da força persuasiva ou transcendente da fundamentação da decisão da qual é possível generalizar e abstrair tais preceitos (norma geral).

O estudo não se trata de modo algum da defesa matizada da autocriação processual constitucional do STF contraposta à orientação, que se tem fortalecido nos últimos anos,³ de codificação do direito processual constitucional nos moldes, por exemplo, do

Código Processual Constitucional peruano. Até porque não se pode afirmar que a autocriação e a codificação formam um irrecusável antagonismo, pois ambas as orientações podem coexistir plenamente, com maior ou menor discricionariedade judicial. Um bom exemplo dessa convivência pode ser notado no próprio Peru. Além do referido Código, também compõe o ordenamento processual constitucional peruano a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional e o Regulamento Normativo do Tribunal Constitucional. Não obstante tão vasta legislação, ainda há lacunas e indeterminações, e, por isso, o próprio código autoriza o Tribunal Constitucional a atuar imperativamente na supressão e integração normativa para lograr a concretização dos fins do processo constitucional.⁴

Este estudo defende o modo como deve ser captada a prática da autonomia processual constitucional. Em reflexão anterior, adverti para a maior frequência do uso do *método jurídico-funcional de autorreferência da Justiça Constitucional brasileira* para uma base científica mais concreta, e não só abstrata, e, por isso, sólida para indicar o real perfil funcional do STF (entre o ativista e a autocontenção), enquanto guardião da Constituição.⁵ Eis a motivação para, neste breve encontro, levar adiante essa advertência e, a partir da análise dos fundamentos de decisões do STF, formatar linhas gerais sobre a prática da autonomia processual constitucional.

O intuito é contribuir aportando uma visão introdutória sobre a matéria. O estudo inicia com o que reputo um dos efeitos de

2 REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 327, tradução nossa.

3 BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010. TAVARES, André Ramos; BELAUNDE, Domingo García. Por que um Código Processual Constitucional? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 16, out./dez. 2011.

4 “Art. III. (...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”; “Art. IX. En caso de vacío o defecto de la presente ley, será de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios genetales del derecho procesal y a la doctrina”.

5 HERANI, Renato Gugliano. O poder judicial de constitucionalidade: entre o ativismo e a contenção. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 27, p. 631-648, 2013.

relevância e justificação da convivência com a autonomia processual constitucional, que é a revisão do modo de pensar a *postulação constitucional como técnica processual* de ativação e operacionalização do sistema de proteção (subjetiva e objetiva) da Constituição. Segue com algumas linhas sobre a legitimidade do princípio da autonomia processual constitucional, quando é revelado o seu *fundamento normativo*. Por fim, em breves dizeres, é analisado o poder de criação judicial segundo a *motivação do seu exercício*, num processo inverso de abstração, por que parte da verificação do comportamento do processo constitucional do ponto de vista da sua criação.

2. Por um novo paradigma da postulação constitucional.

Alguns traços marcantes do Estado de cariz constitucional, como a maior discricionariedade interpretativa do julgador em razão da linguagem constitucional aberta, a verticalização da eficácia das normas constitucionais, o incremento dos mecanismos e técnicas de controle da constitucionalidade, determinaram “um incremento quantitativo e qualitativo da exigência de justificação das decisões dos órgãos públicos”.⁶ Isso é perceptivo principalmente em órgãos como o STF que deve atuar orientado a suprir

deficiências e insuficiências legislativas na regulação do processo constitucional.

Ao se observar *como* é o processo constitucional, percebe-se que não raramente o STF aproxima-se da criação legislativa. Um perfil como esse coloca em plano de pertinência, no momento da postulação constitucional, métodos para o controle racional da atividade judicial, em vista da identificação de padrões de racionalidade. É um pensamento que se engaja com o Estado Constitucional, cujo poder do Direito é submetido à razão – “império da força da razão, frente a razão da força”⁷ –, e isso implica o comprometimento com critérios argumentativos mais elaborados e consistentes. É nesse contexto que, a partir do século passado, houve o grande impulso dos modelos teóricos da argumentação jurídica, e, hoje, impacta a conduta dos profissionais – desde julgadores a advogados – na interpretação e aplicação do Direito constitucional. Do ponto de vista dos postulantes, o que se deve ter em mente é a *racionalização de estratégias processuais* orientadas por padrões metodológicos capazes de compreender e controlar as razões das decisões judiciais.

Somente a partir do século XX inclinou-se a desenvolver o Direito como argumentação jurídica em oposição à concepção estritamente formalista, que sofreu da excessiva simplificação da interpretação e da aplicação do Direito e, portanto, da racionalização jurídica.⁸ Esse simplismo marcadamente presente



6 ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y estado constitucional. *Anales de jurisprudencia*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 261, p. 354, 2003, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=anjuris&n=261>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

7 *Ibidem*, p. 354, tradução nossa.

8 *Ibidem*, p. 353-369.

em sistemas jurídicos de cariz civil law reflete na conduta racional não só dos julgadores, como dos profissionais da postulação. A aproximação do *civil law* do *common law*, fenômeno que se tem percebido ao longo dos últimos anos, tende a mudar esse cenário, com a percepção cada vez mais clara de que julgadores não devem decidir destituídos de razões objetivamente controláveis e advogados postulare sem método e técnica capazes de controlar racionalmente o julgador.

Assumir a ideia de direito como argumentação é preparar-se para a postulação teoricamente mais complexa e de uso técnico mais apurado, mormente num sistema orientado pelo princípio da autonomia processual constitucional. A primeira mudança é o esforço prévio e constante de reflexão sobre o real processo de decisão, para que a postulação articule com técnica capaz de lidar com a maior demanda argumentativa, especialmente no processo constitucional em que os direitos fundamentais ocupam posto central. Deve-se pensar esses novos parâmetros a partir da articulação dos avanços da teoria da argumentação jurídica com o atual momento do constitucionalismo moderno e do papel central das Cortes ou Tribunais Constitucionais frente à solução de problemas constitucionais concretos de ampla repercussão social, política e econômica.

Em recente estudo, André Ramos Tavares chama a atenção para a tecnicidade do processo constitucional, ao trabalhar o “controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual” e traçar as linhas preliminares da “base, condições e alcance para advocacia” dessa diferenciada abordagem. Esse estudo:

(...) parte da constatação de que, no Estado Constitucional, o controle de constitucionalidade pode, presentes determinadas condições, ser utilizado processualmente como uma técnica do autor ou pelo réu das ações judiciais em geral, para fins de alcançar o objetivo

final de obter o bem da vida perseguido processualmente.⁹

Ao associar o controle de constitucionalidade à “técnica processual”, enfatiza-se, com isso, a instrumentalidade do processo constitucional em vista de melhores resultados. Exige do advogado a habilidade de argumentar em termos constitucionais e dimensionar as decorrentes implicações processuais. Pode-se dizer que falar, hoje, em capacidade postulatória constitucional não é entoar expressão vazia, é tomá-la em diferenciação à postulação tradicional. E o ponto de partida está na compreensão normativa e no adequado uso do processo constitucional.

Sabe-se que é um traço peculiar da dinâmica processual constitucional ir além da tradicional doutrina processual vocacionada à aplicação do Direito (em geral, das leis) aos casos concretos presa na medida exata da fórmula jurisdicional de “dizer o Direito ao caso concreto”.¹⁰ Nesse contexto, em linhas gerais e meramente provocativas, a postulação ordinária opera com rigor o silogismo-dedutivo (aplicação/subsunção). Já a postulação processual constitucional é receptiva a outras abordagens metodológicas, especialmente a indutiva. Essa tem como campo de análise a prática constitucional jurisprudencial metodologicamente referida. As providências postulatórias devem ser articuladas e executadas com a plena consciência da crescente constitucionalização do direito e do aprimoramento do processo constitucional como instrumento a serviço da defesa da Constituição. Isso muda completamente o modo de pensar o direito processual.

A postulação ordinária exige do profissional uma capacidade mais narrativa, entabulada pela lógica da causalidade próxi-

9 TAVARES, André Ramos. O controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual: base, condições e alcance para Advocacia. *Revista científica virtual da escola superior da advocacia da OAB-SP*, n. 8, p. 9, 2011.

10 *Ibidem*, p. 9.

ma e remota, conjugada com instrumentos de atestação dos fatos alegados (prova) e ao menos a indicação das normas afetadas para lograr a tutela deduzida no pedido. Ou seja, a petição inicial estrutura-se por silogismo para atender às exigências legais.

Já a postulação constitucional exige do profissional um olhar atento à prática jurisprudencial constitucional. Os resultados interpretativos, produtores de normas jurisprudenciais materiais e processuais, constituem marcos ao controle da racionalidade do julgador e da previsibilidade de decisões, indispensável para a deliberação das estratégias processuais. Não se pode olvidar que o processo constitucional é uma disciplina prática que, embora lide com problemas de alta indagação política e forte conteúdo valorativo, não são meras abstrações, emergem da vivência social. Logo, as suas categorias processuais são construídas a partir da solução de problemas concretos.

Converter a prática da Constituição, leis e jurisprudência constitucionais em teoria constitucional vertida na compreensão do verdadeiro papel do Tribunal Constitucional e de todos os profissionais que exercitam o processual constitucional, especialmente frente à proteção e efetivação dos direitos fundamentais, é tarefa da ciência processual constitucional. Para isso, demanda um modo de situar-se diante do processo constitucional metodologicamente organizado para compreender *como* é praticado e interpretado. Essa orientação trabalha, na visão de Peter Häberle, o direito processual constitucional concretizado, vale dizer, reconstruído e reelaborado à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que observa a Constituição como *law in action*, exercitada na vivência social e na solução prática dos mais diversos e relevantes problemas concretos.¹¹ Isso resulta,

no exercício da postulação, uma racionalidade menos formal e mais material, ou seja, orientada aos conteúdos.¹²

No entanto, *contrario sensu*, ainda surpreende o “déficit de investigação”¹³ de *como* o Tribunal Constitucional interpreta o processo constitucional, alude Häberle em relação ao direito alemão. Essa constatação é uma realidade também brasileira. Já observamos valorosas iniciativas acadêmicas de formulação dos fundamentos teórico-constitucionais do processo constitucional a partir e com base na sua observação prática, enquanto instrumento dedicado à concretização da Constituição. Mas ainda há muito a ser feito na reconstrução do *direito judicial processual constitucional*. Essa carência reflete-se no elevado número de ações em controle concentrado de constitucionalidade que sequer são conhecidas por algum vício de admissibilidade. Para se ter uma ideia, entre 1988-2015, foram julgadas 2601 ações diretas de inconstitucionalidade, sendo que 954 (ou seja, 36,68%) não foram admitidas, e isso se deve em geral à inobservância de alguma norma processual constitucional.¹⁴

A mudança de postura cognitiva passa por inverter o uso tradicional da jurisprudência. Extrair padrões regulatórios dos julgados não é um simples trabalho de descoberta (com a procura de ementas), mas de abordagem estratégica e metodologicamente referida do trabalho jurídico cotidiano, com apurada e organizada reconstrução do processo decisório. A decisão judicial não é só o resultado interpretativo, mas,

11 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 15-44, 2004. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/>

servlet/articulo?codigo=2529945>. Acesso em: 10 ago. 2010.

12 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2008, p. 123.

13 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 18, 2004, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529945>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Estatísticas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

sobretudo, o exercício argumentativo que suscita a perquirição de como se deu a concretização do texto legislativo iluminado pelo caso concreto. É um trabalho essencialmente indutivo, a partir dos problemas práticos circunscritos e relevantes à postulação constitucional. Permite que o processo constitucional seja conhecido do ponto de vista das estruturas discursivas e de seus ritos práticos, e a sua normatividade reconstruída em conexão com os problemas reais que dele se servem.

Peter Häberle distancia-se da análise eminentemente teórica das normas processuais ao afirmar que o Direito processual constitucional tem dois sentidos do ponto de vista da concretização da Constituição: “De um lado, é por si mesmo um Direito constitucional concretizado e por outro, serve ao TFCA concretizar a Constituição”.¹⁵ Esse último sentido propicia a que o Tribunal promova a interpretação das normas materiais da Constituição via processo constitucional, já o segundo a interpretação do próprio processo constitucional a partir das disposições da Constituição e das demais leis sobre esse especial processo. As duas perspectivas interpretativas auxiliam a construção dos fundamentos teóricos do Direito processual constitucional e como funciona ou é operado diante dos variados problemas em torno da proteção dos direitos fundamentais.

Os resultados normativos identificados a partir da reconstrução do processo decisório podem ser sintetizados em enunciados normativos, vale dizer, *normas jurisprudenciais processuais*. Conhecer esse estatuto propicia um controle da racionalidade decisória, revelando razões e tornando-as discutíveis ou questionadas em sua correção. É, sem dúvida, tarefa indispensável para o exercício da ca-

pacidade postulatória constitucional, porque torna o trabalho jurídico tanto mais operacional quanto mais facilmente controlável os resultados e as consequências dele advindos, processual e materialmente.

Essas breves linhas só enaltecem a importância e a relevância do estudo do princípio da autonomia processual constitucional. Chegou-se, depois de um pouco mais de meio século de prática e teorização, a um ponto de maturidade mais do que satisfatório do direito processual constitucional de racionalizar a sua técnica de forma ampla, de modo que alcance não só a perspectiva do intérprete autêntico, mas, principalmente, do postulante. O que já se construiu conceitualmente sobre o processo constitucional e as suas categorias jurídicas é suficiente para, agora, pensar a *capacidade postulatória constitucional como técnica processual* capaz de conduzir os conflitos constitucionais aos resultados práticos de realização da Constituição.

3. Legitimidade da autonomia processual constitucional.

Na esteira do pensamento de César Landa¹⁶ que acusou, desde o seu ponto de vista, razões de caráter histórico, normativo e técnico-jurídico que conferem legitimidade à autonomia processual constitucional do Tribunal Constitucional peruano, aqui, no Brasil, tais razões também justificam, com os nossos traços peculiares, a legitimidade da autocriação processual constitucional do STF.

3.1. Legitimidade histórica.

A primeira manifestação do direito processual constitucional no Brasil veio com a implementação do controle difuso de constitucionalidade. Foi sob a égide da Constituição de 1891 que se firmou o Judiciário no controle da validade das leis com *status* constitucional.

15 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 18, 2004, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529945>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

16 LANDA, César. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 63-95, jul./dez. 2006.

Porém, embora houvesse na época algumas leis que explicitaram o sistema judicial de controle de constitucionalidade (como a Lei nº 221/1894), não se tem notícia de uma legislação exaustiva a respeito, o que, desde a origem, propiciou um espaço de atuação judicial criativa para o pleno exercício do controle difuso.

Com a Emenda nº 16/1965 à Constituição de 1946, foi criada a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, instituto dado como introdutor no Brasil do que mais proximamente se entendia por controle concentrado de constitucionalidade. Desde então ganhou força o desenvolvimento do processo objetivo até culminar nos instrumentos processuais hoje existentes. No entanto, somente com as Leis nºs 9.868 e 9.882, criadas em 1999, é que houve a atuação mais intensa do Legislativo na regulamentação do processo constitucional, ocupando o espaço até aquele momento do Regimento Interno do STF e de seus precedentes.



Quando se trata de jurisdição das liberdades, ainda hoje existe ação constitucional (leia-se Mandado de Injunção) que não é regulamentada por legislação alguma, o seu manejo é orientado principalmente por precedentes judiciais.

Portanto, a história do direito processual constitucional no Brasil sustenta a autonomia processual do STF numa concepção de garantia da Constituição, na medida em que inúmeras situações contingenciaram, para

evitar a ineficácia da jurisdição constitucional, o poder de colmatar o direito processual constitucional, adequando as formalidades procedimentais aos fins de proteção e realização da Constituição. O que se discute hoje é em que medida essa autonomia é salutar.

3.2. Legitimidade normativa.

O fundamento normativo do princípio da autonomia processual constitucional não é de fácil referência, ao menos porque não é explícita. A sua identificação passa pelo correto entendimento do alcance da competência atribuída ao STF de “guarda da Constituição” (*caput* do art. 102 da CB). Com esta expressão, o poder constituinte consagrou a autonomia e independência constitucional e política ao STF – em relação aos demais poderes e órgãos constitucionais do Estado – para desempenhar as funções inerentes à Justiça Constitucional, especialmente o controle concentrado da constitucionalidade.

Não se trata apenas do fundamento da autonomia material (conteúdo de decisão). Por ser um órgão jurisdicional por excelência, ao qual é conferida a guarda da Constituição, é razoável interpretá-la também em termos processuais (meio para a decisão). A função jurisdicional constitucional do STF só será plena e autônoma se lhe for suficientemente reconhecida a autonomia para superar as deficiências ou ausências normativas de cunho formal-procedimental que lhe impeçam de lograr os fins da defesa da Constituição. Por isso, ao atribuir ao STF a defesa da primazia da Constituição e dos direitos fundamentais, o constituinte lhe conferiu, em certa medida, o poder de suplantat e adequar as formalidades processuais ao melhor desempenho dessa suprema função.

É bem verdade que não são conclusões que impliquem na assertiva de que ao STF é assegurada a plena liberdade criativa. À União compete privativamente legislar sobre direito processual, conforme inciso I do artigo 22 da Constituição, e esse dispositivo está sujeito ao postulado interpretativo da unidade da Constituição. É prerrogativa funcional do legislador

regular o processo constitucional, e a propósito já o fez por meio das Leis n.ºs 9.868/1999 e 9.882/1999, além de outros dispositivos esparsos sobretudo inerentes ao controle difuso de constitucionalidade, afora as leis que regulamentam as ações constitucionais relativas à defesa subjetiva da Constituição (tais como, as Leis n.ºs 12.016/2009 e 9.507/1997). No entanto, diante das insuficiências legislativas, pela via da interpretação, o STF está autorizado, pelo fundamento da autonomia processual constitucional, a (re)criar as normas processuais do caso para a estrita garantia do fim do processo constitucional.

Com efeito, o ativismo processual constitucional do STF repercute na demarcação da sua própria competência em face de outros órgãos constitucionais, como o Legislativo, no cumprimento da “*função de garantia da funcionalidade* do próprio sistema de controle da constitucionalidade”.¹⁷ Isso não ocorre exclusivamente com o STF, na realidade é inerente à funcionalidade dos Tribunais Constitucionais, pois decorre do próprio *status* ou posição constitucional das suas decisões na hierarquia das fontes, se comparadas com as produzidas pelos demais poderes políticos. A guarda da Constituição dá-se pelo sistema de controle da constitucionalidade; esse é operado pelo STF; logo, antes de qualquer outro poder sujeito ao reexame constitucional, esse órgão deve cristalizar o sistema processual constitucional.

3.3. Legitimidade técnico-jurídica.

A jurisdição constitucional tem se mostrado, na vigência da Constituição de 1988, pelas questões relevantes que enfrenta e o aprimoramento das técnicas de interpretação, um sistema complexo, que, nem de longe, é captado pelo arcabouço legislativo. Atentos a esta realidade, juristas como Paulo Bonavides e Paulo Lobo Saraiva conclamam para “a elaboração do Código de Processo Constitucional, a exemplo do que ocorreu no Peru”,

pois acreditam que “deveras contribuirá para tornar a Constituição cada vez mais efetiva na confluência: norma, jurisdição e processo”.¹⁸

O déficit legislativo acaba por propiciar ao juiz constitucional um campo de discricionariedade interpretativa amplo para garantir o adequado funcionamento do processo constitucional, que o faz recorrer, além da interpretação de textos normativos preexistentes, ou mesmo da integração supletiva pelo uso analógico de dispositivos de outros códigos processuais afins, também à criação de normas “novas” em matéria de processo constitucional não consequentes diretamente de texto constitucional ou legal, direcionadas à solução de conflitos constitucionais.

A autocriação não é uma peculiaridade do STF. Como já dito, não raramente “o Tribunal Constitucional é levado a um trabalho de recriação e reinterpretação das normas processuais que resultam insuficientes para garantir o objetivo dos processos constitucionais”.¹⁹ Não por outra razão é tema sensível ao direito constitucional contemporâneo “o Direito Processual Constitucional no campo de tensão entre o judicial *self-restraint* e o ativismo”.²⁰

4. Motivações de autocriação processual constitucional pelo STF.

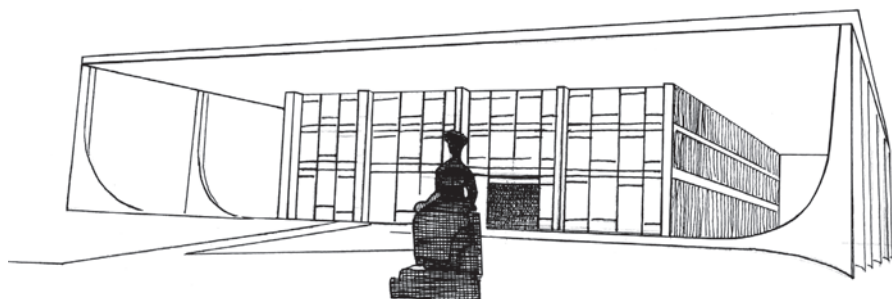
O estudo está pronto para a explicitação das situações em que o STF é levado à autonomia processual constitucional, ou seja, para a análise de *como* se comporta esse princípio na prática.

18 BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010.

19 LANDA, César. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 63, jul./dez. 2006, tradução nossa.

20 HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 28, 2004, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529945>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 970.



Falar em autonomia processual constitucional pode soar, em certa medida, uma tautologia. Toda decisão judicial é, por si só, uma criação normativa. Inova o ordenamento jurídico, ora por norma individual e concreta, se é tomada em controle difuso de constitucionalidade ou em jurisdição das liberdades, ora por norma geral e concreta, se em controle concentrado.

A se considerar esse sentido de criação normativa, pode-se dizer, com razão, que “a jurisdição constitucional cria Direito, inovando o ordenamento”.²¹ E assim o faz pela decisão do juiz constitucional não só sobre a forma como devem ser produzidas as normas infraconstitucionais ou os limites funcionais dos demais poderes políticos ou mesmo a delimitação da proteção garantida pelo direito fundamental, mas também sobre o aprimoramento das regras que disciplinam o processo constitucional. O exercício contínuo da jurisdição constitucional acaba por clarificar e aprimorar as regras do processo constitucional e, assim, “o Tribunal Constitucional desenvolve criativamente o regime jurídico do processo constitucional”.²²

Embora não se deva desconsiderar esse sentido formal da criação, não é propriamente ao que se refere o princípio da autonomia pro-

cessual constitucional. A análise por tal sentido não colocaria a salvo a percepção crítica de que a norma individual não pode ser considerada efetivamente nova, se tomada no sentido de que “o seu conteúdo estivesse já logicamente implícito no conteúdo da norma geral à qual o juiz deu aplicação”.²³ Por certo não foi com esse sentido que esse princípio surgiu na jurisprudência constitucional alemã, como assinala Mijal Mendonza Escalante:

Em efeito, uma dificuldade que o Tribunal Constitucional alemão teve que enfrentar nos albos das suas funções, na década de 1950, foi a aproximação de aspectos de natureza processual que não estavam previstos na Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão e que, ainda quando podiam ser resolvidos através da aplicação supletiva das normas processuais ordinárias, tais soluções resultavam insatisfatórias ou inadequadas à finalidade do processo constitucional. A resposta a este concreto problema deu lugar ao desenvolvimento de uma atividade de interpretação e integração cuja singularidade residia no seu distanciamento das regulações processuais ordinárias e, inclusive, dos mais conotados e tradicionais princípios gerais do direito processual.²⁴

A autonomia processual constitucional nasce num sentido mais estrito e materialmente determinada por conteúdos normativos sem um suporte textual prévio, o que implica a “capacidade autocriativa da autoridade estatal que não se submete a normas emanadas de uma autoridade superior”.²⁵ Ao intérprete

21 LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, p. 9, jan./abr. 1988, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79367>>. Acesso em: 02 abr. 2011.

22 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 970.

23 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 220.

24 ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 97, jul./dez. 2006, tradução nossa.

25 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 245.

da decisão judicial cabe reconstruir o raciocínio empregado pelo juiz constitucional e pôr a claro a formulação linguística da norma processual indicada. Esse esforço resulta em isolar proposições jurídicas as quais, na lição de Karl Larenz sobre a interpretação do direito consuetudinário e dos precedentes, “cria-se a aparência de que, desligadas da situação de fato resolvida, lhes cabe o caráter de uma regra já estabelecida e uniformemente aplicável”,²⁶ em termos mais simples, isolam-se como “padrões de regulamentação”²⁷ do processo constitucional. Caso se considere que esse padrão não é estabelecido da consequência lógica direta de um texto prévio, então se tem a criação no sentido que aqui denominamos estrito. No entanto, há outros contextos que permitem inferir uma *graduação da criatividade normativa do juiz constitucional* na produção de normas processuais constitucionais, em que, embora as suas decisões estejam pautadas em textos prévios, podem não ser uma consequência direta, mas uma solução concretizadora. A se considerar que “sempre existe uma margem de discricionariedade por parte do intérprete”²⁸, há sempre uma margem mínima de criação normativa.

Por esta narrativa, a criação pressupõe uma variação do campo de discricionariedade na produção de normas processuais pelo STF por suas razões de fundamentação pelas quais estabiliza precedentes, aceita doutrinas e valora situações da vida em sociedade. Em menor escala, na dialética de solução dos conflitos constitucionais, o STF interpreta preceitos constitucionais materiais e, simultaneamente, aprimora e densifica as regras que disciplinam o processo constitucional a partir de um suporte textual. Mas, em maior escala, nesse mesmo contexto, também atua *ex novo*, com a inauguração de normas até então inexistentes do ponto de vista da cria-

ção legislativa. Percebe-se, portanto, que há uma *graduação da autonomia normativa* do Tribunal Constitucional segundo o momento de atendimento ao fim último de defesa da primazia constitucional:

No entanto, o grau de criação pode diferir dependendo da forma como ocorre; por isso, é mister precisar quais são as formas de criação do Direito processual constitucional para assim identificar a que procede a autonomia processual constitucional (APC) e distingui-la das demais.²⁹

Atento a esta variação, Mijal Mendonza Escalante identifica quatro pressupostos de motivação da prática do poder de criação do Tribunal Constitucional. Todos:

(...) dão lugar à criação de normas processuais constitucionais, o grau ou magnitude de criação que cada um deles apresenta é diferente. Assim, desde um grau mínimo como o que representa a interpretação, passando pela integração, onde o grau de criação é maior, até chegar aos pressupostos de discricionariedade judicial habilitada por Lei ou a simples e plena criação de normas processuais constitucionais, onde esta tem lugar plenamente e por antonomásia.³⁰

Em breves linhas, cada uma das quatro motivações é objeto de análise a partir de casos julgados pelo STF, e, segundo este estudo e os traços de identificação de cada uma delas, indica a criação de normas processuais constitucionais, em menor ou maior graduação autonômica.

4.1. Criação por interpretação (concretização).

Como já dito sempre há um mínimo espaço criativo do STF na interpretação cons-

26 LARENZ, Karl. *Método da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 509.

27 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 245.

28 REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 327, tradução nossa.

29 ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 93, jul./dez. 2006, tradução nossa.

30 *Ibidem*, p. 99, tradução nossa.

titucional, até mesmo em matéria processual constitucional. É bem verdade que não se trata de capacidade criativa própria do legislador, pois “não procede de simples considerações de oportunidade, não é criação livre, senão vinculada, pura declaração de um Direito preexistente”.³¹ É vinculada não a um sentido político legislativo ou constituinte, mas a textos legislativos e constitucionais preexistentes, frutos da discricionariedade política. Nem por isso o STF é mero executor de decisões legislativas, ao invés disso, a partir delas e limitado a elas, encontra um espaço de determinação normativa. Se de um lado não se nega que a “interpretação é, num certo sentido, produção de normas”,³² de outro, o mesmo se diz do papel do Legislador na construção do sistema regulatório do processo constitucional com a produção de textos. O poder de criação do STF é normativo e toma em interpretação as pré-criações textuais do Legislativo, não raramente carentes de determinação de ordem semântica (ambiguidade), sintática (vagueza) e até gramatical. “Nesse contexto, o TC vê-se ante a necessidade de concretizar ou adjudicar um conteúdo específico à indeterminação da norma processual”.³³

A alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição conferiu ao STF, na guarda da Constituição, a atribuição de conhecer e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Com isso, fixou a sua competência exclusiva para conhecer e julgar, de forma concentrada, toda *situação de inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual. Sabe-se que um dos efeitos (des)constitutivos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade é a

restauração da norma anterior àquela declarada inconstitucional, conhecido como efeito repristinatório. No entanto, inexistente previsão legal explícita para tal efeito quando se trata de decisão de mérito, apenas para a concessão de medidas cautelares, conforme a dicção do § 2º do artigo 11 da Lei nº 9.868/1999, na parte em que “torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

O *efeito repristinatório* é uma decorrência da situação de inconstitucionalidade, somente aclarada pela interpretação, que o identifica como uma consequência lógica do desvalor de nulidade da norma declarada inconstitucional, que determina a desconstituição de todos os efeitos decorrentes da aplicação da norma viciada desde o início de sua vigência.³⁴ Logo, ainda que inexistam um fundamento explícito em texto de lei, o efeito repristinatório emerge da interpretação como consectário da decomposição lógica da situação de inconstitucionalidade, dedutível, pois, do princípio da constitucionalidade, para ser reconhecido também nas decisões de mérito.

Essa construção interpretativa pode ser evidenciada na praxis do controle de constitucionalidade, que não estranha o efeito repristinatório nas decisões definitivas, posto que não derive de disposição legal explícita. Não faltam exemplos em linha de coerência com a própria concepção de constitucionalidade: “(...) a declaração de inconstitucionalidade – como se sabe – importa, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente, em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato”,³⁵ “mesmo tratando-se de provimento cautelar”,³⁶ ou mesmo em sede de controle.

31 LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, p. 9, jan./abr. 1988, tradução nossa. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79367>>. Acesso em: 02 abr. 2011.

32 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 221.

33 ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 99, jul./dez. 2006, tradução nossa.

34 Para dimensionar o debate em torno da natureza da inconstitucionalidade em âmbito de STF, vide: RE-AgR 395.902/RJ; RE 390.840/MG (voto do Ministro Celso de Mello).

35 Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 2.867/ES. 36 *Ibidem*.

Outro exemplo de criação via da interpretação concretizadora vem da alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição, com base na qual o STF tem estendido, em certos momentos, o objeto de controle. Em certa ocasião, o Ministro Celso de Mello deparou-se com o problema intertemporal do parâmetro de controle, culminando na decisão:

Isso significa, portanto, que, em sede de controle abstrato, o juízo de inconstitucionalidade há de considerar a situação de incongruência normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Carta Política (vínculo de ordem jurídica), desde que o respectivo parâmetro de aferição ainda mantenha atualidade de vigência (vínculo de ordem temporal).³⁷

Para chegar a esta decisão, o Ministro entendeu essencial delimitar, antes, a exata extensão do parâmetro de controle, e advertiu sobre a importância do “significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade”. Não dissertou a respeito, vale dizer, não abriu para o debate que há em torno da ideia de bloco de constitucionalidade, apenas se lançou em argumento de autoridade para dizer que é favorável a que se tome esse conceito para o alargamento da parametricidade em consideração aos “princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global”.

Muitos outros exemplos poderiam ser aqui colacionados de criação de normas processuais constitucionais a partir da concretização de textos legais, principalmente a partir da regulação da situação de inconstitucionalidade, da qual não se demanda uma dedução tão imediata para se chegar aos resultados acima assinalados, porque exige uma complementação ulterior de sentidos que não estão claramente presentes nos textos.

4.2. Criação por integração analógica.

A integração por aplicação analógica dá-se, em geral, recorrendo a normas do processo ordinário, especialmente o civil. A magnitude da criação nesses casos, bem pondera Mijal Mendonza Escalante, “é mínima e consiste na ampliação do *âmbito de aplicação* do antecedente da norma aplicada por analogia”,³⁸ mas não reflete um significado normativo que se pode dizer ser uma consequência direta de uma regra geral e abstrata. São soluções *praeter legem*, uma vez que o STF elabora soluções para suprir topicamente a falta de normas legais ou constitucionais, sem as quais não é possível, em dado caso concreto, levar a efeito fins expectados do processo constitucional e, assim, legitimar a decisão.

A Constituição de 1988 prevê a concessão de medidas cautelares no processo constitucional objetivo, expressamente na ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, p). Com base nesse fundamento, as Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 recepcionaram o amplo poder geral de cautela nas ações diretas e na arguição de descumprimento de preceito fundamental. A decisão cautelar determina, se o controle exercido é de lei, a suspensão imediata dos efeitos e eficácia dos dispositivos impugnados depois de ouvido o órgão do qual emanou a lei ou o ato normativo, salvo em casos de excepcional urgência (art. 10 da Lei nº 9.868/1999 e 5º da Lei nº 9.882/1999). Objetiva preservar a ordem jurídica, com medidas urgentes e provisórias, para afastar, *initio litis* e com eficácia *erga omnes*, a lei ou o ato normativo que se repute inconstitucional. Contudo, as referidas leis não indicam os requisitos para a concessão da medida cautelar. Com isso, a prática jurisdicional trouxe do processo comum os requisitos de concessão das medidas cautelares no processo constitucional, adaptando-os decerto ao contexto do

38 ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 99, jul./dez. 2006, tradução nossa.

37 Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 2.010/DF.



conflito de inconstitucionalidade, de modo que passou a exigir: (a) razoabilidade jurídica da tese apresentada (*fumus boni iuris*); (b) relevância do pedido que decorre dos possíveis danos em razão da demora da decisão demandada (*periculum in mora*); (c) e a conveniência da cautelar em razão da avaliação comparativa do benefício esperado e do ônus da suspensão provisória (juízo de conveniência).

A analogia não é, contudo, um recurso ao qual o STF deva incondicionalmente recorrer uma vez constatado o vazio legislativo, sobretudo em se tratando de processo objetivo. Este deve contar com regulamentação propriamente adequada ao seu fim último que é a “realização das diversas funções fundamentais da Justiça Constitucional (direcionada esta justamente à realização da Constituição)”.³⁹ Distancia-se, no entanto, desse fim “se se toma como paradigma o processo comum, do tipo clássico, no qual a preocupação exclusiva é entre disputas inter-subjetivas de índole pessoal”.⁴⁰

4.3. Criação por delegação legislativa.

Em outros casos, o STF exercita uma margem maior de autonomia processual quando é a lei que lhe delega discricionariedade para a concreta determinação de normas processuais constitucionais. Um exemplo bem representativo vem da repercussão geral. O Legislativo deixou a cargo do STF a tarefa de explicitar a questão de repercussão geral, a partir e com base em cada caso concreto. A lei apenas iniciou a densificação do instituto, com a fixação dos parâmetros objetivos gerais para a definição das questões com repercussão geral (relevância econômica, social, política ou jurídica, e transcendência dos interesses das partes envolvidas no processo).

Com essa estratégia, conferiu ao STF ampla margem de discricionariedade, que só não é irrestrita, pois lhe estabeleceu certos balizamentos. A única hipótese de repercussão geral que não demanda carga argumentativa elevada para explicitá-la, porque a lei já a precisa, é a do recurso extraordinário que impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (§ 3º do art. 543-A do CPC). No geral, cabe ao STF precisar, semanticamente, os critérios objetivos legais em cada caso concreto julgado (caso a caso). É só a praxis decisória que pode traçar os contornos definitivos da questão dotada de repercussão geral. “O instituto da repercussão geral será conformado pela prática jurisprudencial do STF”.⁴¹

Observamos o efeito criativo dessa delegação, com grande clareza, nas RG’s 4, 80 e 346, todas envolvendo questões de natureza tributária. Os argumentos de reconhecimento da repercussão geral consolidam o entendimento de que a controvérsia de “natureza eminentemente tributária” decorrente de “a Corte de origem haver declarado a inconstitucionalidade de lei federal”, porque alcança “grande número de contribuintes no País”. Com essa orientação,

39 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

40 *Ibidem*, p. 158.

41 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 626.

criou-se um padrão normativo de caráter geral, empregável em qualquer outra hipótese de controvérsia com os mesmos contornos, para a ativação da jurisdição constitucional difusa.

4.4. Criação *ex novo*.

O princípio da autonomia processual constitucional alcança a sua máxima magnitude na criação normativa *ex novo*. Em regra, manifesta-se diante, como já dito, do vazio legislativo quando não possível, sob pena de perda da eficiência e finalidade do processo constitucional, a integração analógica de normas processuais ordinárias. Nesses casos, e é esse o traço essencial a ser destacado, o STF enfrenta esse problema com a criação de normas processuais *ad hoc*. Tem-se aqui o mais genuíno poder de criação judicial do Direito Processual Constitucional, em resposta a um problema concreto, topicamente decidido, mas que carrega uma questão formal que se pode estender para todo processo constitucional.

O exemplo mais emblemático de criação *ex novo* pelo STF vem da pertinência temática como condição necessária para a ativação da jurisdição constitucional concentrada por alguns dos legitimados.⁴² Por construção jurisprudencial, sem suporte em texto legislativo prévio, o STF inovou o ordenamento processual constitucional com a exigência imposta a alguns legitimados de comprovação de interesse subjetivo em correlação lógica com o dispositivo questionado em sua constitucionalidade, quando não há qualquer referência textual que minimamente pudesse ser o fio condutor desse resultado interpretativo.

Outro bom exemplo de autocriação pode-se observar na ADC nº 29/DF, que debateu a constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar nº 135/2001 (caso Ficha Limpa). Pressionado pelo momento político de eleições recentes ao tempo do julgamento, o Ministro Luiz Fux determinou a “aplicação analógica do proce-

dimento abreviado previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999”. Este dispositivo abrevia o rito das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, desde que haja pedido de medida cautelar em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Embora o Ministro Luiz Fux tenha expressado a integração analógica, na realidade não se tratou disso. O recurso da analogia pressupõe a integração, cuja noção assenta-se na ideia de tornar algo completo. Só se necessita completar o que está em falta e se espera presente. Daí conceituar-se a lacuna como “aquele vazio normativo que não satisfaz o aplicador do Direito”,⁴³ por existir uma “falha do sistema jurídico”.⁴⁴ Tem-se no exemplo dado, de fato, a lacuna legislativa, pois se a abreviação do processo só está condicionada ao pedido cautelar, na sua ausência, deve-se seguir o rito ordinário, e o caso não contou com o pedido de urgência. Contudo, o contexto político do conflito constitucional exigia um julgamento célere da ação declaratória, pois estava em questão não só a validade da lei, como também um ambiente de incerteza eleitoral em torno da incidência da lei. Assim, pressionado a eliminar esse ambiente político nada constitucional, o Ministro Luiz Fux inovou o ordenamento processual constitucional não com a aplicação analógica, mas com a criação de uma nova regra para a abreviação do rito independentemente do pedido cautelar, desde que presentes as demais condições que autorizam a aplicação do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.

Há outra forma de manifestação do princípio da autonomia processual constitucional praticada pelo STF, agora não para a produção direta de normas, mas de textos. É o caso da fonte especial do processo constitucional consistente no Regimento Interno do STF. Embora a Constituição de 1988 tenha retirado do STF o poder de regulamentar

42 ADI-MC 1.307/DF; ADI-MC 902/SP; ADI 77/MG; ADI 305/RN; ADI-QO 1.526/DF; ADI 1.114/DF; ADI 2.396/MS.

43 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2012, p. 112.

44 *Ibidem*, p. 112.

questões processuais internamente (art. 96, I, CB), ele mesmo recepcionou o Regimento Interno de 1980, dando-o como constitucional onde não há incompatibilidades de conteúdo. “Segundo esse posicionamento, o STF não pode criar novas regras processuais, mas isso não impede que sejam mantidas em vigor as já existentes no Regimento Interno”.⁴⁵

5. Conclusões.

Realmente a discussão do princípio da autonomia processual constitucional está na ordem do dia e deve ser aprofundada em todos os seus desdobramentos. Este estudo, de alcance limitado, procurou exaltar o efeito que este princípio produz em todo entendimento acerca do ordenamento processual constitucional, sobretudo do ponto de vista do operador, para o qual se exige a reformulação do modo de pensar e conceber a postulação constitucional: o abrandamento do modo codificado e formal de pensar, para prestigiar o enfoque indutivo e pragmático da jurisdição constitucional para, com métodos adequados, lidar com *direito judicial processual constitucional*.

Em outro ponto, firmado está o fundamento deste princípio no fim que se espera do processo constitucional. Se é o de realizar a função primaz do STF de “guarda da Constituição”, a criação de normas processuais constitucionais, diante dos obstáculos para atingir a tal objetivo, constitui-se um poder legítimo de quem exerce o papel central da Justiça Constitucional.

Essa força criadora deve ser graduada, sem se sobrepor ao ordenamento processual constitucional legislativo e em perfeita sintonia com a axiologia de um sistema de proteção da Constituição.

45 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 250.

Referências.

- ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y estado constitucional. *Anales de jurisprudencia*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 261, p. 353-369, 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=anjuris&n=261>>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2012.
- BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010.
- BRASIL, *Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999*, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1999.
- _____, *Lei n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999*, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 dez. 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ESCALANTE, Mijal Mendonza. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 97-128, jul./dez. 2006.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 15-44, 2004. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529945>>. Acesso em: 10 ago. 2010.
- HERANI, Renato Gugliano. O poder judicial de constitucionalidade: entre o ativismo e a contenção. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 27, p. 631-648, 2013.
- LANDA, César. Autonomía procesal do Tribunal Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, n. 4, p. 63-95, jul./dez. 2006.
- LARENZ, Karl. *Método da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, p. 9-52, jan./abr. 1988. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79367>>. Acesso em: 02 abr. 2011.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- PERU, *Lei n° 28.237, de 31 de maio de 2004* (Código Procesal Constitucional).
- REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Estatísticas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- _____, *RE-AgR n° 395.902/RJ*, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 07 mar. 2006, DJ 25 ago. 2006.
- _____, *RE n° 390.840/MG*, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09 nov. 2005, DJ 15 ago. 2006.
- _____, *ADI n° 2.867/ES*, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 03 dez. 2003, DJ 09 fev. 2007.
- _____, *ADI-MC n° 2.010/DF*, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 30 set. 1999, DJ 12 abr. 2002.
- _____, *ADI-MC n° 1.307/DF*, Pleno, Relator Ministro Francisco Rezek, j. 19 dez. 1995, DJ 24 maio 1996.
- _____, *ADI-MC n° 902/SP*, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 03 mar. 1994, DJ 22 abr. 1994.

_____, *ADI-MC n° 77/DF*, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 19 mar. 1992, DJ 23 abr. 1993.

_____, *ADI n° 305/RN*, Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 10 out. 2002, DJ 13 dez. 2002.

_____, *ADI-QO n° 1.526/DF*, Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 05 dez. 1996, DJ 21 fev. 1997.

_____, *ADI-MC n° 1.114/DF*, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 31 ago. 1994, DJ 30 set. 1994.

_____, *ADI n° 2.396/MS*, Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 08 maio 2003, DJ 01 ago. 2003.

_____, *ADC n° 29/DF*, Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 16 fev. 2012, DJe 28 jun. 2012.

TAVARES, André Ramos; BELAUNDE, Domingo García. Por que um Código Processual Constitucional? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 16, out./dez. 2011.

_____. O controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual: base, condições e alcance para Advocacia. *Revista científica virtual da escola superior da advocacia da OAB-SP*, n. 8, p. 8-15, 2011.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2008.

A fluência da prescrição e a execução fiscal (ante as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 118/2005 no artigo 174 do Código Tributário Nacional e as hipóteses de prescrição intercorrente)



Aline Sochan Magnoni

Oficiala de Gabinete da 2ª Vara Federal de Guarulhos. Técnica judiciária da Justiça Federal da 3ª Região. Mestranda em Direito Tributário pela PUC/SP.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A fluência da prescrição no processo exacional judicial. 2.1. A interrupção da prescrição com a propositura da ação executiva – as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005 – citação válida ou despacho que ordena a citação? 2.2. A prescrição intercorrente. 2.2.1. A prescrição intercorrente na hipótese de suspensão da execução fiscal (o art. 40 da Lei nº 6.830/1980 e a alteração trazida pela Lei nº 11.051/2004). 2.2.2. A prescrição intercorrente na hipótese de não estar suspensa a execução fiscal. 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno da prescrição no processo exacional, paralelamente ao ciclo de positivação da obrigação tributária e frente ao tratamento legal conferido ao instituto, bem como aos posicionamentos doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

Dentre as várias hipóteses de averiguação, o enfoque diz com a questão da interrupção do lapso prescricional prevista

pelo artigo 174, parágrafo único, I (em face da propositura da execução fiscal e das mudanças introduzidas pela Lei Complementar nº 118/2005) e com a questão da prescrição intercorrente (suspensão ou não o processo executivo).

Pretende-se, nesses termos, traçar uma linha demonstrativa de como o instituto da prescrição tem sido analisado e aplicado pelas autoridades competentes e, a par das significativas divergências existentes, quer doutrinárias, quer jurisprudenciais, qual seria, sob

o nosso ponto de vista, o entendimento mais correto, no aspecto da estrita observância aos princípios constitucionais gerais e tributários.

2. A fluência da prescrição no processo exacional judicial.

2.1. A interrupção da prescrição com a propositura da ação executiva – as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005 – citação válida ou despacho que ordena a citação?

A discussão sobre o instituto da citação e seus efeitos, no que tange à legislação aplicável à espécie, nos executivos fiscais, não é recente e a edição da Lei Complementar nº 118/2005 não encerra o assunto, muito pelo contrário, faz perdurar o debate sobre a legitimidade do comando normativo.

A aludida questão será apreciada em dois momentos distintos: sob o panorama legislativo anterior à edição do referido diploma e, num segundo momento, com as alterações por ele promovidas, viabilizando, dessa forma, a colocação do tema e permitindo, por conseguinte, a extração das consequências da aplicação dos referidos comandos normativos.

Os efeitos processuais da citação vêm disciplinados no artigo 219 do Código de Processo Civil – CPC, que assim dispõe:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda que ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º. A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º. Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.



§ 4º. Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

Já o Código Tributário Nacional – CTN, em seu artigo 174, parágrafo único, I (na redação original), dispunha que: “A prescrição se interrompe: I – pela citação pessoal feita ao devedor”. Por sua vez, o § 2º do artigo 8º da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais – LEF) determina que “o despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe da prescrição”.

A jurisprudência, em análise aos dispositivos em questão, adotou, predominantemente, a interpretação literal, segundo a qual prevalecia o entendimento de que a demora, imputável aos mecanismos do Judiciário, não poderia afetar o curso do processo executivo, mormente quanto aos prazos de prescrição, entendimento este que restou sedimentado na Súmula 78 do extinto Tribunal Federal de Recursos (“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por

motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição”) e na Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça (“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”).

Nesses termos, afastada restou (embora, a nosso ver, se mostrasse a mais correta) a interpretação sistemática (defendida por significativa parcela da doutrina), que ajustava o CTN e a LEF ao quanto disposto no CPC; vale dizer, os efeitos da citação retroagiriam à data da propositura da execução somente se este ato ocorresse em até 100 (cem) dias da distribuição, conforme conjugação dos §§ 3º e 4º do já mencionado artigo 219 do CPC.

A ementa a seguir colacionada demonstra o quanto exposto:

(...)

3. Trata-se de cobrança de tributo sujeito à lançamento por homologação, cuja constituição do crédito se dá com a entrega da DCTF.

4. Constituído o crédito com a entrega da declaração em 15/7/2000, conforme alega a agravante, embora não comprovado, e não pago, torna-se perfeitamente exigível a partir da data do vencimento (na hipótese, 15/5/2000 e 15/6/2000 – fls. 66/67). Aplica-se, então, o previsto no art. 174, *caput*, CTN, ou seja, inicia-se a contagem do prazo prescricional.

5. A jurisprudência da Terceira Turma se firmou no sentido de que, proposta a execução fiscal – na hipótese 27/4/2005 (fl. 64) – antes da vigência da LC nº 118/2005, basta a incidência do disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional.

6. Importante observar o *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118, que, publicada em 9 de fevereiro de 2005, passou a vigor tão somente 120 dias depois de sua publicação (art. 4º, da mencionada

lei complementar).

7. Na data em que proposta a execução fiscal em comento, a LC 118/2005 ainda não vigia, sendo aplicável à hipótese, portanto, a Súmula 106/STJ.

8. Os créditos em cobro não estão prescritos, porquanto não decorrido o quinquênio prescricional previsto no art. 174, CTN, desde a constituição do crédito (15/7/2000) até a propositura da execução fiscal (27/4/2005).

9. Embora não instruído o agravo de instrumento com os documentos indicados na decisão agravada, o MM. Juízo de origem narra que os débitos foram objeto de parcelamento, rescindidos pelo não-pagamento das prestações avençadas.

10. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário com o parcelamento (art. 151, VI, CTN) e, conseqüentemente, interrompida a prescrição (art. 174, parágrafo único, IV, CTN), o prazo prescricional reinicia-se com a exclusão do contribuinte do regime de parcelamento.

11. Assim, não prescritos os créditos, conforme decidido pelo MM. Juízo *a quo*, não existindo elementos suficientes nestes autos para inferir de forma diversa.

12. (...)

13. (...)

14. Agravo inominado improvido.¹

Pois bem. A edição da Lei Complementar nº 118/2005 (com entrada em vigor a partir de 09/06/2005), a par de ter sido confeccionada com o intuito de adaptar o CTN à nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005), promoveu a alteração do inciso I do parágrafo único do artigo 174 do CTN, nos seguintes termos: “A prescrição se interrompe: I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”.

Inicialmente, o que se mostra possível extrair da referida alteração é que se preten-

¹ TRF 3ª Região, Terceira Turma, AI 433925/SP, Relator Desembargador Federal Nery Junior, j. 20/10/2011, DJE 02/12/2011.

deu, com ela, sedimentar, pela via legislativa, a interpretação gramatical, fazendo valer disposição já existente na LEF (§ 2º do art. 8º). Contudo, a novel redação do inciso I do parágrafo único do artigo 174 do CTN traz, a nosso ver, consequência ainda mais grave.

Mesmo antes da edição da Lei Complementar nº 118/2005 se mostrava flagrante, como dito, a inconstitucionalidade e ilegitimidade da adoção da interpretação literal dos dispositivos legais; admitir que a citação, mesmo ocorrida após o prazo de 100 dias previstos pelo CPC, retroagiria, para fins de interrupção da prescrição, à data do ajuizamento do feito, configura afronta a diversos princípios constitucionais, dentre eles o sobreprincípio do devido processo legal.

Mostra-se evidente, já por isso, o desigual tratamento conferido às partes, visto que, em se tratando de Fazenda Pública, não há qualquer preocupação com os prazos previstos pelo CPC (100 dias), exigido apenas dos particulares, assim como não lhe é imputado qualquer ônus quanto a diligenciar para obter a efetiva citação do executado, cabendo ao juiz da causa, na imensa maioria dos casos, instar o ente exequente a promover os atos que seriam de sua exclusiva competência, no bojo de processo que, ao cabo de tudo, prossegue pelo impulso oficial, tão somente.

Com a Lei Complementar nº 118/2005, como dito, a situação se agravou. A repetição do comando, no CTN, antes previsto apenas pela LEF, no sentido de que o mero despacho do juiz que ordenar a citação tem o condão de interromper a prescrição, reforçou esse sistema protetivo da Fazenda Pública.

Soma-se ao panorama de afronta ao devido processo legal outro aspecto, de não menos relevância: com tal proceder, tornam-se possíveis (muito embora sejam repelidas pelo ordenamento pátrio, a não ser nas hipóteses expressamente previstas pelo texto constitucional, dentre as quais não se inclui, conforme cediço, o crédito tributário) as causas imprescritíveis.

Ora, se o simples despacho interrompe a prescrição e a realização desta citação, como visto, não precisa ser diligenciada pela exequente, é admitir, por via transversa, a imprescritibilidade daquela ação (e do direito ali perseguido), subvertendo-se, com isto, os princípios constitucionais e os valores por eles defendidos.

Merece transcrição aqui, artigo da lavra de Renato Lopes Becho:

(...)

Evidentemente, o despacho do juiz que determina a citação e a própria ocorrência da citação são momentos muito diferentes e entre ambos pode passar um longo período de tempo. Tanto é assim que o legislador, no Código de Processo Civil, estipulou outros mandamentos em relação à interrupção da prescrição e à citação, constantes dos parágrafos do citado artigo 219.

(...)

A redação atual do Código Tributário Nacional demonstra que o legislador complementar alterou radicalmente a interrupção da prescrição executiva fiscal, fazendo-o de maneira a beneficiar a Fazenda Pública, em detrimento do contribuinte. Assim, a Administração Fazendária poderá aguardar praticamente por cinco anos antes de ajuizar a execução fiscal, atentando-se apenas para que o juiz determine a citação dentro do interregno indicado. Após o despacho do juiz, os procuradores fazendários poderão despreocupar-se com o feito, pois a interrupção da prescrição já terá beneficiado os cofres públicos. Humberto Theodoro Júnior aduz, ainda que por outros motivos, que a legislação “praticamente instituiu a imprescritibilidade da Dívida Ativa a partir do ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o feito venha a paralisar-se, no nascedouro, sem completar a relação processual”. De fato, talvez seja isso que estejamos vivenciando.

(...)

A importância da alteração legislativa

promovida pela Lei Complementar nº 118/2005 no Código Tributário Nacional parece não ter sido bem compreendida por parte da doutrina. Causa-nos espécie que autores consagrados não tenham identificado ou exposto as consequências nefastas – para o Estado Democrático de Direito e para o cidadão/contribuinte, que deveria ter sido protegido pelo legislador e não o foi – com a aceitação de que o despacho do juiz determinando a citação interrompe a prescrição.

(...)

A aplicação do CTN, conforme está escrito na letra da lei, poderá levar à eternização do crédito tributário, que tornar-se-á imprescritível se o despacho do juiz que determina a citação for exarado em até cinco anos da data da constituição definitiva do crédito tributário. Isso porque o CTN não estipula um prazo para que a citação ocorra. Assim, se ela for realizada 18 anos, 50 anos ou em qualquer prazo, após sua determinação, o crédito tributário estará protegido da prescrição.

Contudo, essa interpretação não encontra sustentação diante do texto constitucional, quer seja pelo princípio do devido processo legal, quer seja pelo princípio da duração razoável do processo, ou ainda do Estado Democrático de Direito.²

Note-se que, em qualquer direção que se olhe, constata-se a preocupação do legislador em determinar que a citação deve ser promovida pela parte autora – o CPC, não apenas em seu artigo 219, mas também no artigo 617, nos mostra isso (“A propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219”), o que torna evidente a equivocada opção do legislador e da jurisprudência quando acolhem como legítima a adoção dessa norma.

Não obstante, e reforçando a equivocada direção da linha jurisprudencial, seguem ementas, vertidas tanto pelo C. Superior Tribunal de Justiça como por Corte Regional:

(...)

3. A regra contida no art. 174 do CTN (com a redação dada pela LC 118, de 9 de fevereiro de 2005), a qual incluiu como marco interruptivo da prescrição o despacho que ordenar a citação, pode ser aplicada imediatamente às execuções em curso. Todavia, o despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.

4. Agravo regimental não-provido.³

(...)

2. Decorridos mais de cinco anos entre a constituição do crédito tributário e a citação do executado, deve ser reconhecida a prescrição do crédito tributário, nos termos do artigo 174, do Código Tributário Nacional, em sua redação originária.

3. Entretanto, com a vigência da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, a interrupção da prescrição passou a ocorrer com o simples despacho do juiz que ordena a citação e não mais com a citação pessoal feita ao devedor, como ocorria anteriormente, e que essa regra tem aplicação apenas às execuções ajuizadas posteriormente à vigência da referida lei, ou seja, após 09 de junho de 2005, considerando que ela teve *vacatio legis* de 120 dias, conforme previsto no seu art. 4º.

4. *In casu*, como a execução fiscal foi distribuída em 18.02.2002 (fl. 23), conclui-se pela aplicação do regramento anterior, segundo o qual o marco interruptivo da prescrição dava-se tão somente pela citação válida e não meramente pelo despacho que ordenava a citação. A parte executada (agravante)

2 BECHO, Renato Lopes. A prescrição intercorrente ainda que a execução não esteja suspensa. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 183, dez. 2010.

3 STJ, Segunda Turma, AgRg Ag 1192775/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 03/08/2010, DJE 24/08/2010.

deu-se por citada nos autos da execução quando do oferecimento da exceção de pré-executividade, em 01.09.2009 (fls. 255-278). Exaurido, portanto, se encontra o prazo prescricional de cinco anos para a cobrança do crédito fiscal, devendo ser determinada a extinção da execução fiscal.

5. Agravo legal desprovido.⁴

Impende, ainda, seja feita uma última consideração, que vem a reforçar a impropriedade contida no referido dispositivo.

Conforme também apontado por Renato Lopes Becho, a alteração do inciso I do parágrafo único do artigo 174 do CTN, ao repetir a redação do § 2º do artigo 8º da LEF, faz parecer que o problema seria de hierarquia das leis, ou seja, não se adotava o comando da LEF porque não previsto em lei complementar, mas em lei ordinária. Porém, cumpre observar, por primeiro, não existir hierarquia entre tais espécies legislativas, mas campos materiais distintos; segundo, porque a questão não se restringia a isso, valendo como prova todas as refutações expendidas não apenas para o entendimento que se adotava anteriormente à Lei Complementar nº 118/2005, mas também após sua edição. Ademais, referido diploma legal não cuidou de prescrição (o que, segundo art. 146, III, CF, deveria, evidentemente, ser veiculado por lei complementar), mas de citação, matéria esta de natureza processual, podendo ser tratada via lei ordinária.

Confira-se:

(...)

Certamente, após o início da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, os defensores da por nós chamada interpretação gramatical irão defender a tese da supremacia pela hierarquia (com o que, inclusive, apontam para a inconstitucio-

nalidade do dispositivo da Lei nº 6.830). O problema era de veículo legislativo?

Somos de opinião que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas campos de atribuição próprios para cada uma delas. Essa linha de pensamento se coaduna com a do Supremo Tribunal Federal, quando sustentou a alteração da Lei Complementar nº 70/1991 pela Medida Provisória nº 1.858/1999 (ADC nº 01/DF). O problema, então, não era de veículo legislativo.

De qualquer forma, havendo dúvida a esse respeito, devemos perquirir se, na questão sob exame, há necessidade ou se estamos frente a uma norma que deva ser veiculada por lei complementar.

O primeiro dispositivo que nos vem à mente é o artigo 146 da Constituição Federal. Por ele, caberá à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição (inciso III, letra b). Assim não parece. cremos que a matéria de *citação* é nitidamente processual. Como tal, a competência do Congresso Nacional para legislar sobre essa matéria advém do artigo 22, inciso I, do Diploma Supremo. Além disso, nesse assunto o CTN não é e nunca foi repositório de *normas gerais*, pelo que não está a Lei Complementar nº 118/2005 cumprindo o conteúdo do artigo 146 já referido.⁵ (destaques no original)

2. 2. A prescrição intercorrente.

A fim de bem esclarecer o tema, e seguindo a linha traçada até o presente momento, entendemos pela necessidade de abordar agora, e mais pormenorizadamente, a possibilidade de ocorrência de prescrição intercorrente (aquela verificada no curso do processo), seja na hipótese prevista pelo artigo 40 da Lei nº 6.830/1980, seja na hipótese em que não haja determinação de suspensão do executivo fiscal.

4 TRF 3ª Região, Quinta Turma, AI 402279/SP, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, j. 26/09/2011, DJE 13/10/2011.

5 BECHO, Renato Lopes. A interrupção do prazo de prescrição, pela citação, na Lei Complementar nº 118/05. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 115, abr. 2005.

2.2.1. A prescrição intercorrente na hipótese de suspensão da execução fiscal (o art. 40 da Lei nº 6.830/1980 e a alteração trazida pela Lei nº 11.051/2004)

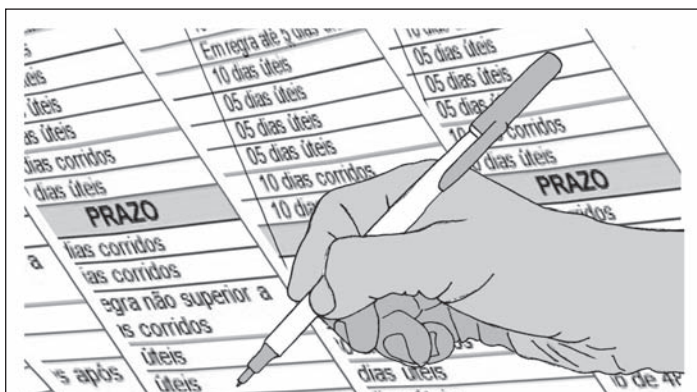
O artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 (LEF), em sua redação original, assim previa:

Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º. Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º. Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º. Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

Extraí-se que, na hipótese de o devedor não ser localizado ou não serem localizados bens de sua propriedade, não se admitia, segundo o texto da lei, a ocorrência da prescrição intercorrente. Evidentemente, tal comando afigurava-se, pelos mesmos motivos já expostos, inconstitucional, haja vista prever a possibilidade de imprescritibilidade dos créditos, pois que o simples ajuizamento da demanda executiva se mostrava suficiente para conferir-lhe tal *status*.



Um dos poucos doutrinadores a tratar da questão, Roque Carrazza bem observou:

Este artigo, além de não se estribar em nenhum motivo mais consistente, fere nossa tradição jurídica e, mais do que tudo, é inconstitucional.

Imprescritíveis, em nosso direito positivo, são as ações que viabilizam os direitos personalíssimos (o direito à vida, à honra, à liberdade, ao nome, à reprodução de imagem, à segurança pessoal, e assim por diante).

As ações que dão eficácia aos direitos patrimoniais, em nosso Direito, sempre prescreveram: em 5, 10, 15, 20 anos, não importa, mas sempre prescreveram. Nunca se aceitou que uma dívida pudesse ficar em aberto *ad eternum*.

O mesmo se dá com as obrigações tributárias. O contribuinte pode livrar-se de seus débitos tributários pela inação do Fisco durante certo lapso de tempo. A prescrição da ação de cobrança de tributos baseia-se não numa renúncia do Fisco ao seu direito – porquanto a obrigação tributária é indisponível –, mas na necessidade de proteger o interesse público da incerteza e instabilidade das relações econômicas. Mesmo os créditos tributários não podem se eternizar. Mais dia, menos dia, devem desaparecer.

Pois este art. 40 da Lei nº 6.830/1980 pretende introduzir, entre nós, a imprescritibilidade de algumas dívidas tributárias. Isto, sobre ser absurdo (o que, de *per si*, não quer dizer nada, juridicamente), é inconstitucional. Vejamos. A CF Brasileira, em seu art. 5º, elenca uma série de direitos individuais. O rol deste artigo é meramente exemplificativo, tanto que seu § 2º é claro ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ora, o art. 5º em exame existe, em última análise, para dar segurança jurídica às pessoas.

Segurança jurídica que o art. 40 põe em risco.⁶

Os tribunais pátrios, ao se voltarem à questão, já de início, caminharam bem, fixando o posicionamento no sentido de compatibilizar o § 3º do artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 com o artigo 174 do CTN, concluindo, assim, que, não havendo manifestação do credor pelo prazo quinquenal, tinha-se por ocorrida a prescrição – na modalidade intercorrente (admitindo-se, portanto, a sua decretabilidade *ex officio*).

Renato Lopes Becho⁷ trata do tema, oportunidade em que transcreve ementas oriundas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STF, Primeira Turma, RE 99.867/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, j. 30/04/1984, DJ 01/03/1985; STF, Primeira Turma, RE 106.217/SP, Relator Ministro Octavio Gallotti, j. 08/08/1986, DJ 12/09/1986; STJ, Segunda Turma, REsp 6.783/RS, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, j. 17/12/1990, DJ 04/03/1991).

Nesse cenário, sedimentada que estava a questão sobre a possibilidade de prescrição intercorrente quando suspensa a execução fiscal, temos então a edição da Lei nº 11.051/2004, cujo artigo 6º acrescentou o § 4º ao artigo 40 da Lei nº 6.830/1980, com a seguinte redação: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

A modificação em tela teve como objetivo encerrar os debates sobre a possibilidade de admissão do aludido instituto, afastando, por conseguinte, a flagrante inconstitucionalidade da previsão legal de imprescritibilidade dos créditos fazendários.

Sob a égide dessas considerações, despidiendas maiores digressões, justamente porque superada a questão, sendo admitida, portanto, pelo ordenamento jurídico vigente, a ocorrência de prescrição intercorrente, na específica hipótese prevista pelo § 4º do artigo 40 da Lei nº 6.830/1980, introduzido que foi pela Lei nº 11.051/2004 (quando suspensa a execução fiscal pela não localização do devedor ou de bens de sua propriedade passíveis de constrição).

O enunciado da Súmula nº 314 do C. Superior Tribunal de Justiça, publicado aos 08/02/2006 (ou seja, após a alteração legislativa mencionada), demonstra isso: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Corroborando o explanado é a ementa a seguir transcrita:

1. Da análise do art. 40 da Lei nº 6.830/1980, verifica-se que somente com o advento da Lei nº 11.051/2004, com a introdução do § 4º do referido dispositivo legal, é que restou expressamente consignada na LEF a prescrição intercorrente após a decisão que ordenar o arquivamento do feito. Contudo, antes mesmo da edição da Lei nº 11.051/2004 esta Corte já adotada orientação no sentido de que o § 2º da LEF – o qual trata do arquivamento do feito após um ano de suspensão quando não localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis – deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN – que trata da prescrição quinquenal para a cobrança de crédito tributário – a fim de evitar a extensão indeterminada do lapso prescricional. Nesse sentido: REsp 418.160/RO, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 04/04/2005; REsp 613.685/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 07/03/2005; AgRg no Ag 275.900/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 01/08/2000.

6 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 450-451.

7 BECHO, Renato Lopes. A prescrição intercorrente nos executivos fiscais e a Lei 11.051. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 125, fev. 2006.

2. Recurso especial não provido.⁸

Por fim, insta mencionar as explanações de Paulo Cesar Conrado, quando cuida de repudiar as proposições firmadas no sentido de que somente com a inclusão do § 4º ao artigo 40 da LEF é que seria admissível a decretação da prescrição intercorrente ou, noutras palavras, inviável seria sua decretação de ofício pelo juiz.

Vejamos:

Somadas as premissas que norteiam o presente estudo (primeira: o particular conteúdo eficaz de que se veste a prescrição em matéria tributária, fenômeno que, antes de ferir o direito de ação, opera em face do próprio direito de fundo; segunda: a efetiva existência, em nosso sistema, da noção de prescrição intercorrente, corolário lógico do valor da segurança jurídica em nível de execução) implicam, ao final, a inferência que nos inspira: prescrição intercorrente é causa de extinção da obrigação tributária cuja decretação se põe desde sempre viável, independentemente de provocação do interessado. Submete-se, usando outro falar, ao mesmíssimo regime aplicável à prescrição propriamente dita.

(...)

Não obstante, possível seria objetar – e assim temos visto, na prática da judicatura, algumas proposições –, dizendo-se que a decretação *ex officio* da prescrição intercorrente só se mostraria viável a partir da vigência da lei que a introduziu no sistema, pena de se atribuir, fazendo-se d'outra forma, indesejável retro-operatividade a tal preceito (o novo § 4º do art. 40).

A tal objeção, outras duas, todavia, poderiam ser postas, conseqüência, em última razão, do quanto já exposto nos itens precedentes: em primeiro lugar, recobre-se, prescrição intercorrente é

fenômeno que transcende a literalidade do direito positivo; em segundo, sua decretação, quando o tema de fundo é de caráter tributário, é perfeitamente possível independentemente de provocação. Todavia, ainda que desprezadas fossem tais premissas, necessário convir que a norma trazida pela indigitada Lei nº 11.051/2004, por não disciplinar o fenômeno da prescrição, tampouco sua forma intercorrente, não se vê dotada de caráter material, senão de foros processuais: sua função estaria vinculada, nesses termos, à explicitação do regime (processual) de decretação a que se submete referido fenômeno (da prescrição intercorrente) – conclusão que ao mesmo tempo que repele qualquer discussão sobre a necessidade de veiculação do tema por lei complementar, autoriza a imediata aplicação da norma a todos os casos que em seu arquétipo de encaixam.⁹

2.2.2. A prescrição intercorrente na hipótese de não estar suspensa a execução fiscal.

Aqui iremos analisar a questão da ocorrência de prescrição intercorrente, no caso de não estar suspensa a execução fiscal (não se tratando, portanto, do comando introduzido no artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 pela Lei nº 11.051/2004), considerada a hipótese do fluxo prescricional que se inicia com o despacho do juiz que ordena a citação.

Pois bem.

A prescrição intercorrente quando a execução fiscal não esteja suspensa é tema que, quando tratado, também suscita significativas divergências, não obstante seja pouco aventado na seara doutrinária.

Conforme se expôs até o momento, cer-

⁸ STJ, Segunda Turma, REsp 1221467/AM, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 03/02/2011, DJe 14/02/2011.

⁹ CONRADO, Paulo César. *Execução fiscal em matéria tributária: decretabilidade ex officio da prescrição intercorrente*. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Coord.). *Decadência e prescrição em direito tributário*. 2. ed. São Paulo: MP, 2010, p. 191-193.

to é, nesse cenário, que se mostra legítima a adoção da ocorrência de prescrição intercorrente no curso do executivo fiscal.

Com efeito, e em consonância antes mesmo com a interpretação sistemática dos dispositivos legais (conforme apontado nos itens precedentes), uma vez constituído o crédito tributário (seja por que modalidade for), tem-se por iniciado o curso do prazo prescricional quinquenal, que só se interrompe com a citação válida, retroagindo à data da propositura da ação se tal ato for realizado dentro do prazo de cem dias previsto pelos parágrafos do artigo 219 do CPC. Por conseguinte, afigura-se inviável, por incoerente, admitir que durante esse interregno (propositura da ação e efetiva citação) encontrar-se-ia obstado o fluxo prescricional, e o pior indefinidamente, pretendendo-se, com isso, resguardar, obviamente, os interesses do Fisco e camuflando a ineficiência da Administração, em sua atividade fiscalizatória e arrecadatória.

Inconcebível admitir que um direito de natureza patrimonial dessa ordem (créditos tributários) possa sujeitar-se à eternização em nosso ordenamento jurídico, sem que haja uma limitação temporal à sua existência (aqui vale relembrar as palavras proferidas por Roque Carrazza – nota 06).

Não obstante, verificamos que a quase totalidade dos julgados emanados do C. Superior Tribunal de Justiça e também dos Tribunais Regionais Federais adotam, não de agora, o posicionamento de que, nesse ínterim, não corre prazo prescricional, bem como que não há prazo para realização da citação.

Confirmando o quanto exposto, foi julgado o Recurso Especial 1.120.295/SP sob a sistemática de recurso repetitivo representativo de controvérsia, que, contrariamente ao quanto defendemos, assim decidiu:

(...)

7. *In casu*: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-

base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.

(...)

12. Conseqüentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, *in casu*, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, *revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).*

14. O *Codex Processual*, no § 1º, do artigo 219, estabelece que *a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação*, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 118/2005, conduz ao entendimento de que *o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.*

15. (...)

16. Destarte, *a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.*

17. Outrossim, é certo que “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Conseqüentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivendo em *junho de 2002*.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.¹⁰ (destaques no original)

Como se extrai do julgado (que cuida, como visto, de fatos ocorridos anteriormente à edição da Lei Complementar nº 118/2005, donde vigorava a redação original do inciso I do art. 174 do CTN – somente a efetiva citação é que tinha o condão de interromper a prescrição), a Corte, muito embora se valha de algumas disposições do artigo 219 do CPC, acaba por firmar, dentre outras coisas, (i) que o simples ajuizamento do executivo teria o condão de interromper a prescrição (vide item 13 da ementa), afastando os entendimentos de que a citação deva ocorrer no prazo de cem dias e, ainda, de que o prazo prescricional tem sua fluência desde a constituição do crédito até que se efetive a citação; e (ii) que a interrupção da prescrição, pelo despacho que ordena a citação (segundo a novel redação do inciso I do parágrafo único do art. 174) também retroagiria à data do ajuizamento da execução. Parece-nos que referido aresto encontra-se, à evidência, embasado em equivocadas premissas.

Cumpramos, que, ainda que se

adote o entendimento esposado no aresto do REsp nº 1.120.295 (de que a mera propositura da execução fiscal ou o simples despacho que ordena a citação interrompe a prescrição, mesmo que proferido antes da edição da Lei Complementar nº 118/2005), necessário seja fixado prazo para cumprimento ou alcance dessa diligência, pena de, tal como anteriormente demonstrado, admissão de causas imprescritíveis, violação dos princípios constitucionais da segurança jurídica, do devido processo legal, etc.

Paulo César Conrado tratou do assunto:

Encontra-se aí, precisamente, a base lógica da idéia de prescrição intercorrente: no plano das execuções, o Estado-juiz deve ser provocado no prazo por lei estabelecido (prescrição propriamente dita); mas não é só: em tal plano, as condições necessárias à outorga da correlata tutela (informações acerca do paradeiro do devedor e de seu patrimônio) precisam ser oferecidas no tempo apropriado, sob pena de se frustrar sua conferência (da referida tutela), quedando o processo em aberto *ad infinitum* – resultado repudiado pelo valor que atua por trás da noção de prescrição (segurança jurídica). Por outra: se a outorga das tutelas executivas não é atribuição do Estado-juiz que depende unicamente da provocação do interessado – exigindo, mais ainda, o fornecimento de elementos-informações, por aquele mesmo interessado, que a viabilizem –, imperativo que desdobrada reste, para tais processos (de execução), a idéia de prescrição.

Profligamos, com tudo isso, a tese de que a prescrição intercorrente é fenômeno inerente à natureza dos processos executivos, funcionando como corolário inexorável da noção de segurança jurídica para tais modalidades – assim como o é o conceito de prescrição (propriamente dita) para todos os demais tipos processuais.

Dessa maneira, conclui-se: o reconhecimento da prescrição intercorrente independe da existência de enunciado

10 STJ, Primeira Seção, REsp 1120295/SP, Relator Ministro Luiz Fux, j. 12/05/2010, DJe 21/05/2010.

legal que a preveja com foros de especificidade, bastando, antes disso, que o correspondente fato implicador se verifique, a saber, a inércia do interessando (exequente), por tempo igual ou superior ao da prescrição (propriamente dita), no que diz com a prestação, em favor do Estado-juiz, dos elementos-informações necessários à consecução dos atos executivos indispensáveis ao aperfeiçoamento da respectiva tutela (citação/penhora).¹¹

Para tanto, correta seria a utilização do instituto da prescrição intercorrente, adotando-se, por interpretação analógica, o prazo prescricional quinquenal, com início a partir do despacho que determina a citação, de modo a propiciar concretude aos princípios constitucionais aludidos, definindo, objetivamente, o lapso temporal afeto à aludida prescrição.

Em resumo, podemos concluir da seguinte forma, a fim de conferir escoreta condução da questão: por primeiro, faz-se necessário definir qual o regramento a ser adotado – se o da LEF/CTN (interrupção da prescrição pelo despacho do juiz que ordena a citação) ou o do CPC (interrupção da prescrição pela citação válida). Uma vez definido tal ponto, tem-se por definido também, por consectário lógico, que todo o regime adotado será o afeto a este ou àquele regramento, vale dizer, se eu tomo por lúdima a previsão contida no CTN (com a alteração promovida pela Lei Complementar nº 118/2005), então eu devo adotar todas as regras ali previstas, não podendo me valer de disposições correlatas que, por se apresentarem mais interessantes ou vantajosas sob os pontos de vista tanto processual quanto material, estejam previstas no CPC, por exemplo. Em outras palavras: se o Fisco adota o entendimento de que o inciso



I do parágrafo único do artigo 174 é válido, então não cabe a utilização das disposições previstas pelo CPC no sentido de que a citação (ou, no caso, o despacho que ordena a citação) terá o condão de fazer com que a interrupção da prescrição retroaja à propositura da ação, visto que tal determinação encontra-se prevista pelo CPC (§§ 3º e 4º do art. 219 do CPC).

Por segundo, e partindo da premissa fixada (de que devemos definir qual o regramento adotado), imperiosa se faz a aplicação do regramento afeto à contagem do prazo para realização do ato processual da citação – se adotado o regime do CPC, e consoante explanações já evidenciadas (tomando por legítima a adoção da interpretação sistemática), a citação é que interrompe a prescrição e ela só retroagirá à data da propositura da ação se realizada dentro dos 100 dias previstos pelo artigo 219 do aludido diploma; por outro lado, se adotado o regime do CTN/LEF, o despacho que ordena a citação teria o condão de interromper a prescrição, sem, contudo, retroagir à data do ajuizamento, adotando-se, no mais e em ambos os casos, a incidência do instituto da prescrição intercorrente, com utilização da interpretação analógica, para determinar que existe, sim, um prazo para efetivação desta

¹¹ CONRADO, Paulo César. *Execução fiscal em matéria tributária: decretabilidade ex officio da prescrição intercorrente*. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Coord.). *Decadência e prescrição em direito tributário*. 2. ed. São Paulo: MP, 2010, p. 191.

diligência e que mencionado prazo deverá ser o prescricional previsto para os créditos exequendos (de cinco anos, conforme *caput* do art. 174 do CTN).

Com esse panorama, confere-se lógica ao sistema, retirando-lhe a incongruência da adoção de regramentos mesclados, conforme pretendido pelo Fisco, quando almeja valer-se do que melhor lhe conferem os dispositivos legais desse ou daquele regime. Afasta-se, ainda, a possibilidade de existência de causas imprescritíveis, mormente por terem natureza patrimonial, restando, observado, no mais, o devido processo legal no seu aspecto formal (igualando as condições processuais do Estado e do particular) e no seu aspecto material (compelindo o exequente a diligenciar no sentido de obter a regular efetividade do processo).

3. Conclusão.

A prescrição, sob o enfoque do processo exacional, consoante demonstrado, suscita, durante todo o curso do ciclo de positivação do direito tributário, significativas divergências, quer doutrinárias, quer jurisprudenciais, que se tornam ainda mais complexas à vista do tratamento legislativo que lhe é conferido.

Nesse cenário, pretendemos fixar, dentre os posicionamentos existentes, aquele que, a nosso ver, melhor traduz a interpretação sistemática do ordenamento positivado, com observância, em última análise, aos princípios constitucionais da segurança jurídica e do devido processo legal, de modo a conferir legitimidade na condução dos processos de execução fiscal, em atenção, principalmente, à inadmissibilidade de existência de causas imprescritíveis.

Assim, podemos extrair as seguintes premissas: (i) necessário definir qual o regramento legislativo a ser adotado, aplicando-o em sua inteireza – vale dizer, se LEF/CTN (com interrupção da prescrição pelo despacho do juiz que ordenar a citação) ou do CPC (interrupção da prescrição com a citação válida) e seus consectários lógicos, inadmitindo-se a mescla de regimes normativos; (ii) em ambos os casos, a fim de evitar a existência de causas imprescritíveis, deve ser adotada a prescrição intercorrente, a par do previsto pelo parágrafo 4º do artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 (ou seja, ainda que não esteja suspensa a execução fiscal), com fixação do prazo prescricional quinquenal, por analogia, para fins de cumprimento do despacho que ordenar a citação e a realização das diligências, por parte do Fisco, necessárias para tanto.

Referências bibliográficas.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECHO, Renato Lopes. A prescrição intercorrente ainda que a execução não esteja suspensa. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 183, p. 89-105, dez. 2010.

_____. A prescrição intercorrente nos executivos fiscais. *Revista de Estudos Tributários*, ano IX, n. 53, p. 148-161, jan./fev. 2007.

_____. A prescrição intercorrente nos executivos fiscais e a Lei 11.051. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 125, p. 50-59, fev. 2006.

_____. A interrupção do prazo de prescrição, pela citação, na Lei Complementar nº 118/05. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 115, p. 108-115, abr. 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Forense, 2010.

_____. O devido processo legal na formação do título executivo da Fazenda Pública. A falácia do crédito tributário não-contencioso. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CONRADO, Paulo César. *Execução fiscal em matéria tributária: decretabilidade ex officio da prescrição intercorrente*. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de (Coord.). *Decadência e prescrição em direito tributário*. 2. ed. São Paulo: MP, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Breves considerações sobre principiologia jurídica dos valores ecológicos



Luiz de Lima Stefanini

Desembargador Federal do TRF da 3ª Região.

SUMÁRIO: 1. Antecedentes históricos dos valores e suas correspondências com os princípios jurídicos. 2. O valor da segurança no viver, no complexo ambiental e na ecologia. 3. Considerações gerais sobre os valores fundamentais e a norma jurídica. 4. O direito do valor/segurança. 5. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. 6. O princípio da função social dos bens e o princípio da sustentabilidade. 7. Conclusões. Bibliografia.

1. Antecedentes históricos dos valores e suas correspondências com os princípios jurídicos.

Se quiséssemos percorrer uma linha que nos levasse aos antecedentes primeiros da noção de *direito*, à vista da disciplina que ora nos interessa – o Ambiental – chegaríamos a uma clareira onde estaria presente a fonte/gênese seminal do direito por mais geral ou especial que se apresente. Isto porque a autenticidade da origem dos direitos é a própria existência do Homem: *Hominum causa omne ius constitutum est* (D. 1, 5, 2, Hermog.). Etribado neste fundamento, chega-se a um juízo correspondente de que a dimensão dos valores é engendrada com o surgimento da vida humana.

Considerada esta sentença e na proa destes axiomas, a preocupação contemporânea que reflete o dualismo homem/ambiente

compreende uma plástica social que, preventiva à ideia de gozo, encontra-se indubitavelmente conectada com a essencialidade do nosso viver na geografia planetária. Por tal impositivo assenta-se exato que a perspectiva do homem/ambiente está em conexão com uma ampla plataforma de substrato socioecológico.

É sempre oportuno apontar, por outro viso, que, no revolver deste tema, a incidência da realidade objetiva e a respectiva intersecção nas necessidades básicas da vida humana – em sua formulação original – fizeram por demonstrar que toda produção de subsistência vital (subsídios à vida) esteve dependente do colchão ecológico/ambiental. Mostram-se tais focos intimamente imbricados ainda porque a questão da produtividade encontra-se amalgamada aos requisitórios das demandas básicas do ser humano tanto quanto dependente das inúmeras condicionantes dos recursos eco/ambientais. Igualmente, é possível

acolher, de pronto, que a conexidade do meio geoecológico e os dogmas da ciência jurídica *anatematizam* valores vivenciais e jurídicos, encontrando-se imbricados. Decorre *ipso facto* que as dimensões das disciplinas do *direito fundiário*¹ (em suas vertentes pública e privada) compreendem todas as normas de sobrevivência primária tanto no sentido social quanto no sentido individual. Neste rol incluem-se, pois, desdobramentos nos ramos do direito agrário, do direito eco/ambiental, do agroindustrial, os quais se insinuam como matérias jurídicas univitelinas sob a seiva comum de igualitários húmus formadores e mesmo potestativos.

Mas a investigação no sentido de se saber os exatos pontos em que se tocam ou se repelem, se identificam ou se excluem, sempre demanda um trabalho mais cuidadoso e profundo, mais complexo e indutivo que poucos se dispõem a prospectar.

2. O valor da segurança no viver, no complexo ambiental e na ecologia.

O valor segurança – amplos aspectos – destaca-se sobremodo na genética dos valores. Isto porque desde a revelação da vida pelas dimensões dos primeiros sinais manifestantes e progressivos, tornaram-se evidentes também os muitos riscos e periclitacões em sua propagação espacial. Sem embargo, o homem é um fidelíssimo exemplo desta realidade sobrevivencial que se traduziu através dos muitos desafios ecológico-ambientais. O primeiro deles veio da própria natureza que, por sua fonte de realização, restringiu as oportunidades de se chegar à vivência e o segundo apresentou-se no fato do estabelecimento das incontáveis implicações disputadíssimas no consórcio

vivencial para mantê-la. Estas *fatualidades* levam à concepção de que a *segurança*, sem dúvidas, interpõe-se, isoladamente, como o primeiro e mais importante dos valores imbricados com os de natureza humana e o ambiental/ecológico.

Quanto às condicionantes consideradas – do ambiental e o ecológico – é certo que estas se incorporam como aportes do valor segurança.

É útil, ademais, observar que o vocábulo *ambiente* e *ecologia* não configuram realidades ambíguas, tampouco sinônimas, mas suas semânticas por várias determinantes não guardam as mesmas e intrínsecas razões nos termos de suas diferentes representações.

O vocábulo *ambiente* tem sua raiz no léxico grego *bios* que, ao ser latinizado, agregou-se da preposição arcaica latina *am* (ac) a significar o que envolve a vida, o que viceja ao redor da vida. Por seu realismo, o verbete *ecologia* provém do grego *eco*, tendo como correspondência o vocábulo latino *echo* que, na língua do Lácio, convola o significado de vibrações entre atrações (especialmente energética) a coligarem as pessoas a determinados meios interagentes. Por extensão, compreendem as intersecções que desencadeiam o atuar dos agentes face aos bens nos espaços de suas respectivas relações. A expressão *eco*, por etnografia, traduz a ideia dinâmica de uma realidade.

Não obstante estas inserções, mostra-se imperativo recepcionar que o Direito, nas opções taxionômicas, quedou-se preferencialmente pela locução *direito ambiental* acabando por consolidar-se no uso aplicativo dos estudiosos do jus-ambientalismo.

Já por estas observações, chega-se a perceber que tais dessemelhanças e suas semânticas vêm retratar significados diferentes que não podem ser desprezados sempre que os meandros estudados são investigados sob outros enfoques.

Tais pontos, de outra assentada, vão

¹ Afirmando na obra “A propriedade no direito agrário” que o *direito fundiário* representa as “terras devolutas, cadastradas e registradas nos livros fundiários, ou como entendem alguns, no Cartório de Registro de Imóveis da comarca competente”. (STEFANINI, Luiz de Lima. *A propriedade e o direito agrário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 79)



costurar as comparações que se estabelecem entre as ideias e as funções dos bens no conjunto maior da realidade que dimensionam.

3. Considerações gerais sobre os valores fundamentais e a norma jurídica.

Na concepção de normas dotadas de efeito imperativo/coercitivo – lei em sentido técnico – segundo classifica a dogmática mais tradicional, encontramos o termo *ius* (*jus*) como anelado ao sentido da palavra *direito*. Significa dizer que, no caldo cultural, consubstanciando o que seja a norma de conduta, deparamo-nos com a inserção ampla nas cártulas da ciência jurídica traduzindo a noção de *bem comum disciplinado pela norma*. Nesse sentido, a ideia de *valor* se mostra amalgamada com o juízo de direito.

A parte isso, é de se perceber que a noção de *valor* espelha um conceber mais complacente.

O vocábulo *valor* (do latim *valore, is*), ao convolar o significado de uma qualidade, erige uma agregação a distingui-lo dos demais compositivos. Oriunda que é do verbo *valeo vale, ui (itum)*, dentre outros sentidos, expressa a ideia de força diferenciada dum qualitativo próprio (bom ou ruim), vale dizer,

na determinação de um *plus*, de capacidade, de algo que compreende uma estimação particular, então incorporada num atrativo distinto dentro do estro social e individual. Certamente, e de uma maneira geral, a expressão *valor* consubstancia um *diferencial particular*.

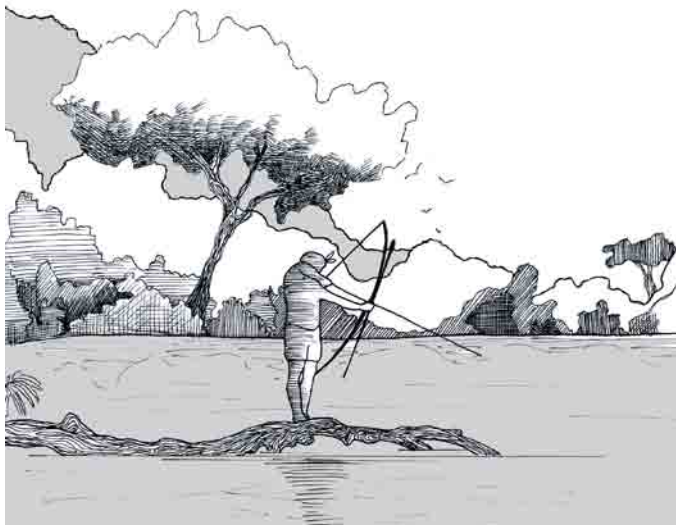
Em sua concepção *lata*, o *direito* reverbera, ademais, o saber de natureza teórica (conceituações que em última análise são valores amplos formalmente acreditados), operando com definições de coisas que estão compondo os *bens* requisitados para a nossa vida. Projetando-se, pois, ubiquamente, em todos seus subsídios axiológicos.

Consoante estas fundações, a expressão “Direito dos Valores” tem a precípua destinação de corresponder a um rol de poderes jurídicos que levam em consideração as qualidades agregadas dos vários bens e suas capilaridades.

4. O direito do valor/segurança.

Uma importante diferenciação deve ainda ser feita sob o crivo de concepções que, com as cautelas devidas, haverão de considerar a identificação dos multifários ambientes e seus riscos. Significa, igualmente, dizer que é adequadamente certo afirmar que a segurança é inerente ao foco de todo relacionamento humano segundo a natureza e o universo das diversidades. Por conseguinte, mostra-se inexorável que as distinções representam o substancial envolvimento de provimentos visando à asseguaração da vida.

Quando se consideram as primeiras exteriorizações do fator humano perante o mundo natural, e especialmente no aplicativo da realização de sua subsistência, torna possível recepcionar, num viés de impacto, que o expediente *extrativo* não correspondia necessariamente ao comprometimento ambiental sob o ponto de vista da cadeia de sobrevivência das espécies. O extrativismo, por exemplo, condiciona-se e limita-se à precedência existencial dos frutos a serem



aproveitados e estes, uma vez colhidos, ciclicamente pela lei biológica, haverão de ser recompostos pelo princípio imperativo da natureza, vale dizer, por recorrência natural. Consoante assim, a prática extrativista humana face aos bens sempre pressupõe uma tradição, envolvendo a dinâmica do *nomadismo*, sendo que repetidamente caracterizou-se nas primícias dos conglomerados gentílicos nas remotas sociedades que antecederam a nossa era.

A partir do período paleolítico, todavia, as necessidades fizeram com que os homínídeos passassem a requisitar técnicas na obtenção de alimentos através da prática da reposição (semeadura/plantio) numa atitude ubíqua. Tal técnica, por si, tendeu a levar a algum equilíbrio artificial em relação à demanda. A respeito deste equilíbrio, é certo que, primacialmente, apresentava-se descomprometido com o extrativismo. Com a difusão da atividade de reposição artificial, num passo desdobrado, inaugurou-se a sustentabilidade. A organização das instituições sociais foi propiciada em razão destes fatores de provisão alimentar com a sedentarização dos grupos humanos, ou seja, com a efetividade dos evolimentos provisionais gentílicos.

O que decorreu em sequência foram os experimentos irreversíveis das ingerências

biossociais e suas interatividades na formação dos processos em meio à geografia ambiental com todos os seus avanços e reveses até os presentes dias.

Talvez estejamos presenciando os limites das muitas eras antecessoras *primitivas* destas tensões socioculturais que podem ser denominadas eco/ambiental tecnicistas.

5. Princípios fundamentais do Direito Ambiental.

O Direito Ambiental é o conjunto de direitos oriundos de normas jurídicas especiais (de ordem social), de princípios sistemáticos, de emanções jurisprudenciais, hábitos e costumes, em suma, de tudo quanto se refere à juridicidade emergente das atividades envolvendo os bens de essencialidades imprescindíveis à vida humana.

Neste sentido, o Direito Ambiental não reflete o *fundo do direito*, mas aporta em seu corpo todas as instituições que têm por fulcro a natureza e suas implicações.

No que diz respeito ao conceito de Direito Ambiental, pode-se dizer ainda que o Direito Nacional e o Direito Comparado, em essência, não expõem diferenças substanciais entre estes direitos (*ius gentium*), suas concepções essenciais e fundamentais.

Assim, o Direito Ambiental perfaz hoje um direito autônomo consubstanciado em um sistema harmônico de poderes/deveres e que tem por escopo a proteção e manutenção da vida provinda do meio ambiente considerada como teleologia última.

6. O princípio da função social dos bens e o princípio da sustentabilidade.

Desde logo, a respeito das locuções referentes à *função social* e ao *princípio da sustentabilidade*, torna-se necessário uma

abordagem bem específica sobre a ideia do que se acredita deficiente ou suficiente e do que seja o *desenvolvimento sustentável*. Por tal razão, importa distinguir a ideia de sustentabilidade em suas várias acepções e conexões.

Preliminarmente, quanto ao significado de *desenvolvimento sustentável*, impende observar que os doutrinadores que já se dedicam à abordagem do tema, em geral, fizeram por mostrar diferentes e, às vezes, inadequadas intelecções. É de justiça apurar que se encontra ausente nestes escritos o perfil da simetria. Como já se assentou, sobrelevam neles o cunho substancial e estrutural como foco *preferente*.

O ato ou ação desenvolvimentista pressupõe uma propulsão que promove o agente no sentido da modificação dos bens, propiciando um *sentimento* generalizado de melhoria dentro de um circunscrito espaço de expansão.

Sob o substrato de suas teleologias, o *desenvolvimento sustentável* há de traduzir o progresso operado na obtenção de determinado bem à vista do universo humano na mecânica social que, não obstante isso, nesta atividade, não exaure as fontes donde provêm estas mesmas riquezas. As ideias traduzidas nos limites expostos, todavia, têm um hiato de entendimento de difícil superação. Evidentemente, nenhuma atividade humana é infensa ao efeito de não implicar na alteração mínima do meio ambiente em que vive. Por conseguinte, a questão representa, até certo ponto, as cláusulas de valores que podem se submeter a riscos necessários e inevitáveis.

Nesta equação, é preciso que se insira a distinção entre *valores* e *necessidades* que antecede aqueles contrapontos. Isto porque, conforme afirmei em outro trabalho, as necessidades estão na base dos valores que ao redor destes orbitam. Considerados tais termos, é possível que os valores – integrantes da cártula dos interesses – sejam cambiados, transacionados, sublimados, estigmatizados,

enfim, sujeitos a ações pelos interesses do agente. Diferentemente das necessidades que são estabelecidas sob duas alternativas: da satisfação e da frustração. Na segunda hipótese, as consequências são trasladadas para a diminuição da integridade realizadora do agente.

Posto isto, as necessidades de interagir com os recursos naturais para a consecução dos alimentos encontram-se inseridas no universo das necessidades de sobrevivência e não podem ser subsumidas ao risco de inanição e morte. Por exemplo, populações que sobrevivem em climas desérticos com os poucos meios de vida não podem dispensar o sacrifício de determinados valores do meio natural. Evidentemente, não se pode submeter ao sacrifício da própria vida para preservar o lastro ambiental em que se vive.

Da mesma forma, é certo que algumas comunidades encontram-se em atrasos culturais assimétricos e delas não se pode exigir *valores* a serem preservados necessariamente por outros povos em condições socioeconômica e tecnológica menos vulneráveis.

7. Conclusões.

Por estas frívolas *adversões* preventivas, embutidas nas razões e fundamentos alinhavados, é possível impressionar-se, *prima facie*, com o colorido boreal destes institutos jurídicos a adornarem de fascínio a matéria.

Vivemos num mundo onde muitos povos apresentam-se desprovidos de suporte alimentar ou em níveis precaríssimos de segurança civil, de insustentação de atividade de salvaguarda do trabalho e salários, os quais têm seus interesses limitados às básicas necessidades. Não obstante isso, a manutenção e conservação dos mananciais ecológicos e ambientais hoje se tornaram planetariamente imperativas; todos são atingidos por suas resultantes destrutivas e, portanto, a ninguém é facultado excluir-se da necessária contribuição para minimizar os efeitos destes ingentes desafios naturais.

Inúmeros países passaram pelas grades históricas do mercantilismo, da industrialização e, ao cabo destes períodos, jamais se preocuparam com os valores ecológicos e ambientais por necessidade de sobrevivência, sem atingirem um estágio tecnológico suficiente para fazerem frente às opções de soluções. Hoje se encontram impossibilitados de proporem agendas ativas no enfrentamento destas questões que estão mortificando a todos e, em especial, a comprometerem-se com a básica qualidade de vida destas comunidades mundiais.

Por outro arrostamento, defrontam-se, tais regiões globais (sem terem contribuído para a violação dos referidos valores), com a absoluta inviabilidade de viver nos limites geográficos de seus países, submetem-se a imigrações para outras nações que estão no lado oposto dos dilemas, ou seja, igualmente em impasses com fabulosa Esfinge pronta a devorá-los caso não encontrem resposta correta.

Neste teorema, expõe-se a grande complexidade do tema a conclamar uma revisão de muitos dogmas do culturalismo.

Em verdade, numa expressão de alcance absoluto, nenhum bem da natureza pode ser usado dispensando-se à inerência da sustentabilidade. Esta afirmação consagra a inexpugnável convicção de que o Homem, cujo sentido de sua vida reflexiona no *ethos* da solidariedade, não deve jamais esgotar os bens primários disponíveis pelo arquiteto do Acaso. A ciência pode transformar e alterar a grandeza destes bens, jamais, porém, criar a vida intrínseca neles.

Bibliografia.

BORGES, Paulo Torminn. *Institutos basicos de direito agrário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. *Constituição Federal interpretada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FALCONI, Luiz Carlos. *Desapropriação da propriedade destrutiva*. Goiânia: PUC Goiás, 2010.

LARANJEIRA, Raymundo (Coord.). *Direito agrário brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 6. ed. São Paulo: ABDR, 2006.

RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito econômico e social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STEFANINI, Luiz de Lima. *A propriedade e o direito agrário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0000509-54.2005.4.03.6104
(2005.61.04.000509-3)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: MARIA CANDIDA BRAGA E SILVA (= ou > de 60 anos)

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AC 1267230

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/03/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CANCELAMENTO DE TÍTULO DE ELEITOR. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. REPARAÇÃO. PROPORCIONALIDADE.

1. Ao comparecer à sua sessão eleitoral, a autora foi informada acerca da inclusão de seu nome na lista de impedidos, o que gerou a impossibilidade de participar da votação.
2. Assim, procurou o Cartório Eleitoral para regularização de sua situação, recebendo como resposta a certidão do Juízo da 272ª Zona Eleitoral do Estado de São Paulo (fl. 10), em que foi atestado que o cancelamento ocorreu por equívoco, encontrando-se a autora em situação regular perante a Justiça Eleitoral.
3. Tal cancelamento foi efetuado erroneamente, conforme comprovado nos autos (fl. 10), ensejando o dever de indenizar por danos morais, uma vez que esta se viu impedida de exercer o direito ao voto nas eleições que ocorreram naquela época.
4. A simples impossibilidade de votar já configura o alegado dano moral, visto que evidente o impedimento ao exercício de direito por parte da autora. Destarte, não sendo necessária a comprovação de situação vexatória ou eventuais abalos à saúde da parte.
5. A reparação do dano moral não pode ser irrisória nem exorbitante, devendo ser fixada em patamar razoável.
6. O montante fixado em sentença guarda consonância com a jurisprudência pátria que tem estabelecido valores razoáveis fixação das indenizações por dano moral, pois não representa quantia desprezível e tem o caráter de reprimir a prática da conduta danosa, não sendo valor irrisório e nem abusivo, a ponto de ensejar enriquecimento ilícito do autor.
7. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de fevereiro de 2015.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação, em sede de ação ordinária em que se objetiva a condenação da União ao ressarcimento em danos morais decorrentes da suspensão do título de eleitor do autor.

Não houve produção de prova testemunhal ou pericial ao longo do curso do processo.

O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando a União ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com atualização monetária a partir da data do evento lesivo, conforme o Provimento nº. 26 da E. CFJ da 3ª Região, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Apelou a União Federal aduzindo, em suas razões, a inexistência de comprovação quanto aonexo causal entre a conduta da Administração e os danos alegados pela autora, não restando caracterizado o dano moral.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Submeto o feito ao revisor, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Ao comparecer à sua sessão eleitoral, a autora foi informada acerca da inclusão de seu nome na lista de impedidos, o que gerou a impossibilidade de participar da votação.

Assim, procurou o Cartório Eleitoral para regularização de sua situação, recebendo como resposta a certidão do Juízo da 272ª Zona Eleitoral do Estado de São Paulo (fl. 10), em que foi atestado que o cancelamento ocorreu por equívoco, encontrando-se a autora em situação regular perante a Justiça Eleitoral.

Ademais, a própria União traz em sua contestação informações acerca do indevido cancelamento do título eleitoral da autora, relatando que o extenso trabalho de revisão dos cadastros eleitorais acabou por gerar equívoco na inclusão da autora na lista de impedidos (fls. 20/25).

Para o deslinde da presente questão, transcrevo o teor dos seguintes preceitos legais:

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

...

§ 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.

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

Art. 186 do CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar

direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral e patrimonial, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.

Ao que consta, o dano sofrido pela autora encontra-se atrelado ao cancelamento de seu título de eleitor pelo equívoco cometido no recadastramento de eleitores.

Tal cancelamento foi efetuado erroneamente, conforme comprovado nos autos (fl. 10), ensejando o dever de indenizar por danos morais, uma vez que esta se viu impedida de exercer o direito ao voto nas eleições que ocorreram naquela época.

A simples impossibilidade de votar já configura o alegado dano moral, visto que evidente o impedimento ao exercício de direito por parte da autora. Destarte, não sendo necessária a comprovação de situação vexatória ou eventuais abalos à saúde da parte.

Presentes, assim, o ato causador, o dano e o nexo causal, fica evidenciada a responsabilidade da ré para arcar com a indenização ao autor.

Nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência, consoante os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - DIREITO AO VOTO - IMPEDIMENTO - DANO MORAL PRESUMIDO - INDENIZAÇÃO - RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA - ART. 1º-F DA LEI Nº 9494/97 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09) - INCIDÊNCIA. 1. A responsabilidade objetiva pressupõe a responsabilidade do Estado pelo comportamento dos seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão somente, a demonstração do dano e do nexo causal, mostrando-se prescindível a demonstração de culpa, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 2. Os elementos de prova produzidos nos autos indicam que o motivo da suspensão do título eleitoral do autor (art. 14, § 2º, da Constituição Federal) não mais subsistia quando das eleições de outubro de 2002. 3. A concretização dos direitos e garantias fundamentais está umbilicalmente relacionada ao livre exercício dos direitos políticos. Muita embora nossa ordem constitucional preveja hipóteses de participação popular direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular), a implementação de políticas públicas, bem assim a edição de atos normativos, opera-se de forma indireta, ou seja, por intermédio de representantes eleitos. danos morais presumidos 4. Por atender à dupla finalidade de compensar o lesado e desestimular o ofensor, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o valor da indenização fixado pela sentença (R\$ 1.000,00) não merece reforma. 5. Considerada a natureza instrumental dos juros de mora, as alterações do art. 1º-F da Lei 9.494/97, introduzidas pela Lei nº 11.960/09, têm aplicação imediata aos processos em curso, tendo em vista o princípio *tempus regit actum*. Precedente do C. STJ. 6. Apelação parcialmente provida. (TRF 3, Sexta Turma, AC 00095503720034036000, Des. Rel. Mairan Maia, e-DJF 3 12/04/2012)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INTERESSE RECURSAL. TÍTULO DE ELEITOR. CANCELAMENTO POR ÓBITO. CONDUTA, DANO E NEXO CAUSAL PRESENTES. INDENIZAÇÃO FIXADA EM VALOR RAZOÁVEL. 1. No caso, denota-se o interesse recursal da parte autora, na medida que pleiteou na inicial o pagamento de indenização por dano moral a ser fixado em 1.000 (um mil) salários mínimos vigentes à época de seu efetivo pagamento, sendo-lhe, entretanto,

concedido uma indenização no importe de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), pela r. sentença recorrida. 2. O dano sofrido pela autora encontra-se atrelado ao cancelamento de seu título de eleitor pela “FASE 019”, ou seja, falecimento do titular, situação que lhe ocasionou problemas momentâneos de saúde, assim como lhe impediu de exercer seu direito de votar nas eleições. 3. O cancelamento da inscrição eleitoral da autora foi efetuado erroneamente, conforme reconhecido pelo próprio órgão eleitoral (documentos acostados aos autos). 4. Presentes o ato causador, o dano e o nexo causal, fica evidenciada a responsabilidade da ré para arcar com a indenização à autora. 5. O montante requerido pela autora, em seu recurso, não guarda consonância com a jurisprudência pátria que tem estabelecido valores bem mais comedidos na fixação das indenizações por dano moral. Apesar dos dissabores causados à autora, inexistente justificativa para o arbitramento de montante astronômico, mormente porque não restaram evidenciadas outras consequências advindas nem quaisquer restrições relacionadas à sua vida pessoal ou profissional. 6. Da mesma forma, considerando as peculiaridades do caso concreto, não há razão que justifique a redução do valor da indenização. 7. Destarte, deve ser mantido o valor fixado na r. sentença a título de indenização por danos morais, pois não representa quantia desprezível e tem o caráter de reprimir a prática da conduta danosa, não sendo valor irrisório e nem abusivo, a ponto de ensejar enriquecimento ilícito da autora. 8. Apelações e remessa oficial, tida por interposta, improvidas. (TRF 3, Sexta Turma, AC 00032845020024036103, Des. Rel. Consuelo Yoshida, DJU 24/05/2013).

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

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

a) condição social do ofensor e do ofendido;

b) viabilidade econômica do ofensor e do ofendido: a indenização não pode ter valoração tamanha, que inviabilize as atividades da ré, nem ser minguada a ponto de banalizar a ocorrência, sem reprimir a repetição de condutas semelhantes; o montante deve minimizar a dor da ofensa sofrida, mas não pode representar vantagem ou prêmio sobre o fato, que configure enriquecimento sem causa da parte;

c) grau de culpa

d) gravidade do dano

e) reincidência.

Vê-se que o montante fixado em sentença guarda consonância com a jurisprudência pátria que tem estabelecido valores razoáveis fixação das indenizações por dano moral, pois não representa quantia desprezível e tem o caráter de reprimir a prática da conduta danosa, não sendo valor irrisório e nem abusivo, a ponto de ensejar enriquecimento ilícito do autor.

Em face de todo o exposto, *nego provimento à apelação.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0006106-78.2012.4.03.6000

(2012.60.00.006106-3)

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 12ª REGIÃO - CRTR/MS

Apelada: PRICYLLA ALVES DA SILVA

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Classe do Processo: AMS 345737

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA. CURSO NA MODALIDADE À DISTÂNCIA. CREDENCIAMENTO E AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE INFORMAÇÃO PRÉVIA AO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO QUANTO À INSTALAÇÃO DO NOVO POLO DE ATUAÇÃO.

1. Compulsando-se os autos verifica-se que a Escola Técnica da Universidade Federal do Paraná tem credenciamento e autorização do MEC para oferecer cursos à distância, bem como também tem autorização para manter polos de Educação à Distância em outras Unidades da Federação, desde que mantidos os mesmos critérios de qualidade dos polos aprovados no Estado do Paraná, em conformidade com o Parecer do Conselho Nacional de Educação.

2. Destaque-se por outro lado, que o Conselho Nacional de Educação, no referido parecer, é expresso em ressaltar que a Escola Técnica da Universidade Federal do Paraná para atuar em outras unidades da federação, deve previamente informar o respectivo Conselho de Educação quanto à instalação do correspondente polo de atuação.

3. Conclui-se então, se o próprio órgão competente para autorizar e regulamentar a modalidade de ensino à distância determinou que referida Escola Técnica só estaria habilitada a atuar em outras unidades da federação após informar o respectivo Conselho Estadual e tal condição não foi observada, que os cursos por ela oferecidos são irregulares, não podendo a impetrante registrar-se no Conselho Regional de Técnicos em Radiologia.

3. Remessa oficial e Apelação providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de fevereiro de 2015.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em mandado de segurança, impetrado por Pricylla Alves da Silva, em face do Conselho Regional de Técnicos em Radiologia, objetivando inscrição no CRTR, com afastamento do disposto na Resolução nº 09/2008. Valor da Causa: R\$ 1.000,00 (julho/2012).

Alegou a impetrante que a autoridade administrativa lhe negou a inscrição nos seus quadros, nos termos da referida Resolução, pois o curso técnico no qual se formou, oferecido pelo Instituto Federal do Paraná, na modalidade de ensino à distância não estaria devidamente credenciado no Conselho de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, sendo sua prestação irregular e inválido o diploma expedido pela referida instituição.

Deferida a liminar, sobreveio sentença que concedeu a segurança.

Apelou o Conselho Regional de Técnicos em Radiologia, pugnando pela reforma da sentença, alegando que o curso à distância frequentado pela impetrante não está devidamente credenciado, sendo inválido o diploma expedido, não podendo dessa forma, efetuar a inscrição da impetrante em seus quadros.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pela reforma da sentença.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

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

A questão discutida restringe-se em analisar se a impetrante estaria habilitada para ser registrada no Conselho Regional de Técnicos em Radiologia.

O Conselho apelante alega que a impetrante não faz jus à inscrição, pois o curso técnico no qual se formou, oferecido pelo Instituto Federal do Paraná na modalidade ensino à distância, não estaria devidamente credenciado no Conselho de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, sendo a sua prestação irregular e inválido o diploma expedido pela referida instituição de ensino.

O exercício da profissão de Técnico em Radiologia é regulado pela Lei nº 7.394/85, com a redação dada pela Lei nº 10.508/02, que assim estabelece:

Art. 2º - São condições para o exercício da profissão de Técnico em Radiologia:

I - ser portador de certificado de conclusão do ensino médio e possuir formação profissional mínima de nível técnico em Radiologia;

II - possuir diploma de habilitação profissional, expedido por Escola Técnica de Radiologia, registrada no órgão federal.

O Artigo 4º da referida lei estabelece a regra para o reconhecimento das escolas técnicas de radiologia:

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

Com o objetivo de incentivar ensino de qualidade em regiões distantes, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) trouxe previsão acerca da prestação de ensino na modalidade à distância:

Art. 80. O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada.

§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União.

§ 2º A União regulamentará os requisitos para a realização de exames e registro de diploma relativos a cursos de educação a distância.

§ 3º As normas para produção, controle e avaliação de programas de educação a distância e a autorização para sua implementação, caberão aos respectivos sistemas de ensino, podendo haver cooperação e integração entre os diferentes sistemas.

(...)

Em conformidade com os referidos dispositivos, observa-se que para que a instituição de ensino possa oferecer cursos na modalidade de ensino à distância, é preciso que esteja devidamente credenciada, sendo esse o primeiro requisito, acrescido do disposto no artigo 2º da Lei nº 11.892/08, que criou os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia:

Art. 2º Os Institutos Federais são instituições de educação superior, básica e profissional, pluricurriculares e multicampi, especializados na oferta de educação profissional e tecnológica nas diferentes modalidades de ensino, com base na conjugação de conhecimentos técnicos e tecnológicos com as suas práticas pedagógicas, nos termos desta Lei.

[...]

§ 3º Os Institutos Federais terão autonomia para criar e extinguir cursos, nos limites de sua área de atuação territorial, bem como para registrar diplomas dos cursos por eles oferecidos, mediante autorização do seu Conselho Superior, aplicando-se, no caso da oferta de cursos a distância, a legislação específica.

Destaque-se que a “legislação específica” supra referida refere-se aos decretos, leis e portaria estabelecidas pela Secretaria de Educação a Distância do MEC.

Dentre esses normativos, destaca-se o Decreto nº 5.622/05, que regulamenta o artigo 80 da Lei nº 9.394/96, onde é prevista a necessidade de autorização pelas autoridades competentes para a implementação de curso na modalidade à distância:

Art. 18. Os cursos e programas de educação a distância criados somente poderão ser implementados para oferta após autorização dos órgãos competentes dos respectivos sistemas de ensino.

Conclui-se, portanto que é considerado irregular o funcionamento de uma instituição de educação sem autorização específica.

Nesse passo, compulsando-se os autos, verifica-se que a Escola Técnica da Universidade Federal do Paraná tem credenciamento e autorização do MEC para oferecer cursos à distância, bem como também tem autorização para manter polos de Educação à Distância em outras Unidades da Federação, desde que mantidos os mesmos critérios de qualidade dos polos aprovados no Estado do Paraná, em conformidade com o Parecer do Conselho Nacional de Educação (fls. 32/36).

Destaque-se, por outro lado, que o Conselho Nacional de Educação, no referido parecer, é expresso em ressaltar que a Escola Técnica da Universidade Federal do Paraná para atuar em

outras unidades da federação, deve previamente informar o respectivo Conselho de Educação quanto à instalação do correspondente polo de atuação (fls. 109).

Pode-se concluir então, que se o órgão competente para autorizar e regulamentar a modalidade de ensino à distância determinou que referida Escola Técnica só estaria habilitada a atuar em outras unidades da federação após informar o respectivo Conselho Estadual e tal condição não foi observada, os cursos por ela oferecidos são irregulares, não podendo a impetrante registrar-se no Conselho Regional de Técnicos em Radiologia.

Nesse sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DE 1. E 2. GRAUS. ENSINO A DISTANCIA. COMPETENCIA DOS CONSELHOS ESTADUAIS. 1. E DA COMPETENCIA DOS CONSELHOS ESTADUAIS AUTORIZAR O FUNCIONAMENTO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DE 1. E 2. GRAUS, MESMO QUE SE TRATE DE ENSINO A DISTANCIA - PROJETO EDUCA BRASIL -. 2. O CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, AO ANALISAR PROJETO PARA TAL FIM, VERIFICA DA SUA POSSIBILIDADE FORMAL, ECONOMICA E TECNICA, SEM, CONTUDO, AFASTAR A DECISÃO FINAL DOS CONSELHOS ESTADUAIS A RESPEITO DA AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO. 3. INTERPRETAÇÃO DA LEI 7.044/1982, ART. 16, EM C/C A LEI 5.692/1971. 4. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (STJ RESP nº 105563, 1ª Turma, v.u., Rel. Ministro José Delgado, DJ 17/02/1997).

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CONCLUSÃO DO 2º GRAU EM ESTABELECIMENTO NÃO RECONHECIDO PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. MATRÍCULA EM FACULDADE INDEFERIDA. ATO AMPARADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1 - O CONSELHO DE EDUCAÇÃO DE CADA ESTADO-MEMBRO TEM A FACULDADE DE, ATENDIDOS OS INTERESSES DA AUTONOMIA E PLENO DESENVOLVIMENTO DE SUA REGIÃO E AS DIRETRIZES BÁSICAS FIRMADAS PELA UNIÃO, ACATAR PROPOSTAS PEDAGÓGICAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. 2 - É AMPARADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO A NEGATIVA DE MATRÍCULA DE ALUNA EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR, QUE CONCLUIU O 2º GRAU EM INSTITUIÇÃO - DE ENSINO À DISTÂNCIA - NÃO RECONHECIDA PELO CONSELHO DE EDUCAÇÃO DO ESTADO ONDE ESTÁ LOCALIZADA A FACULDADE. (TRF 3ª Região, REO nº 183473, Terceira Turma, v.u., Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, DJ 16/09/1998).

ENSINO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO A DISTÂNCIA. REQUISITO DE SER INSTITUIÇÃO DE ENSINO PREVIAMENTE CREDENCIADA.

1. Não é ilegal a Portaria Normativa do MEC nº 2/2007 no ponto em que exige, como pressuposto para o credenciamento de curso superior a distância, que a instituição de ensino responsável seja previamente credenciada como instituição de ensino superior.

2. Apelação e remessa oficial às quais se dá provimento.

(TRF 1ª Região, AMS. nº 437953220074013400, 6ª Turma, v.u., Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, e-DJF1 31/08/2009).

Verifica-se que as referidas exigências são dirigidas aos estabelecimentos de ensino, e não ao aluno que foi admitido no curso técnico e obteve a habilitação. Portanto, evidente que não pode referida instituição de ensino deixar de ser responsabilizada pelos prejuízos causados à impetrante.

Estando comprovado que a instituição de ensino tinha a obrigação de informar ao Conselho Estadual de Educação da Unidade da Federação em que pretendia estabelecer novo curso à distância e não o fez, tem direito a impetrante a pleitear as perdas e danos decorrentes de tal descumprimento, pois não é dever do aluno ao decidir se matricular em curso, seja à distância, seja presencial, verificar se a instituição de ensino escolhida para tal cumpriu as exigências a que estava obrigada, presumindo que tais exigências tenham sido atendidas em virtude de estar o curso funcionando e sendo oferecido seja por anúncio na internet, televisão, panfletos etc.

Assim, tem direito a impetrante na via própria, o direito de pleitear a responsabilização da instituição de ensino, que deve arcar com os prejuízos causados pela inobservância das exigências as quais estava submetida.

Ante o exposto, voto por dar provimento à remessa oficial e à apelação do Conselho Regional de Técnicos em Radiologia.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0014398-43.2012.4.03.6100
(2012.61.00.014398-7)

Apelante: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.
Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE CINEMA - ANCINE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AC 1946004
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/02/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ARTIGO 18 DA LEI 12.485/2011. INCISOS V E VI DO ARTIGO 28 DA IN ANCINE 100/2012. OFERTA DE CANAL ADICIONAL DE INFORMAÇÕES JORNALÍSTICAS. PROGRAMADORA BRASILEIRA. INOVAÇÃO DA LEI EM DETRIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO PROVIDO.

1. O artigo 18 da Lei 12.485/2011 dispõe que, quando o pacote contiver canal brasileiro de conteúdo jornalístico, deve ser ofertado canal adicional, com mesmas características, no próprio pacote ou através de programação avulsa. Para tratar da matéria, foi editada, pela ANCINE, a IN 100/2012, cujo artigo 28 previu que a oferta deve ocorrer na contratação avulsa e que o canal adicional deve ser disponibilizado no próprio pacote de programação.
2. A lei estabeleceu o dever de oferta de canal adicional apenas no caso de contratação através de pacote, e não na contratação avulsa de canais, sendo ilegal, portanto, o inciso VI do artigo 28 da IN 100/2012.
3. No tocante aos pacotes com canal jornalístico de programadora brasileira, a Lei 12.485/2011 definiu que, em razão do princípio da diversidade de fontes, deve ser oferecido canal adicional, com as mesmas características, através de pacote ou contratação avulsa. A lei não previu fornecimento gratuito do canal adicional nem definiu expressamente a quem caberia exercer o direito de opção.
4. Todavia, não pode ser suprimido, como se pretende, o direito do consumidor de fazer a opção prevista na lei, e o modelo que melhor atende a tal prerrogativa é o de contratação avulsa, que permite ao assinante adquirir o segundo canal conforme seu interesse. O ato da ANCINE, ao impor o modelo de oferta no próprio pacote (inciso V do artigo 28 da IN 100/2012), suprime o direito de opção, que deve ser assegurado ao consumidor, ao tornar obrigatória a compra e o pagamento do canal adicional.
5. Embora importante o papel do órgão regulador, este deve atuar na tutela do consumidor e dos princípios reguladores da atividade, assim, no quadro descrito, cabe à ANCINE, uma vez reconhecido que a oferta de canal adicional através de contratação avulsa é a que melhor cumpre a finalidade legal, fiscalizar a acessibilidade do consumidor a canais alternativos, verificando se a oferta através de assinatura avulsa, em razão de custo excessivo ou outros fatores da contratação, não oculta uma eventual restrição à diversidade de fontes informativas, adotando procedimentos específicos para inibir condutas restritivas ao princípio legal, mas sem prejuízo do direito do consumidor de optar pelo acesso ou não ao canal alternativo, já que a lei tratou da garantia de acesso

por oferta da programação, e não da obrigatoriedade de fornecimento gratuito pela empresa ou da obrigatoriedade de sua contratação pelo consumidor.

6. Apelação provida para reconhecer a ilegalidade dos incisos V e VI do artigo 28 da IN 100/2012, da ANCINE, ficando prejudicada a medida cautelar ajuizada, devendo a ré arcar com a sucumbência, em ambos os feitos, com fixação da verba honorária de 15% sobre o valor da causa atualizado da causa.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de fevereiro de 2015.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação à sentença de improcedência de ação ajuizada para declarar ilegais os incisos V e VI do artigo 28 da Instrução Normativa 100 da ANCINE, em virtude do texto regulamentar extrapolar os termos do artigo 18 da Lei 12.485/2011, objetivando preservar a alternativa de acesso ao segundo canal jornalístico brasileiro em sede de “modalidade avulsa de programação” e manter a exigência de oferta de canal jornalístico brasileiro adicional circunscrita aos pacotes.

A sentença de improcedência considerou: (1) que “a lei garantiu ao consumidor um canal sobressalente”, e “não visou favorecer ou incrementar a lucratividade daquelas que lidam com a atividade privada de geração de conteúdo”, pois “pretende favorecer os destinatários da comunicação”, com o “acesso a outro canal com as mesmas características”; (2) que o núcleo da proteção normativa é a “garantia de informações hauridas de fontes variadas”, obstando assim onerosidade ao assinante; (3) “que a interpretação da autora, segundo a qual a instrução vedou a alternativa de compra avulsa e sob a escolha do assinante garantida pelo artigo 18, da Lei nº 12.485/2011, não a socorre, sob pena de transformar essa oferta gratuita, a qual é determinada pela própria lei, em oferta casada onerosa criada pela própria norma.”; (4) o intérprete deve levar em consideração todas as regras atinentes ao direito, sendo que, no lugar de conflito de leis, deve-se visualizar a possibilidade de coordenação sistemática das fontes; (5) que a tese da autora contraria o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, sob o argumento de que um canal jornalístico deve ser oferecido “à la carte” para cumprimento da Lei 11.485/2011, aumentando o valor mensal do tomador de serviço; (6) “que o conteúdo da Lei nº 12.485/11 e dos incisos V e VI da Instrução Normativa nº 100 da ANCINE é o mesmo: a empacotadora deve oferecer pelo menos mais de um canal; esta oferta pode se dar no próprio pacote ou na modalidade avulsa (à la carte); tanto em um caso, como no outro, esta oferta deve ser gratuita.”. Condenou a autora em custas e verba honorária de R\$ 9.595,29 (nove mil, quinhentos e noventa e cinco reais e vinte e nove centavos).

Apelou a autora, alegando que: (1) a IN 100, da ANCINE, viola o artigo 18 da Lei 12.485/2011, tratando-se de regulamentação *contra legem*; (2) a ANCINE retirou das empa-

cotadoras a opção legal de ofertar o canal adicional de conteúdo jornalístico na modalidade “avulsa” de programação, e impôs obrigação de ofertar canal jornalístico brasileiro adicional avulso, quando a lei estabelece a obrigação somente através de pacote; (3) o canal jornalístico extra não é de fornecimento compulsório nem deve ser custeado pela empacotadora; (4) a imposição da presença do canal jornalístico brasileiro adicional em todos os pacotes da SKY geraria custo adicional indissociável, a ser suportado em última análise pelo consumidor, com sensível prejuízo aos que não desejam tal canal; e (5) que há ofensa à liberdade contratual no exercício de atividade econômica lícita, assegurada pelo artigo 170 da Constituição Federal.

Com contrarrazões subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

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

Senhores Desembargadores, a matéria discutida nesta apelação foi, anteriormente, objeto do AI 2012.03.00.025314-5, em que concedida antecipação de tutela à autora, nos seguintes termos (f. 113/8):

No caso, a questão tratada nos autos refere-se à existência de eventual inovação à ordem jurídica contida nos incisos V e VI do artigo 28 da IN ANCINE 100/2012:

“Art. 28. São obrigações da empacotadora: V - garantir, nos pacotes em que houver canal jornalístico brasileiro, que seja ofertado pelo menos mais um canal de programação com as mesmas características no mesmo pacote; VI - garantir que, quando um canal jornalístico brasileiro for ofertado para ser adquirido como canal avulso de programação, seja ofertado ao menos mais um canal avulso de programação com as mesmas características.”

Os limites do poder regulamentar, no caso, encontram-se no artigo 18 da Lei 12.485/2011, tendo sido a IN editada para operacionalizar tal preceito:

“Art. 18. Nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação, observado o disposto no § 4º do art. 19.”

Como se observa, o artigo 18, de fato, conferiu alternativa às empacotadoras de ofertar ao assinante no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação “canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre”. O que fez, então, a IN foi extinguir a alternativa e torná-la impositiva para determinar que o canal seja ofertado apenas em pacote (sem opção da modalidade avulsa), alterando, assim, o comando regulamentado.

A Lei 12.485/2011 não tem por objetivo, ao que se verifica nesta cognição sumária, aumentar o número de canais contidos em pacote, por suposta ofensa a direitos do consumidor pela relação entre canais adquiridos e lucratividade das empresas, mas, conforme se pode aferir, estimular a produção de conteúdo audiovisual brasileiro por produtoras nacionais, através de normas protecionistas, fixando o mínimo de conteúdo brasileiro e material produzido por produtoras brasileiras na programação.

Neste sentido, o “Capítulo V” dispõe sobre conteúdo brasileiro mínimo a ser ofertado aos assinantes pelas programadoras e distribuidoras, em conformidade com a finalidade dessa Lei: “Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço

qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente.

Art. 17. Em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes no pacote, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado.

§ 1º Da parcela mínima de canais brasileiros de espaço qualificado de que trata o *caput*, pelo menos 1/3 (um terço) deverá ser programado por programadora brasileira independente.

[...]

§ 4º Dos canais brasileiros de espaço qualificado a serem veiculados nos pacotes, ao menos 2 (dois) canais deverão veicular, no mínimo, 12 (doze) horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, 3 (três) das quais em horário nobre.

[...]

Art. 18. Nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação, observado o disposto no § 4º, do art. 19.

Parágrafo único. As programadoras dos canais de que trata o *caput* deste artigo não poderão deter relação de controle ou coligação entre si.

Art. 19. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 16 e 17, serão desconsiderados: (Vigência)

I - os canais de programação de distribuição obrigatória de que trata o art. 32, ainda que veiculados em localidade distinta daquela em que é distribuído o pacote;

II - os canais de programação que retransmitirem canais de geradoras detentoras de outorga de radiodifusão de sons e imagens em qualquer localidade;

III - os canais de programação operados sob a responsabilidade do poder público;

IV - os canais de programação cuja grade de programação não tenha passado por qualquer modificação para se adaptar ao público brasileiro, incluindo legendagem, dublagem para língua portuguesa ou publicidade específica para o mercado brasileiro;

V - os canais de programação dedicados precipuamente à veiculação de conteúdos de cunho erótico;

VI - os canais ofertados na modalidade avulsa de programação;

VII - os canais de programação ofertados em modalidade avulsa de conteúdo programado.

§ 1º Para os canais de que trata o inciso VI, aplica-se o disposto no art. 16.

§ 2º Na oferta dos canais de que trata o inciso VII, no mínimo 10% (dez por cento) dos conteúdos ofertados que integrarem espaço qualificado deverão ser brasileiros.

[...]

Art. 25. Os programadores não poderão ofertar canais que contenham publicidade de serviços e produtos em língua portuguesa, legendada em português ou de qualquer forma direcionada ao público brasileiro, com veiculação contratada no exterior, senão por meio de agência de publicidade nacional.”

Assim, o artigo 18 não parece dirigida a fixar, através de pacotes de programação, o mínimo de dois canais gerados por programadora brasileira de conteúdo jornalístico, mas focada no propósito de estimular, concomitantemente, a diversidade de fontes de informação, a promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira, e incrementar o desenvolvimento social e econômico do País, e promover a “defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado”, conforme os princípios contidos no artigo 3º do mesmo diploma.

A interpretação no sentido de que a legislação teve por objetivo determinar que os pacotes de programação contenham apenas mais canais, e que tal acréscimo seja fornecido gratuitamente revela-se contrastante com princípios da ordem econômica, tratados no mesmo dispositivo, relacionados à liberdade de iniciativa e a mínima intervenção da administração pública.

O legislador, por certo, tratou da oferta gratuita de canais de programação a assinantes, porém o fez no artigo 32. Ainda que o objetivo do artigo 18 fosse corrigir alguma distorção

decorrente da relação canais adquiridos pelo assinante/lucratividade das empresas, parece razoável concluir que a atuação corretiva da proposta não haveria de limitar-se a acréscimo de canal de conteúdo apenas jornalístico gerado por produtoras brasileiras.

Ademais, o artigo 18 da Lei 12.485/2011 é claro ao afirmar que a razão do dever de ofertar um canal adicional de conteúdo jornalístico decorre da existência de canal com o mesmo conteúdo em pacote de programação, não sendo, porém, ampliada a imposição de tal obrigação à hipótese de canal de conteúdo jornalístico gerado por programadora brasileira na modalidade avulsa, constando, ao contrário, expressamente da parte final do preceito legal que, no respectivo cumprimento, seja “observado o disposto no § 4º do art. 19”, que dispõe que “para efeito do cumprimento do disposto no art. 18, serão desconsiderados os canais de que tratam os incisos III, IV, V e VII do *caput* deste artigo [19]”.

O inciso VII do artigo 19 dispõe sobre “os canais de programação ofertados em modalidade avulsa de conteúdo programado”. Vale dizer, o inciso VI do artigo 28 da IN ANCINE 100/2012, ao “garantir que, quando um canal jornalístico brasileiro for ofertado para ser adquirido como canal avulso de programação, seja ofertado ao menos mais um canal avulso de programação com as mesmas características”, não apenas inovou a ordem jurídica, como o fez de forma substancialmente gravosa com disposição de conteúdo contrário ao que estabeleceu o legislador, criando obrigação, sem base legal, no tocante à situação de canal jornalístico avulso.

Quanto ao *periculum in mora*, verifica-se a possibilidade de dano irreparável ante as sanções para descumprimento contidas na IN (publicada em 30/05/2012), dentro do prazo de noventa dias da publicação desse ato (“as empacotadoras terão até 90 (noventa) dias, contados da publicação desta IN, para adequar seus pacotes e seus sítios na rede mundial de computadores ao disposto nesta IN”), a se expirar, portanto, em 30/08/2012, embora possa se notar divergência com o prazo previsto na Lei 12.485/2011, publicado em 13/09/2011 (artigo 37, § 4º: “O disposto nos arts. 16 a 18 desta Lei será aplicado a partir de 180 [cento e oitenta] dias da data de vigência desta Lei a todas as empresas que exerçam atividades de programação ou empacotamento[...];” artigo 40, *caput*: “[...]o art. 18 passa a vigor 1 (um) ano após a promulgação desta Lei[...]).

Ante o exposto, concedo a medida postulada, afastando a aplicação dos incisos V e VI do artigo 28 da IN ANCINE 100/2012, sem prejuízo do pleno e regular cumprimento das disposições do artigo 18 da Lei 12.485/2011.

O recurso perdeu objeto em razão da sentença proferida.

A autora ajuizou, então, a MC 0020426-57.2013.4.03.0000, na qual concedida liminar para atribuir efeito suspensivo à apelação, adotando as razões anteriormente expendidas no agravo de instrumento.

A sentença considerou que a lei garantiu um canal sobressalente e, “por obviedade ululante”, para favorecer os destinatários da comunicação, e não para incrementar a lucratividade das empresas, daí, então, extraiu a conclusão de que o canal deve ser ofertado gratuitamente, sem qualquer majoração no valor do serviço prestado. Afirmou que não haveria lógica na lei em garantir pluralidade de informações com onerosidade ao consumidor, ou seja, que a diversidade das fontes, através de dois canais jornalísticos, exige oferta gratuita, pois, em caso contrário, seria autorizada oferta casada onerosa, violando os artigos 220 da CF, 4º do CDC. A interpretação pretendida inverteria a finalidade da lei, uma vez que o acesso ao segundo canal jornalístico seria impedido ou efetuado com oneração ao consumidor e lucratividade das empresas, quando é certo que a interpretação possível é a de que o consumidor tem sempre direito a um segundo canal, seja no pacote, seja na programação avulsa, em ambos os casos de forma gratuita.

Toda a controvérsia gira em torno da interpretação da Lei 12.485, de 12/09/2011, que assim dispõe no preceito discutido nesta ação:

Art. 18. Nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação, observado o disposto no § 4º do art. 19. Parágrafo único. As programadoras dos canais de que trata o *caput* deste artigo não poderão deter relação de controle ou coligação entre si.

A análise do texto legal revela que o tratamento normativo dirigiu-se aos *pacotes* de programação e, especificamente, àqueles *com programação jornalística* fornecida por canal brasileiro, determinando seja fornecido outro canal com mesmas características *dentro do próprio pacote ou na modalidade avulsa de programação*. A norma tratou de obrigação de fornecer outro canal, por duas formas alternativas, no próprio pacote “ou” de forma avulsa.

A lei não falou em prestação gratuita do serviço ou em canal a ser fornecido gratuitamente, salvo nos casos do artigo 32 da Lei 12.485/2011, que não inclui a hipótese de canal jornalístico brasileiro adicional, não cabendo ao Executivo, na regulamentação ou normatização da lei, ou ao intérprete, na sua aplicação, ampliar exceções legais para criar dever não previsto na lei, gerando alteração da relação contratual apta a produzir ônus a todos os consumidores, em especial para os que escolheram certo pacote em razão do custo específico e de sua adequação ao respectivo interesse informativo ou de lazer.

A lei tratou do dever de fornecer canal alternativo (programação jornalística por empresa brasileira) ao consumidor e fixou forma alternativa de cumprimento do dever (no mesmo pacote ou na programação avulsa), mas sem indicar, especificamente, quem deveria exercer tal opção, embora seja inequívoco que a proteção do consumidor esteja em evidência na disciplina da prestação do serviço, assim deve ser assegurado o modelo de fornecimento que melhor cumpra a função protetiva da legislação sem atentar contra os princípios norteadores da prestação do serviço.

Tanto a sentença como a ANCINE invocam a validade da atuação normativa da Administração, considerando a intenção do legislador, sobretudo em face do princípio da diversidade das fontes de informação.

O princípio é inegável, porém o mesmo legislador, que o instituiu, tem, reconhecidamente, a atribuição constitucional de fixar a dosagem ou forma de acesso a fontes alternativas de informações jornalísticas. Não cabe, a partir da definição legal, a substituição normativa do legislador por órgão do Executivo ou do Judiciário.

Caso a lei tenha sido insuficiente ou tenha incorrido em violação de norma constitucional - lembrando que dificilmente poderia resultar do artigo 220 da Constituição Federal o dever de fornecer gratuitamente canal alternativo de informações jornalísticas -, cabível seria a declaração de inconstitucionalidade, e não a aplicação de conteúdo normativo não contido ou diverso do contido na norma legislada.

Cabe destacar que a regulamentação de lei é atribuição exclusiva do Chefe do Poder Executivo, de modo que as agências reguladoras podem apenas tratar da disciplina das matérias, que lhe são afetas, em nível normativo muito específico, observando não apenas a lei como eventual decreto executivo, não podendo criar ou inovar em relação a quaisquer dos atos superiores na hierarquia normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, verificou-se que a ANCINE editou a IN 100/2012, assim dispondo, no que releva ao exame do caso concreto:

Art. 28. São obrigações da empacotadora: V - garantir, nos pacotes em que houver canal jornalístico brasileiro, que seja ofertado pelo menos mais um canal de programação com as mesmas características no mesmo pacote; VI - garantir que, quando um canal jornalístico brasileiro for ofertado para ser adquirido como canal avulso de programação, seja ofertado ao menos mais um canal avulso de programação com as mesmas características.

A intenção ou vontade do legislador, embora possam ser utilizadas para interpretar norma, não podem servir para modificar seu conteúdo normativo, sobretudo se disso resultar obrigação ou dever sem previsão na própria norma.

A premissa de que a lei impôs o dever de fornecimento gratuito de canal alternativo (programação jornalística gerada por empresa brasileira) é que macula toda a interpretação adotada pela sentença, pois a partir disso se imaginou que a oferta poderia ser feita com supressão do direito de opção previsto na lei, em favor do mais amplo acesso à garantia da diversidade de fontes informativas.

A lei não indicou a quem caberia exercer o direito de opção, de que se tratou no artigo 18, no tocante à oferta de canal adicional, através de pacote ou de programação avulsa. A ANCINE decidiu, então, que poderia fixar, através de instrução normativa, a alternativa pela oferta de canal adicional dentro do próprio pacote; enquanto que a autora exerceu a opção, no sentido de oferecer o produto através de programação avulsa.

O artigo 18 da Lei 12.485/2011 não prevê gratuidade na oferta do segundo canal de informações jornalísticas, e a onerosidade de tal fornecimento não é excluída pelo artigo 32, que elenca os canais obrigatoriamente gratuitos da programação. O custo do canal adicional pode ser obrigatório ou facultativo, caso se adote uma ou outra das opções legalmente previstas.

Com efeito, se o canal adicional de informações jornalísticas for oferecido no próprio pacote, com o direito de opção exercido pela ANCINE, nos termos do artigo 28, V, da IN 100/2012, o consumidor inevitavelmente arcará com o custo respectivo, ainda que não desejasse o segundo canal, pois o “pacote” estaria obrigatoriamente fechado com a “opção” determinada pela ANCINE.

No sentido contrário, se o canal adicional for oferecido, através de programação avulsa, o “pacote” originário não terá custo acrescido pelo segundo canal de informações jornalísticas, mas o consumidor poderá optar por adquiri-lo através de compra “à la carte”. Neste caso, é o consumidor quem exerce o direito de opção, não a ANCINE ou a empresa.

Para proteger o direito de opção do consumidor, a ANCINE deve fiscalizar a efetiva acessibilidade não apenas ao segundo, mas a todos os canais alternativos de informações jornalísticas, verificando, eficientemente, se a oferta por assinatura avulsa, em razão de custo excessivo ou de qualquer outro fator da contratação, não oculta eventual restrição à diversidade de fontes de informação, adotando procedimentos específicos para inibir condutas restritivas ao princípio legal, mas sem prejuízo do direito do consumidor de optar pelo acesso ou não ao canal alternativo, pois a lei tratou exclusivamente da garantia de acesso por oferta da programação, e não da obrigatoriedade de fornecimento gratuito pela empresa ou da obrigatoriedade de sua contratação pelo consumidor.

Não se justifica, porém, que o órgão regulador exerça o direito de opção que a lei confere, certamente, ao próprio consumidor, suprimindo o direito do próprio interessado de escolher se deseja ou não um canal adicional e, ainda, impondo-lhe a obrigação de contratar e pagar pelo serviço em razão da vontade do órgão regulador, ainda que baseada na intenção de ampliar e diversificar as fontes de informações jornalísticas.

Penso que a lei propositadamente resguardou o direito de opção em favor do consumidor. Assim, cabe à empresa adotar medidas técnicas, comerciais e econômicas, que organizem a efetiva oferta do canal adicional de informações jornalísticas, permitindo que o consumidor exerça livremente o direito de opção para assinar ou não a contratação do serviço. Por fim, mas não menos importante, cabe à ANCINE fiscalizar a forma de oferta, com os custos respectivos, para garantir acessibilidade ao segundo canal, em atenção ao princípio da diversidade de fontes informativas, coibindo práticas comerciais restritivas, mas não o direito de opção e a liberdade de contratar do consumidor.

A presente controvérsia envolve, portanto, a definição do critério a ser aplicado para a respectiva solução, sendo duas as possibilidades aventadas nos autos: a primeira parte da premissa de que o Estado, através de órgão executivo, tem prerrogativa de impor ao consumidor a compra de canal adicional de informação jornalística, em nome da diversidade das fontes - aqui, cabendo destacar que se trata efetivamente de compra, pois a oferta obrigatória e gratuita, segundo previsão expressa do artigo 32 da Lei 12.485/2011, não atinge o caso dos autos -; já a segunda considera que a liberdade e autonomia da vontade contratual do consumidor existem e devem ser preservadas, permitindo-lhe exercer direito de escolha entre contratar ou não, entre pagar ou não por um canal adicional de informação jornalística.

O direito de escolha do consumidor foi o que, a meu sentir, definiu a atuação do legislador que, por certo, confiou e prestigiou o direito do assinante de escolher as fontes de informação, não podendo o Estado obrigá-lo a pagar por serviço que não lhe interessa por razão que seja, ainda que, como princípio, haja relevância e interesse público na diversidade das fontes informativas, enquanto princípio a ser assegurado pelo Estado, porém por meios que não afetem o direito do consumidor de escolher a fonte de informação que deseja acessar ou adquirir na assinatura de seu contrato de prestação de serviços.

As empresas buscam, certamente, oferecer pacotes mais acessíveis em termos de custos ao consumidor e, assim, diante da alternativa legal, ofertam o canal adicional de informação jornalística em contratação avulsa. Por sua vez, o consumidor tem opção de escolha entre pacote com apenas um canal jornalístico a certo custo, e pacote econômico com a contratação avulsa de um segundo canal jornalístico, em conformidade com o seu interesse, inclusive econômico.

A oferta de canal adicional através de programação avulsa, a ser ou não contratada conforme o interesse do assinante, tem amparo no artigo 18 da Lei 12.485, de 12/09/2011, que prevê direito de opção, revelando-se a mais eficiente e legítima na preservação do direito do consumidor de ter assegurado o acesso a fontes alternativas de informações jornalísticas, sem sujeitar-se a imposição, seja do Estado, seja da empresa prestadora do serviço, de contratar ou pagar por um serviço que não seja de seu interesse, por razões econômicas ou de qualquer outra natureza.

É ilegal, ainda, o ato da ANCINE, ao prever que a oferta de canal adicional seja obrigatória também no sistema avulso, fora do sistema de venda por pacote (inciso VI do artigo 28 da IN 100/2012). Com efeito, assim se verifica porque o artigo 18 da lei 12.485/2011 foi claro ao prever que tal fornecimento é aplicável no caso específico de “pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos em horário nobre”.

A distinção é fundamental, pois embora a oferta possa ser efetuada, nos termos expressos da lei, de forma alternativa, através do próprio pacote ou programação avulsa, o dever de fornecimento do canal adicional tem origem ou decorre da compra e venda de pacotes de programação, nos quais conste canal jornalístico brasileiro, e não da compra e venda de programação avulsa.

Enfim, a ANCINE, ao editar a IN 100/2012, incorreu em violação ao artigo 18 da Lei 12.485/2011, extrapolando no que lhe cabia normatizar, seja ao prever o dever de oferta de canal adicional fora da hipótese de compra e venda de pacotes de programação (inciso VI do artigo 28 da IN 100/2012); seja, ao suprimir a alternatividade de meios para oferta do canal adicional, no caso de compra e venda de pacotes, consideradas as duas opções legais, para impor às empresas o dever de fornecimento de canal adicional através do pacote, solução esta que, em suma, inviabiliza o exercício do direito de opção pelo consumidor e assinante do serviço, resultando em imposição por órgão regulador de dever tanto à empresa como ao consumidor, porém sem fundamento em lei.

Em consequência, o recurso da autora deve ser provido, devendo a ação ser julgada procedente, em virtude da flagrante ilegalidade dos incisos V e VI do artigo 28 da Instrução Normativa nº 100, da ANCINE.

Em razão do presente julgamento de mérito, fica prejudicada a medida cautelar em apenso, devendo a ré arcar com custas processuais e verba honorária, em ambos os feitos, fixada esta, conjuntamente pelos dois feitos, em 15% sobre o valor da causa atualizado, nos termos do artigo 20, § 4º, CPC.

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

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES:

Trata-se de apelação tirada por SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA. - de sentença que, em autos de ação ordinária aforada pela recorrente contra a União Federal, julgou improcedente o pedido, vazado no sentido de declararem-se ilegais e inválidos os incisos V e VI do artigo 28 da Instrução Normativa nº 100 da ANCINE, sob o argumento de que tais preceitos ofenderiam o artigo 18 da Lei nº 12.485/2011, resguardando-se-lhe, em consequência, a possibilidade de ofertar segundo canal jornalístico de modo avulso, e não dentro do mesmo pacote já contratado, ficando a obrigação legal de disponibilização de canal adicional circunscrita ao âmbito dos pacotes televisivos.

Submetido o recurso a julgamento na sessão de 31/7 p.p., o eminente Relator deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo MM. Juiz Federal Convocado Ciro Brandani, oportunidade em que pedimos vista dos autos para melhor nos assenhorearmos da matéria em debate, e, agora, apresentamos nosso voto.

Como se pode haurir do historiado, o que está em causa nestes autos é a higidez jurídica de normas infralegais, precisamente os incisos V e VI do artigo 28 da Instrução Normativa nº 100 da Agência Nacional de Cinema - ANCINE, que se propuseram à regulamentação do artigo 18 da Lei nº 12.485/2011.

A temática é polêmica e reveste-se de expressiva força paradigmática, pois que, em termos práticos, a normatividade em testilha retiraria das denominadas “empacotadoras” de canais uma alternativa quanto ao atendimento da obrigação legal de disponibilização de canal adicional de conteúdo jornalístico, de molde a impor tal oferecimento apenas por meio do mesmo pacote já disponibilizado ao consumidor, subtraindo a possibilidade de oferta através de programação avulsa.

Postas essas balizas, curial, em primeiro lance, perfilar os fundamentos lançados pela sentença recorrida e os empregados pela ilustrada relatoria, à melhor compreensão do assunto.

Quando da prolação da sentença recorrida, a MM. Juíza *a quo* houve por bem julgar improcedente o pedido, aduzindo, em síntese, que existe compatibilidade lógica entre os dispositivos epigrafados, na medida em que a proteção normativa gravita em torno do oferecimento da garantia de informações hauridas de fontes variadas, obstando maior onerosidade ao assinante ou mesmo a imposição de “venda casada” fundada na própria norma, ao arrepio dos artigos 4º do Código de Defesa do Consumidor e 220 da Constituição Federal de 1988.

De seu lado, o ilustre Relator argumenta que a IN 100/2012, no afã de disciplinar a Lei nº 12.485/2011, exorbitou seu poder regulamentar, ao prever o dever de oferta de canal adicional fora do sistema de venda por pacote; bem assim ao suprimir alternativa de meio para disponibilização de canal sobressalente, determinando sua oferta apenas no âmbito do pacote já contratado, infirmando a possibilidade de oferecimento na forma avulsa, como assegurado no diploma legal.

De nossa parte, concordamos com Sua Excelência, no que diz com o deslinde da causa.

Primeiramente, ao desate da presente espécie urge fazer referência à Lei nº 12.485/2011, conhecida, no mercado, como a “nova Lei da TV Paga” e disciplinadora da negociação de produção e distribuição de conteúdo audiovisual por empresas produtoras e programadores no Brasil. É corrente que referido diploma foi editado ao fito de democratizar e instigar novel dinâmica para produção e circulação de conteúdos audiovisuais produzidos no Brasil, de maneira a, sobretudo, incrementar, na população, a acessibilidade aos referidos teores.

Dentre os preceitos inscritos na aludida normatividade, aflora de importância o contido em seu artigo 18, que, de seu turno, impõe às empresas empacotadoras oficiais no mercado de serviço de televisão por assinatura o dever de disponibilização - *em pacotes com canal de programação dotado majoritariamente de conteúdos jornalísticos* - de, quando menos, um segundo canal jornalístico “*com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação*”.

Confirmam-se os dizeres legais:

nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação, observado o disposto no § 4º do art. 19.

Bem é de se ver que a aludida prescrição foi objeto de regulação por meio da ANCINE, por intermédio de uma norma secundária - IN nº 100/2012 - ora objurgada pela ora demandante e cujos tópicos pertinentes seguem transplantados:

Art. 28. São obrigações da empacotadora:

(...)

V - garantir, nos pacotes em que houver canal jornalístico brasileiro, que seja ofertado pelo menos mais um canal de programação com as mesmas características no mesmo pacote;

VI - garantir que quando um canal jornalístico brasileiro for ofertado para ser adquirido como canal avulso de programação, seja ofertado ao menos mais um canal avulso de programação com as mesmas características.

Singrando a linha de raciocínio esgrimada pela douta relatoria, *mero cotejo de nor-*

matividades basta a ver-se que as normas infralegais desbordaram dos textuais lindes do diploma legal em referência.

Note-se, pois: a Instrução Normativa em questão elasteceu um dever legal imposto às empresas atuantes no mercado de serviço de televisão por assinatura. Ora, à luz dos expressos termos da lei, *apenas em se tratando de pacotes* em que houvesse canal de programação majoritariamente com conteúdos jornalísticos no horário nobre, *é que afloraria o dever da empresa de colocar-se à disposição um canal adicional de programação*. E, ao que se nos afigura, o ato normativo secundário estendeu essa obrigação também *ao âmbito dos canais avulsos de programação* - e igualmente nesta seara passou-se a exigir a disponibilização de canal com os mesmos caracteres. *Insista-se que pelos expressos termos legais essa exigência aplicar-se-ia especificamente à esfera dos pacotes*, como bem adverte a ilustrada relatoria.

Há mais: no exercício de sua função disciplinadora, a Instrução Normativa em questão acaba por impor a *forma* por meio da qual há de ser efetivada a oferta desse canal adicional de programação no universo dos pacotes: *ou seja, no mesmo pacote*. Essa disposição parece-nos ofensiva à própria literalidade da lei, *em que textualmente se permite a disponibilização desse segundo canal tanto dentro do mesmo pacote como de forma avulsa*.

Nessa conformidade, também estamos em que a Instrução Normativa desbordou dos precisos termos da legislação a que tencionou regular, inserindo verdadeira novidade à ordem positiva.

Obviamente que não se descarta, aqui, competir à ANCINE o fomento, a regulação e a fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. Como agência reguladora que é, efetivamente lhe tange ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos objeto de concessão, permissão e autorização, em ordem a resguardar funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produtor como, precipuamente, para o consumidor/usuário.

Entretanto, o que no caso vertente parece subir à cena é justamente o trespasse pela Instrução Normativa de sua função precípua, tal seja, regulamentar o comando contido no art. 18 da Lei nº 12.485/2011, de sorte a propiciar seu fiel cumprimento.

A nosso juízo, cumpriria, sim, à ANCINE centrar-se à disciplina, à interpretação do texto legal em cuja esteira foi o ato editado, na justa medida a permitir-lhe a estrita observância. Deveras, por força do princípio constitucional da legalidade, finca-se a vedação a que atos inferiores inovem indevidamente o ordenamento jurídico, daí resultando translúcido que as determinações normativas advindas da agência de caráter regulatório hão de cifrar-se a aspectos estritamente técnicos, sem contraporem-se à legislação de regência da matéria (v. g., Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2006, p-172).

Não se concebe efetivamente que nesse mister termine a ANCINE por legislar, e assim criar novas obrigações ao administrado, metamorfoseando expresso comando contido na lei. Tanto mais no caso sob enfoque, em que o próprio diploma cuidou em fornecer todos os critérios necessários à operacionalização de uma obrigação lá estabelecida, não carecendo sua aplicabilidade de regulamentação alguma.

Não de hoje, a jurisprudência vem proclamando a ilegalidade de instruções normativas, quando extrapolado o poder meramente regulamentar que lhes é imanente. Para colorir o pensamento, tragam-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. NATUREZA TRIBUTÁVEL DAS VERBAS. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE. BENEFÍCIO FISCAL. ANISTIA. DECRETO-LEI 2.303/86. INEXISTÊN-

CIA DE PRAZO LEGAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA 139/86. ILEGALIDADE.

(...)

2. Instrução normativa é ato administrativo realizado nos limites do Poder Regulamentar conferido à Administração Pública. Como tal, não possui força normativa para instituir, restringir ou extinguir direitos. Deve atender ao princípio da legalidade estatuído no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

3. A doutrina e a jurisprudência possuem entendimento firme no sentido de que não cabe aos atos normativos infralegais estabelecerem restrição ao exercício de direitos conferidos por lei. Nesse sentido, REsp 665880/RS; Rel. at. r. Min. Luiz Fux, DJ 13/03/2006, p. 199.

4. O Decreto-Lei 2.303/86 possui força normativa de lei ordinária. Ao conceder o benefício fiscal, não estabeleceu qualquer restrição com relação ao prazo da entrega da declaração do contribuinte. A Instrução Normativa 139/86, ao limitar no tempo o exercício do direito concedido pelo referido Decreto-Lei, extrapolou seu papel regulamentar, ofendendo o princípio da legalidade.

5. Apelação a que se dá parcial provimento.

(TRF-1ª Região, AC nº 199801000584888, OITAVA TURMA, Rel. at. r. JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDAO, v. u., j. 30/3/2007 DJ 27/4/2007, p. 162).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS COLIGADAS OU CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO DOS RESULTADOS POSITIVOS DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL DE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR. CTN, ART. 43, *CAPUT* E § 2º INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 213/2002, ART. 7º, § 1º ILEGALIDADE. PRECEDENTES. APELO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

(...)

II. Ao regulamentar o art. 74 da MP 2158, a Instrução Normativa nº 213/2002 desbordou de sua função ancilar à lei ao exigir que o resultado positivo de investimento em empresa controlada ou coligada avaliado pelo método da equivalência patrimonial seja considerado para a determinação da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

(...)

VI. Apelação provida.

(TRF-3ª Região, AMS nº 285481, QUARTA TURMA, Rel. at. ra Desemb. Federal SALETTE NASCIMENTO, j. 11/12/2008, DJF3 28/7/2009, p. 405).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. CTN, ART. 170. LEI 8383, ART. 66, RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA IN Nº 67/92. ILEGALIDADE.

1 - A divergência no julgamento embargado disse respeito à legalidade ou não das disposições contidas na Instrução Normativa nº 67/92 da Secretaria da Receita Federal, especificamente em seus artigos 4º e 5º.

2 - A IN nº 67/92 realmente desbordou de sua função ancilar, ou seja, de mera regulamentação do art. 66 da Lei 8383/91, de forma a permitir seu adequado cumprimento. Foi além, estabelecendo exigências de cunho nitidamente restritivo, seja no que tange aos tributos passíveis de compensação, seja quanto à data a ser considerada para a realização desse procedimento, sem que tais restrições encontrassem amparo no Diploma Legal acima referido. Extrapolou, dessarte, seu âmbito de atuação, incidindo, com isso, em inarredável ilegalidade.

3 - A questão posta a desate, a bem da verdade, já não encontra discepção, visto que a jurisprudência, de forma praticamente uníssona, reconhece a invalidade da IN nº 67/92 (cf precedentes REO 2000.03.99.032343-0, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta e MS 95.03.062803-2, Rel. Des. Fed. Américo Lacombe).

4 - Embargos infringentes conhecidos mas desprovidos, para manter o v. acórdão, tal como

prolatado, negando provimento à remessa oficial, de forma a reconhecer o direito de o contribuinte realizar a compensação dos valores indevidamente a título de FINSOCIAL, com contribuições de mesma natureza, sem observância das restrições contidas nos artigos 4º e 5º da IN nº 67/92. Resta mantido, ainda, o decreto de sucumbência recíproca.

(TRF3, EIREO nº 249355, SEGUNDA SEÇÃO, Rel ato r Desemb. Federal LAZARANO NETO, j. 18/09/2007, DJU 19/10/2007, p. 478).

Tal o cenário, resulta verdadeiramente plausível a ocorrência, *in casu*, de ofensa ao princípio da reserva da lei formal, dado que, como já sinalizado, a modificação empreendida trará repercussão adversa ao que se vislumbrava do texto legal primitivo.

Dando-se esse enfoque à questão *sub judice*, sobressai que a insurgente deve ficar dispensada de aplicar os incisos V e VI do artigo 28 da IN 100/12, remanescendo, entretanto, a obrigatoriedade de oferecer o segundo canal jornalístico, obtemperados os precisos termos legais.

Do expendido, acompanho o voto do eminente Relator e dou provimento ao apelo, nos termos acima alinhavados.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0000500-56.2014.4.03.0000

(2014.03.00.000500-6)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravados: PAULO MARQUES DA FONSECA E ADELICIO APARECIDO MARTINS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: AI 522850

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/04/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. INDÍCIOS DE IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE. PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DO RISCO DE DANO (*PERICULUM IN MORA*), QUE SE PRESUME. PREVISÃO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- A indisponibilidade de bens é medida prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e prescinde da comprovação do risco de dano (*periculum in mora*), que se presume, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, desde que evidenciada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*).

- A imputação de ato de improbidade administrativa decorre das supostas condutas consistentes em ilegalidade na aplicação de verbas do Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE, procedimentos de licitação em desacordo com a legislação - Contratações ilegais, fracionamento do objeto da licitação, adoção de modalidade de licitação diversa da prevista em lei, não cumprimento da obrigatoriedade de adjudicação de objeto por item, homologação de licitação na modalidade convite com apenas uma ou duas propostas válidas, indicação de marca de produto em licitação, valor da nota fiscal em desacordo com o valor contratado, celebração indevida de contratos com prazo de vigência indeterminado, descumprimento de obrigações em relação ao Conselho de Alimentação Escolar, inexistência/ineficiência de controle de estoque e de distribuição de alimentos para a merenda escolar, falta de aplicação no mercado financeiro de verbas federais enquanto não utilizados em sua finalidade do Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE, ilegalidades referentes às verbas federais para apoio ao transporte escolar na educação básica-PNATE, dispensa indevida de licitação, ilegalidades envolvendo aquisição de bens e prestação de serviços, ilegalidades concernentes à aplicação das verbas destinadas à saúde, irregularidade na execução do contrato, não disponibilização de nota fiscal e comprovante de pagamento, irregularidades no programa de atenção básica em saúde, ausência do ato formal de dispensa de licitação, ausência da realização de pesquisa de preços, falta de atesto de recebimento de mercadorias, notas fiscais sem a identificação da origem dos recursos, contratação de agentes comunitários de saúde (médica e dentista do PSF) em desacordo com a legislação vigente, ausência de pesquisa de preços para aquisição dos itens previstos nos convênios nº 2315/2006 e 2316/06, adquiridos por meio do pregão presencial nº 01/2007 (art. 43, inciso IV, da Lei de Licitação), ausência de controle efetivo de estoque de medicamentos, falta de aporte de contrapartida míni-

ma em relação ao convênio nº 029/2008-MI, não devolução do saldo remanescente dos recursos financeiros e dos respectivos rendimentos provenientes de aplicação financeira, contratação de empresa impedida de contratar com o Poder Público, não formalização dos processos de dispensa de licitação, em descumprimento do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 e realização de despesas sem a correspondente documentação comprobatória, relativamente ao serviço de apoio à gestão descentralizada do Programa Bolsa Família, documentação comprobatória das despesas realizadas com recursos do Programa Proteção Social Básica sem identificação da origem, utilização de recursos do PBT infância em atividades sem especificidade no tocante à infância e irregularidades na aplicação das verbas federais destinadas à habitação.

- Observa-se que a inicial aponta indícios da existência do ato de improbidade. Além disso, constata-se que o Ministério Público Federal diligenciou no sentido de promover a clareza da acusação e coligir elementos que a embasem, notadamente a apuração levada a efeito pela Controladoria-Geral da União. Afigura-se demonstrada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*) relativamente ao pedido ministerial de indisponibilidade dos bens.

- 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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de março de 2015.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão que, em ação civil pública com pedido de liminar, indeferiu o pleito de indisponibilidade dos bens do requerido, ao fundamento de que ausentes os requisitos autorizadores da medida.

Sustenta o agravante, em síntese, que restou demonstrada a existência dos requisitos exigíveis para a decretação da cautelar restritiva.

Requer, portanto, o provimento do recurso, bem como seja atribuído à espécie efeito suspensivo.

Somente o agravado Paulo Marques da Fonseca apresentou contraminuta (fls. 186/192). O magistrado prestou informações, às fls. 194/195.

Opinou o *Parquet* pelo provimento do agravo de instrumento (fls. 197/205).

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

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

A indisponibilidade de bens é medida prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e prescinde da comprovação do risco de dano (*periculum in mora*), que se presume, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, desde que evidenciada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*). Nesse sentido:

..EMEN: AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992. *PERICULUM IN MORA* ABSTRATO. 1. Nas ações de improbidade administrativa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de *periculum in mora* concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade. 2. *A jurisprudência desta Corte não exige a necessidade de demonstração cumulativa do periculum in mora e do fumus boni iuris, bastando apenas a existência de fundados indícios da prática de atos de improbidade administrativa.* Agravo regimental improvido...EMEN:(AGRESP 201301415054, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 06/09/2013..DTPB:.-grifei)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA. *FUMUS BONI IURIS*. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO. BENS IMPENHORÁVEIS. EXCLUSÃO.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei nº 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal.

3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º).

5. *A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.*

6. *Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito*

no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

7. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Precedentes: (REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011; EDcl no REsp 1211986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011.

8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

10. Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

11. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

12. A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência.

13. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes no valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).

14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal *a quo* concluiu pela existência do *fumus boni iuris*,

uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram supostamente realizadas de forma fraudulenta. Ora, estando presente o *fumus boni juris*, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.

15. Recurso especial não provido.

(REsp 1319515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012-grifei)

In casu, a imputação de ato de improbidade administrativa decorre das supostas condutas consistentes em ilegalidade na aplicação de verbas do Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE, procedimentos de licitação em desacordo com a legislação - Contratações ilegais, fracionamento do objeto da licitação, adoção de modalidade de licitação diversa da prevista em lei, não cumprimento da obrigatoriedade de adjudicação de objeto por item, homologação de licitação na modalidade convite com apenas uma ou duas propostas válidas, indicação de marca de produto em licitação, valor da nota fiscal em desacordo com o valor contratado, celebração indevida de contratos com prazo de vigência indeterminado, descumprimento de obrigações em relação ao Conselho de Alimentação Escolar, inexistência/ineficiência de controle de estoque e de distribuição de alimentos para a merenda escolar, falta de aplicação no mercado financeiro de verbas federais enquanto não utilizados em sua finalidade do Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE, ilegalidades referentes às verbas federais para apoio ao transporte escolar na educação básica-PNATE, dispensa indevida de licitação, ilegalidades envolvendo aquisição de bens e prestação de serviços, ilegalidades concernentes à aplicação das verbas destinadas à saúde, irregularidade na execução do contrato, não disponibilização de nota fiscal e comprovante de pagamento, irregularidades no programa de atenção básica em saúde, ausência do ato formal de dispensa de licitação, ausência da realização de pesquisa de preços, falta de atesto de recebimento de mercadorias, notas fiscais sem a identificação da origem dos recursos, contratação de agentes comunitários de saúde (médica e dentista do PSF) em desacordo com a legislação vigente, ausência de pesquisa de preços para aquisição dos itens previstos nos convênios nº 2315/2006 e 2316/06, adquiridos por meio do pregão presencial nº 01/2007 (art. 43, inciso IV, da Lei de Licitação), ausência de controle efetivo de estoque de medicamentos, falta de aporte de contrapartida mínima em relação ao convênio nº 029/2008-MI, não devolução do saldo remanescente dos recursos financeiros e dos respectivos rendimentos provenientes de aplicação financeira, contratação de empresa impedida de contratar com o Poder Público, não formalização dos processos de dispensa de licitação, em descumprimento do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 e realização de despesas sem a correspondente documentação comprobatória, relativamente ao serviço de apoio à gestação descentralizada do Programa Bolsa Família, documentação comprobatória das despesas realizadas com recursos do Programa Proteção Social Básica sem identificação da origem, utilização de recursos do PBT infância em atividades sem especificidade no tocante à infância e irregularidades na aplicação das verbas federais destinadas à habitação.

Observa-se que a inicial aponta indícios da existência do ato de improbidade. Além disso, constata-se que o Ministério Público Federal diligenciou no sentido de promover a clareza da acusação e coligir elementos que a embasem, notadamente a apuração levada a efeito pela Controladoria-Geral da União (fls. 81/181).

Anote-se que é a instrução processual que irá confirmar ou afastar as circunstâncias imputadas. Aliás, a indicação robusta de tais elementos demanda profunda incursão no material produzido nos autos. Assim, afigura-se demonstrada a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*) relativamente ao pedido ministerial de indisponibilidade dos bens.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0007697-28.2015.4.03.0000

(2015.03.00.007697-2)

Requerentes: UNIÃO FEDERAL E FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO – SP

Parte Autora: FUNDAÇÃO SÃO PAULO – FUNDASP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE FÁBIO PRIETO

Classe de Processo: SLAT 3000

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2015

DECISÃO

Trata-se de pedido de “suspensão liminar da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 13ª Vara de São Paulo/SP, nos autos do processo nº 0005988-88.2015.4.03.6100, que, em sede de antecipação de tutela, deferiu o pedido da autora, permitindo que os contratos de financiamento estudantil de seus alunos sejam aditados em percentual de reajuste acima do limite máximo estipulado (6,41%), além de permitir que a PUC/SP possa celebrar novas contratações através do FIES, extrapolando a disponibilidade financeira e orçamentária do fundo”.

É uma síntese do necessário.

Há dois regimes jurídicos distintos.

Duas questões.

A fixação das mensalidades escolares (a).

O financiamento destas prestações (b).

O Supremo Tribunal Federal julgou o primeiro tema (a):

EMENTA

- Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências.

- Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.

- Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares.

- Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação a expressão “março” contida no parágrafo 5º do artigo 2º da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao “caput” do artigo 2º, ao parágrafo 5º desse mesmo artigo e ao artigo 4º, todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “março” contida no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei no 8.039/90, e, parcialmente, o “caput” e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º, os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

(ADI 319 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036).

O Supremo Tribunal Federal deu o parâmetro para a Lei Federal nº 9.870/99, que disciplina o sistema de reajuste das mensalidades escolares. Esta lei cuida da relação existente entre o “estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável” (artigo 1º, “caput”).

Algo *diverso* é o *financiamento* das mensalidades escolares, para os estudantes, as suas famílias ou responsáveis.

Por primeiro, registre-se que o tema *não* está restrito ao financiamento público, menos, ainda, de responsabilidade exclusiva da União.

Muitos podem realizar o parcelamento, com ou sem subsídios, próprios ou de terceiros, das prestações escolares, *inclusive as próprias instituições de ensino* - e isto ocorre.

No caso *específico* do Governo Federal, o assunto é objeto da Lei Federal nº 10.260/01, cujo artigo 1º preceitua:

Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), de natureza contábil, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação, de acordo com regulamentação própria. (Redação dada pela Lei nº 12.513, de 2011)

§ 1º O financiamento de que trata o *caput* poderá beneficiar estudantes matriculados em cursos da educação profissional e tecnológica, bem como em programas de mestrado e doutorado com avaliação positiva, desde que haja disponibilidade de recursos.

O *contrato* público federal de financiamento, para o ensino superior, tem, como *partes*, além dos estudantes, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.

O artigo 3º, da Lei Federal nº 10.260/01, esclarece o ponto:

A gestão do FIES caberá: I - ao MEC, na qualidade de formulador da política de oferta de financiamento e de supervisor da execução das operações do Fundo; II - ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, na qualidade de agente operador e de administradora dos ativos e passivos, conforme regulamento e normas baixadas pelo CMN.

As instituições de ensino não são partes no contrato. São intervenientes, beneficiárias.

Por outras palavras, as instituições de ensino *podem* fixar as *mensalidades escolares*, nos limites da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Lei Federal nº 9.870/99.

Mas *não podem* sujeitar estudantes e Governo Federal - ou quaisquer terceiros - a este resultado, no campo do *financiamento das mensalidades escolares*.

Nem dizer a quem e como outros particulares e Governo Federal devem financiar.

O *veto à intervenção ilegítima* é um só: pela *mesma razão jurídica*, particulares e Governo Federal não podem disciplinar, compulsoriamente, o financiamento das mensalidades escolares, pelas instituições de ensino, com recursos próprios, com subsídios ou não.

A instituição de ensino fixa a mensalidade escolar. Não o seu modelo de financiamento - público ou privado, com ou sem subsídios.

No caso da fixação da *mensalidade escolar*, a instituição de ensino, na qualidade de parte, no contrato de prestação de serviço educativo, vinculada ao sistema constitucional da livre iniciativa, está sujeita ao risco de mercado.

Diante da *disponibilidade* proporcionada pelo sistema federal de *financiamento*, para o ensino superior - *a educação básica não conta com esta modalidade de financiamento* -, as

instituições de ensino *superior* podem aderir, ou não, ao programa FIES, sem qualquer risco de mercado.

Trata-se de *opção* de financiamento, por regime de simples e voluntária adesão - não a única opção de financiamento, repita-se, uma vez mais.

Em caso similar - o PROUNI -, o *Plenário do Supremo Tribunal Federal* ressaltou que programa de concessão de benefício, na área de educação, quando sujeito a simples adesão da entidade beneficiária, não caracteriza intervenção ilegítima no postulado da livre iniciativa - ao contrário, potencializa a sua materialização.

Registrou, na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes: “(o PROUNI) não cria qualquer obrigação às universidades. Em verdade, o ProUni traz uma nova opção a elas, que podem aderir ao programa voluntariamente, após análise dos seus termos, ou permanecerem não participantes do programa, caso concluam pela inviabilidade de sua participação”.

Parece claro que as instituições de ensino *não* podem interferir em *qualquer* regime de financiamento das *próprias* mensalidades escolares - não apenas no que é objeto da Lei Federal nº 10.260/01.

Não podem interferir nas combinações de pais e filhos.

Não podem disciplinar as instituições bancárias, tipicamente financeiras, nos seus vários planos negociais de financiamento.

Não podem ditar a política pública de financiamento, do ensino superior, do Ministério da Educação - ou de qualquer outro ente governamental.

Não podem disputar o orçamento, se a sociedade manifestou, pelos seus representantes, a livre vontade eleitoral de restringir a aplicação dos recursos públicos no FIES, em tal ou qual momento ou circunstância.

A r. decisão questionada consuma grave risco à administração pública, porque permite, a quem sequer é parte no sistema público federal de financiamento ao ensino superior, a intervenção sobre a definição das regras de empréstimo dos recursos públicos; a quem, sem risco de mercado ou responsabilidade institucional na definição da política pública, será destinatária dos pagamentos.

Cumpra reforçar, ainda, o aspecto da grave violação à economia pública, pois, no Estado Democrático de Direito, a alocação de recursos públicos é objeto de lei orçamentária, resultado da vontade popular.

Neste sentido, a jurisprudência unânime deste Tribunal:

DIREITO CONSTITUCIONAL - DUPLICAÇÃO DA RODOVIA FERNÃO DIAS, NO TRECHO PAULISTA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA: OBJETO: EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA POR DECISÃO JUDICIAL - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ABSOLUTA: AUSÊNCIA DE: 1) ALGUM DADO TÉCNICO SOBRE AS DISPONIBILIDADES ORÇAMENTÁRIAS; 2) INDIVIDUALIZAÇÃO DO ATO DE GESTÃO POLÍTICA DOLOSA E DE SEU PROTAGONISTA - PRETENSÃO À CRIAÇÃO JUDICIAL DE NORMA PRÓPRIA À LEI DO ORÇAMENTO: INADMISSIBILIDADE - GOVERNO LEGISLATIVO E EXECUTIVO PELOS JUÍZES: VIOLAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO POPULAR E DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. No Estado Democrático de Direito, sob a premissa da insuficiência das disponibilidades em face da magnitude das exigências sociais, a alocação de recursos é objeto de lei orçamentária específica.

2. A Constituição Federal qualifica, pela via do processo eleitoral, os integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, para a iniciativa, o debate, a elaboração e a execução desta norma legal.

3. A elaboração da lei orçamentária específica está sujeita ao devido processo legal legislativo, no qual o debate dos interesses sociais contrapostos é realizado com a mais ampla publicidade, sob a intermediação das facções representadas nos partidos políticos legitimados pela escolha popular.

4. O Poder Judiciário não tem autorização constitucional para a eleição de uma necessidade social, sem a consideração de todas as outras, tanto mais no âmbito limitado e pontual de ação civil pública, cuja petição inicial carece de elementos fáticos imprescindíveis sobre a ponderação da complexidade da realidade social, da insuficiência dos recursos públicos diante da dimensão das demandas coletivas e, sobretudo, do interesse de todos os cidadãos potencialmente legitimados a exigir participação no debate, na elaboração e na execução do orçamento público.

5. O Supremo Tribunal Federal tem mantido estrito rigor na observância da cláusula constitucional da separação dos poderes, quando se trata da exigência da elaboração de lei, para a criação, a modificação e a extinção de direitos, como é o caso específico da lei do orçamento.

6. A insuficiência probatória absoluta, a respeito das disponibilidades orçamentárias, do ato de gestão política dolosa e de seu protagonista, não autoriza a presunção de irresponsabilidade ou desídia dirigente dos administradores públicos eleitos pela escolha popular, nem legitima o governo legislativo e executivo pelos juízes.

7. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI 0005236-35.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 2.006).

No caso particular do FIES, a Lei Federal nº 10.260/01 desejou ser explícita: “De acordo com os limites de crédito estabelecidos pelo agente operador, as instituições financeiras poderão, na qualidade de agente financeiro, conceder financiamentos com recursos do FIES” (artigo 3º, § 3º).

Tratou-se de simples técnica legislativa de reforço retórico. Por certo, as instituições de ensino não poderiam - e não podem, como permitiu a r. decisão questionada - sacar contra o orçamento público legitimamente fixado.

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, 22 de abril de 2015.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0000686-84.2002.4.03.6116
(2002.61.16.000686-5)

Apelantes: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT E RODOCON CONSTRUÇÕES RODOVIÁRIAS LTDA.

Apelado: JOSÉ PAULINO GONÇALVES

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AC 1356808

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2015

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO ESPECÍFICA DO AGENTE PÚBLICO. DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE VEÍCULO EM RODOVIA FEDERAL. NEGLIGÊNCIA DO DNER/DNIT CONFIGURADA. PRESENÇA DE DANO E NEXO CAUSAL. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. EMPRESA RESPONSÁVEL PELA MANUTENÇÃO DA RODOVIA. NEXO CAUSAL NÃO CONFIGURADO. TRECHO EM QUE A EMPRESA AINDA NÃO HAVIA ATUADO NA DATA DO ACIDENTE. CONTRADIÇÃO ENTRE INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO AUTPR E PELA TESTMUNHA. INDÍCIOS DE CRIME. APLICAÇÃO DO ART. 40 DO CPP.

1. Objeto da ação que diz com a imputação ao DNIT/União Federal de responsabilidade pela falta e/ou falha no dever de fiscalização e de manutenção das condições de segurança em rodovias federais.
2. Em que pese parte da doutrina contemporânea sustentar ser subjetiva a responsabilidade da Administração quando o dano decorrer de uma *omissão* do Estado, necessário se faz distinguir *omissão genérica* de *omissão específica*, ou seja, relativa ao fato específico.
3. Em hipóteses como a dos autos, a omissão do Estado é *específica*, pois a inércia do órgão administrativo - DNIT - constitui a causa direta e imediata do não impedimento da ocorrência do evento causador do dano. Caso em que é possível cogitar da *responsabilidade objetiva do Estado*, nos termos do art. 37, § 6º, CF/1988, sendo essenciais, à sua caracterização, somente o dano causado e o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o resultado danoso.
4. Imprescindível a comprovação de que o serviço estatal se omitiu especificamente onde podia e tinha condições de evitar a falha e, por consequência, o dano.
5. Prova levada a efeito pelo autor da presente ação indenizatória, restando cabalmente demonstrada a ausência de manutenção/conservação de rodovia federal, de forma a proporcionar adequadas condições de segurança para o tráfego de veículos.
6. Ausência de comprovação, por parte da ré, de quaisquer excludentes de sua responsabilidade.
7. Denúnciação da lide, pelo réu, à empresa responsável pela manutenção da Rodovia BR-163. Nexo causal não verificado, uma vez que, à data do acidente, a empresa ainda não havia atuado no trecho da rodovia onde ocorreu o sinistro.

8. Verificada contradição entre os depoimentos prestados pelo autor e pela testemunha. Indícios de crime. De rigor a aplicação do artigo 40 do Código de Processo Penal.
9. Apelação da Rodocon Construções Rodoviárias Ltda. provida e apelação do DNIT não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de março de 2015.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Trata-se de ação aforada por José Paulino Gonçalves contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes- DNIT com o objetivo de obter indenização, a título de danos materiais, em decorrência de acidente de veículo ocorrido em rodovia federal.

Sustentou o autor que, em 10 de janeiro de 2002, sofreu um acidente no quilômetro 806 da rodovia federal BR-163, ocasionado pelo péssimo estado de conservação da via - que, no momento do sinistro, possuía um buraco no meio da pista de rolamento -, além da inexistência de sinalização adequada e da falta de acostamento. Defendeu restar caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado pela ocorrência do acidente, pois presente o nexo de causalidade entre o evento danoso e a falta de conservação da via pública. Atribuiu à causa o valor de R\$ 17.673,54, em 03/07/2002.

Expedida, por equívoco, carta precatória para citação da União, a qual foi recusada pelo Procurador em razão de não ser a União parte no feito (fls. 37vº). Foi, então, enviado ofício pelo Procurador ao juízo *a quo* justificando a recusa no recebimento e informando que o feito deveria ser encaminhado ao DNIT (fls. 38/41).

O DNIT ofereceu contestação sustentando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que a responsabilidade seria da Polícia Rodoviária Federal, em razão de Convênio de Cooperação Técnico-Administrativa firmando entre o Ministério da Justiça e o extinto Ministério da Infraestrutura (Convênio GM/01/90). Ademais, requereu a denunciação da lide à empresa Rodocon Construções Rodoviárias Ltda., uma vez que, à época do acidente, tal empresa havia firmado contrato de prestação de serviços de conservação e recuperação rodoviária com o extinto DNER. No mérito, aduziu a ocorrência de culpa exclusiva do autor pelo acidente, o que afastaria a responsabilidade objetiva do Estado. Sustentou que, em casos de omissão do Estado, configura-se hipótese de responsabilidade subjetiva. Defendeu, por fim, que não restou comprovado nexo de causalidade, consistente na deficiência da prestação do serviço público (fls. 54/77).

O autor ofereceu réplica à contestação do DNIT às fls. 127/129.

Foi apresentada contestação por Rodocon Construções Rodoviárias Ltda. requerendo,

preliminarmente, sua exclusão da lide, com a submissão do denunciante ao ônus da sucumbência. Defendeu que “somente no mês de fevereiro de 2002, muito depois do acidente aqui noticiado, é que os reparos a cargo da RODOCON, e atendendo as ordens de prioridade do DNIT, foram feitos no local e trecho onde ocorrera o sobredito acidente”. No mérito, aduziu que o acidente foi causado por culpa exclusiva do autor (fls. 192/218).

Instadas as partes acerca das provas que pretendiam produzir (fls. 220), requereu o autor a produção de prova testemunhal (fls. 221). O DNIT pleiteou a realização de perícia, colheita do depoimento pessoal das partes envolvidas no acidente e do engenheiro responsável, bem como a produção de prova documental (fls. 224/225). Por fim, manifestou-se a Rodocon requerendo a oitiva de testemunhas e a juntada de documentos que viesse a produzir ou ter conhecimento (fls. 227/228). Foi proferida decisão que revogou o despacho de fls. 220 (especificação de provas) e determinou a manifestação do autor e do DNIT acerca da contestação da Rodocon (fls. 229).

Apresentada réplica à contestação da Rodocon (fls. 232/233). Acerca da referida contestação manifestou-se também o DNIT (Fls. 239/244).

Foi proferida decisão afastando a preliminar de ilegitimidade passiva do DNIT e designando audiência de instrução, debates e julgamento (fls. 252).

Realizada a colheita do depoimento pessoal do autor, bem como a oitiva de testemunha do autor, cujos termos encontram-se juntados às fls. 272/275.

Apresentadas alegações finais pelo autor (fls. 278/280), pela Rodocon (fls. 282/288) e pelo DNIT (fls. 290/298).

Remetidos os autos ao Ministério Público Federal, este opinou pelo regular prosseguimento do feito (fls. 299/305).

O juízo *a quo* prolatou sentença de procedência e condenou o DNIT a ressarcir ao autor a quantia de R\$17.673,54. Reconheceu o magistrado tratar-se de hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado e que “resta evidenciada, portanto, a falha do serviço prestado pelo Estado e o nexo causal com o dano experimentado pelo autor”. Ademais, foi reconhecida a obrigação da corré Rodocon em ressarcir o DNIT dos valores efetivamente pagos por ele ao autor, em obediência ao direito de regresso. Honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação (fls. 308/326).

Apelou a Rodocon reiterando o entendimento de que não possui responsabilidade pelo acidente ocorrido, uma vez que ainda não havia reparado o trecho em que se deu o sinistro, sendo o DNIT o responsável pela determinação do modo como seriam feitos os trabalhos de manutenção e recuperação da rodovia. No mérito, defendeu a ocorrência de culpa exclusiva do autor (fls. 325/333).

Apelou também o DNIT (fls. 350/360), sob o fundamento de que o sinistro decorreu de culpa exclusiva do autor. Defendeu, ainda, que “só se poderia imputar a Administração a responsabilidade pelo infortúnio ora tratado se esta mesma administração não houvesse se desincumbido de seu ônus executar obras de manutenção rodoviária”.

Contrarrrazões do DNIT às fls. 371/373. Sem contrarrrazões do autor.

A representação judicial do DNIT foi assumida pelo Escritório de Representação da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região em Marília/SP (fls. 377/384).

Regularmente processado o feito, os autos subiram a esta Corte.

O Ministério Público Federal, nos termos do artigo 75 da Lei nº 10.741/03, manifestou-se pelo não provimento dos recursos de apelação (fls. 388/390).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Trata-se de pleito indenizatório fundado em acidente sofrido em rodovia federal em razão de defeito na pista de rolamento.

Conforme os ensinamentos do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, “(...) jamais se pôs em dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica. (...)” (in “Curso de Direito Administrativo”, 19ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, item 84, pág. 957).

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

Quando é o Estado quem produz o dano, aplica-se, a rigor, 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 de comprovação, por quem se apresente como lesado, da existência da culpa do agente ou do serviço.

Assim, para que o ente público responda objetivamente, suficiente que se comprovem a conduta da Administração, o resultado danoso e o nexo causal entre ambos, porém com possibilidade 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.

In casu, o objeto da ação diz com a imputação ao DNIT/União Federal de responsabilidade pela falta e/ou falha no dever de fiscalização e de manutenção das condições de segurança em rodovias federais.

Não foge ao nosso conhecimento o fato de que parte da doutrina contemporânea sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração quando o dano decorrer de uma omissão do Estado. Esse entendimento, capitaneado pelo ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Melo, pode ser resumido no seu ensinamento, que destaco a seguir:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (...)

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente) seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. (in “Curso de Direito Administrativo”, 19ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, págs. 942/943)

No entanto, a meu entender, é preciso ponderar tais argumentos para o fim de se distinguir *omissão genérica* do Estado de *omissão específica*, ou seja, relativa ao fato específico.

Em hipóteses como a dos autos, a omissão do Estado, caso seja constatada, será *específica*, pois a inércia do órgão administrativo - DNER, sucedido pelo DNIT - seria a causa direta e imediata do não impedimento da ocorrência do evento causador do dano e, nesse caso, é possível cogitar da *responsabilidade objetiva do Estado*, nos termos do art. 37, § 6º, CF/1988; sendo essenciais, à sua caracterização, somente o dano causado e o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o resultado danoso.

Esse entendimento, que ora adoto, já foi inclusive firmado pela Suprema Corte quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 109615-RJ, *in verbis*:

(...) A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, *por ação ou por omissão*. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, *independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público*. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 1 31/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). (RE 109615/RJ - Relator Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, Julgado em 28/05/1996, v.u., DJ 02/8/1996, grifos meus)

Nesse sentido, colha-se, também, precedente do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 472.735, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, v.u., j. 10/6/2003.

Na presente espécie, portanto, somente se pode imputar responsabilidade à União Federal se ficar demonstrado que a sua omissão tenha sido específica e curial ao não empeco do fato ocasionador do dano.

Assim, é imprescindível comprovar que o serviço estatal se omitiu especificamente onde podia e tinha condições de evitar a falha e, por consequência, o dano.

E essa prova foi levada a efeito pelo autor da presente ação indenizatória, restando cabalmente demonstrada a ausência de manutenção/conservação de rodovia federal, de forma a proporcionar adequadas condições de segurança para o tráfego de veículos.

As fotografias acostadas aos autos às fls. 15/19 comprovam a ocorrência de dano ao veículo do autor. Ademais, no Boletim de Ocorrência, elaborado pelo Departamento de Polícia Federal por ocasião do acidente (fls. 12/14), consta declaração do condutor do veículo com o qual se chocou o veículo do autor informando que “ao sair de Sinop, destinado a Paranaguá, ao percorrer 20 km *onde há um buraco enorme* na pista uma carreta vindo de encontro se chocou com a carreta placa AIH 4429 de propriedade da Trans Mecânica Janemar Ltda. cujo sou [sic] o motorista”.

Por sua vez, a ré não logrou êxito em comprovar qualquer excludente de sua responsabilidade, limitando-se a afirmar, genericamente, que o acidente pode ter sido causado pelo próprio motorista, sem apresentar, no entanto, qualquer elemento capaz de comprovar a assertiva.

A jurisprudência é pacífica em reconhecer o direito à indenização pelos danos sofridos em casos como o presente, nos quais a omissão da Administração em manter condições mínimas de segurança nas rodovias enseja a ocorrência de acidentes.

Exemplificativamente, menciono os seguintes precedentes desta Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ACIDENTE. RODOVIA FEDERAL. BURACO. PISTA DE ROLAMENTO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PENSÃO.

1. *Caso em que a autora pleiteia indenização por danos materiais e morais, em razão de acidente em rodovia federal, causado por buraco existente na pista de rolamento.*

2. *A doutrina e jurisprudência não são unânimes quanto ao trato da natureza da responsabilidade do Estado em caso de omissão. Embora assente que é objetiva a responsabilidade estatal por ato comissivo, relevante divergência tem sido levantada quando se trata de ato omissivo, para a qual exigida comprovação de dolo ou culpa, elementos atrelados à responsabilidade subjetiva. No caso dos autos, evidencia-se a responsabilidade do DNIT, tanto pela perspectiva subjetiva como, com maior razão, pelo ângulo objetivo, se assim considerada, de modo a não prejudicar a pretensão deduzida na sua substância de reparação de dano.*

3. *Para atestar a relação de causalidade entre conduta estatal e dano sofrido pela autora foram juntados aos autos, em especial, cópias do Boletim de Ocorrência do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, constatando que o estado da rodovia era ruim, sem pavimentação, com sarjeta e meio-fio danificados e pista de rolamento mal conservada; assim como que a autora sofreu lesões graves, o que foi confirmado pelo laudo de exame de corpo de delito, concluindo que houve “incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias do ombro direito, tornozelo direito e punho esquerdo e sequela motora de membro superior direito e debilidade permanente do membro”.*

4. *Demonstram, ainda, o mencionado nexo de causalidade os depoimentos do policial rodoviário (testemunha do réu) - que lavrou o referido Boletim de Ocorrência -, declarando que a rodovia há anos tinha péssimas condições, chegando até a ser interditada; e do policial militar (testemunha da autora) - acionado para prestar socorros - asseverando que o acidente foi causado por buracos na pista e que a autora estava caída no asfalto utilizando um capacete de motociclista.* 5. (OMISSIS)

9. *Apelação e remessa oficial, tida por submetida, parcialmente providas.* (AC 00035133920094036111, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 13/09/2013)

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E CIVIL. ART. 37, § 6º, CF. RESPONSABILIDA-

DE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO DO AGENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. COLISÃO DE VEÍCULO COM ANIMAL EM RODOVIA FEDERAL. NEGLIGÊNCIA DO DNER CONFIGURADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. DANO E NEXO CAUSAL PRESENTES. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. PENSÃO DEVIDA À VIÚVA E AO FILHO MENOR (ART. 1.537, CC/16). DANOS MORAIS MAJORADOS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LIDE SECUNDÁRIA.

1. As pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado no desempenho de serviço público submetem-se à regra estampada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, responsabilizam-se objetivamente pelos comportamentos comissivos de seus agentes.

2. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. (...)

4. *In casu, não remanescem dúvidas acerca da causa imediata do acidente (colisão do veículo com animal de grande porte) e de sua estrita relação com a omissão culposa do DNER (sucedido pela União Federal), consubstanciada no descumprimento do dever de zelar pela guarda e manutenção da estrada de rodagem em que ocorreram os fatos. Caracterização do nexo causal entre o evento danoso e a negligente omissão estatal.*

5. As causas de irresponsabilidade suscitadas nos autos (culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro) não encontram arrimo nas provas produzidas nos autos. Art. 333, II, do CPC.

6. (...)

(APELREEX 00224282419994036100, JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 09/01/2014)

Desse modo, caracterizada a responsabilidade civil do DNIT, necessária se faz a indenização pelos danos materiais sofridos pelo autor.

Insta analisar agora a eventual responsabilidade da empresa Rodocon Construções Rodoviárias Ltda. pelo sinistro.

A empresa foi denunciada à lide pelo DNIT, em razão de haver com ele firmado contrato de empreitada para manutenção (conservação e recuperação) da Rodovia onde ocorreu o sinistro.

Como é cediço, a denunciação da lide nesse caso é facultativa, uma vez que não se inclui dentre as hipóteses trazidas pelos incisos do artigo 70 do Código de Processo Civil. No caso em tela, o denunciado se desincumbiu da responsabilidade a ele imputada pelo denunciante. Senão vejamos.

Sustentou a denunciada que “o acidente noticiado nestes autos ocorreu no dia 10 de janeiro de 2002, no km 806, da rodovia BR163, isto é, apenas trinta e quatro (34) dias após a assinatura sobredito contrato (...). Percebe-se pois que somente no mês de fevereiro de 2002, muito depois do acidente aqui noticiado, é que os reparos a cargo da RODOCON, e atendendo as ordens de prioridade do DNIT, foram feitos no local e trecho onde ocorrera o sobredito acidente”(fls. 194/196).

Desse modo, não teria havido, na data do acidente, intervenção da empresa no trecho da rodovia onde ocorreu o sinistro, em atendimento ao cronograma do DNIT para execução dos serviços. *Referidas alegações são comprovadas pelo documento juntado às fls. 214/216 pela denunciada.* Tal documento consiste na ficha da terceira medição realizada pela empresa, em que se pode verificar que os buracos do trecho entre os km 767 e km 802 foram tapados no período entre 01/02/2002 e 28/02/2002, isto é, cerca de um mês após o acidente.

Além disso, necessário frisar o conteúdo da cláusula segunda do contrato em tela, juntado pela denunciante às fls. 73/76:

CLÁUSULA SEGUNDA- DO REGIME DE EXECUÇÃO- os serviços serão executados sob o regime de EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO, *bem como as especificações fornecidas pelo DNER*, às quais alocará todos os equipamentos, pessoal e materiais necessários e que tomará todas as medidas para assegurar um controle de qualidade adequado. Será observado o disposto nas cláusulas a seguir.

CLÁUSULA SEXTA- DOS PRAZOS E SUAS PRORROGAÇÕES- o prazo para a conclusão dos trabalhos definidos na CLÁUSULA PRIMEIRA é de 720 (setecentos e vinte) dias consecutivos, contados a partir da data da publicação do extrato do Contrato, *exclusive, observados, durante a sua execução, os prazos de etapas conforme previsto no cronograma físico que constitui parte integrante deste Contrato.*

Em assim sendo, não há que se falar em responsabilidade da Rodocon pelo sinistro ocorrido, uma vez que atuava em obediência às determinações do DNIT e ainda não havia intervenido no trecho da rodovia onde estava o buraco na data do acidente.

Outro não é o entendimento dos tribunais acerca do tema. Confira-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. LESÕES IRREVERSÍVEIS À VÍTIMA. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS POR TRATAMENTO MÉDICO. PENSÃO MENSAL CASSADA. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. 1 - Discute-se na demanda em análise a pretensão da Autora de ser indenizada por danos materiais, morais e estéticos em virtude de acidente ocorrido em rodovia federal esburacada, trazendo à Autora graves lesões. 2 - A responsabilidade do Estado, nos moldes do art. 37, §6º da Constituição Federal, se perfaz caso verificada a ocorrência de um dano, a prática de uma ação ou omissão por agente que o representa e a configuração do nexo de causalidade entre a conduta (comissiva ou omissiva) e a lesão. 3 - Incontrovertida a responsabilidade da UNIÃO pelas irregularidades verificadas na estrada em questão, evidenciando seu comportamento negligente ante à necessidade de fiscalização e reparação das mesmas, o que teve influência direta no evento trágico narrado nos autos. 4 - *Não responde pelos danos causados a empresa denunciada à lide, não obstante ter sido contratada junto à Ré para executar obras na estrada em questão. Sabendo-se que o contrato firmado estipulou prazo de três anos para a consecução das obras, e o referido acidente ocorreu apenas um mês após a contratação, além de restar comprovado que a mesma vinha cumprindo o contrato em seus exatos termos, indiscutível a responsabilidade exclusiva da UNIÃO pelo imenso buraco constatado, certamente anterior à atividade da Denunciada.* (...)

(TRF- 2ª Região, AC 200150010025455, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Marcus Abraham, DJ 11/07/2014)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS EMBASADA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, PARÁGRAFO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DENUNCIAÇÃO À LIDE DA EMPRESA RESPONSÁVEL PELA MANUTENÇÃO DA RODOVIA. NÃO-OBIGATORIEDADE. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o pedido de denúncia à lide, formalizado em sede de ação de reparação de danos ajuizada contra a Autarquia agravante em virtude de acidente automobilístico ocorrido em rodovia federal. 2. Hipótese em que o pedido de reparação de danos deverá ser apreciado sob a ótica da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na

forma prevista no art. 37, VI da Constituição Federal. 3. *Não se reconhece a necessidade de intervenção obrigatória da empresa contratada para cuidar da manutenção da rodovia federal, pois inexistente previsão legal ou contratual para imputar à contratada os eventuais prejuízos que venham a ser apurados em decorrência do uso da rodovia federal, no trecho cuja manutenção está sob sua responsabilidade.* 4. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento quanto à não-obrigatoriedade da denúncia à lide, nas ações de indenização embasadas na responsabilidade civil objetiva do Estado, mesmo em casos de acidente de trânsito. Precedente: AERESP 199800922997, Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 09/08/2004. 5. Os fundamentos apresentados pelo agravante são insuficientes para amparar o deferimento do pleito de intervenção do terceiro que o agravante entende ser o responsável pela possível reparação dos prejuízos requeridos em ação ordinária de reparação de danos. 6. Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental prejudicado. (TRF- 5ª Região, AG 00111931620124050000, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, DJ 13/12/2012)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. BURACOS NA PISTA DE ROLAMENTO. NEXO CAUSAL COMPROVADO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. IMPROCEDENTE. 1. Sendo Federal a rodovia onde ocorreu o acidente, está afeta ao domínio do DNIT, o qual tem autonomia administrativa e financeira, *não podendo sua responsabilidade ser transferida para a empresa contratada pelo réu para empreitada na rodovia.* 2. Os requisitos essenciais para se alcançar o dever de indenizar são: a) ação/omissão do agente; b) a culpa do agente; c) o dano ; d) o nexo de causalidade (entre a ação/omissão e o dano); e) inexistência de excludentes da responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou fato maior, culpa exclusiva de terceiro, etc.). 3. Restou comprovado o nexo de causalidade entre a omissão da autarquia (má conservação da estrada) e o dano causado ao requerente (danos materiais). 4. Tendo a atuação da parte autora contribuído na causa do acidente de trânsito, uma vez que trafegava em trecho tangente, com visibilidade boa e ainda assim não tendo observado a prudência necessária, deduz-se, daí, a falta de atenção da recorrente e a condução em velocidade incompatível com as condições da rodovia, contribuindo assim para a ocorrência do acidente. (TRF- 4ª Região, AC 200572100005565, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, DJ 29/03/2010).

Portanto, não há que se falar em responsabilidade da denunciada, devendo a lide ser julgada improcedente neste ponto.

Necessário que aqui se faça uma ressalva quanto à comprovação dos danos sofridos pelo autor, no que tange ao valor do reboque realizado entre as cidades de Sinop-MT e Assis- SP.

Sustentou o autor, tanto na exordial, quanto em seu depoimento pessoal, que pagou pelo referido serviço, tendo juntado recibo a ele referente, no montante de R\$3.600,00 (três mil e seiscentos reais). O recibo em tela foi emitido por Evelício Loquete.

O emitente do recibo foi arrolado como testemunha pelo autor, tendo declarado que “não chegou a cobrar do autor valores relativos ao frete, sendo que ele pagou apenas as despesas do caminhão e as despesas pessoais da testemunha” (fls. 274).

Cabal a contradição entre as informações prestadas pelo autor e pela testemunha. Por ausência de prova, seria de rigor a exclusão o valor relativo ao reboque do montante indenizatório. Todavia, considerando que, pelo valor da causa, o feito não foi submetido à remessa oficial e que tal questão não foi impugnada pelos apelantes, não há via para a reforma.

A despeito disso, havendo nos autos indícios de prática criminosa (emissão de documento falso ou falso testemunho), determino que deles se extraia cópia integral, com remessa ao representante ministerial, para as providências cabíveis, nos termos do que determina o artigo

40 do Código de Processo Penal.

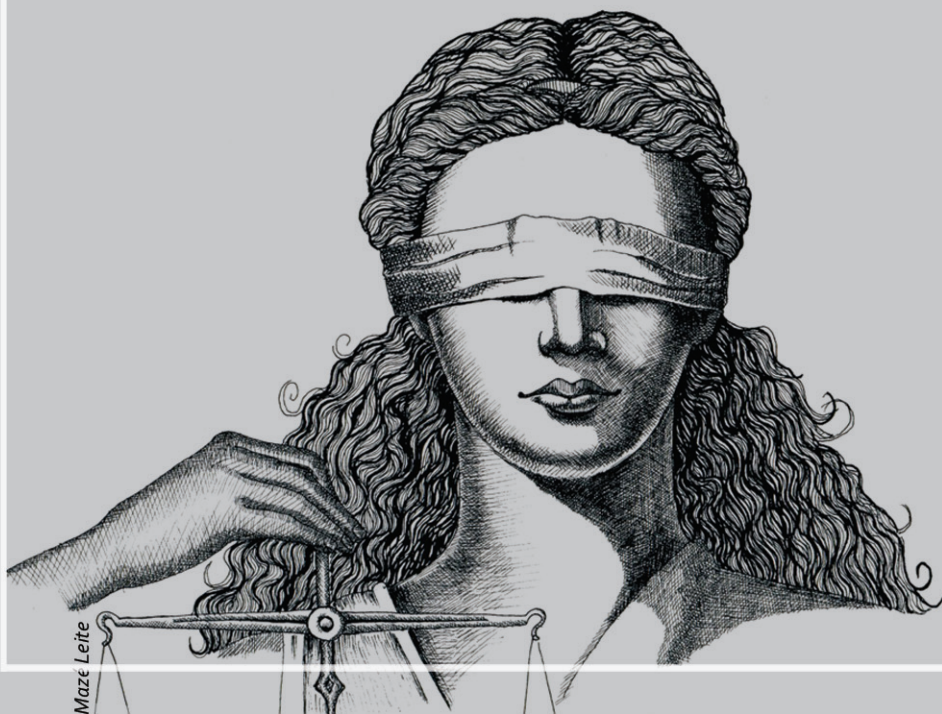
Por fim, fica mantida a condenação do DNIT ao pagamento de honorários ao autor, nos termos da sentença e, tendo em conta a impertinência da denúncia, ante a comprovação da ausência de responsabilidade da denunciada, condeno o DNIT ao pagamento de honorários à Rodocon, fixados também em 10% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso de apelação da RODOCON, para afastar sua responsabilidade pelo dano, e *nego provimento* ao recurso de apelação do DNIT, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0005240-66.1999.4.03.6181

(1999.61.81.005240-1)

Apelantes: JOSÉ GUILHERME DE ALMEIDA CAMPOS LOTTO E NILTON GURMAN

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: ACr 42342

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO: 16/04/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PROMOÇÃO, SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL, DE SAÍDA DE MOEDA OU DIVISA PARA O EXTERIOR. ARTIGO 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/86. PRELIMINAR REJEITADA. EXPIRAÇÃO DO PRAZO PARA DEVOLUÇÃO DA CARTA ROGATÓRIA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIAS DELITIVAS DEMONSTRADAS. DOLO EVIDENCIADO. CONDENAÇÕES MANTIDAS. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVES CONSEQUÊNCIA DOS DELITO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Caso expirado o prazo para devolução da carta rogatória, inexistência óbice ao julgamento do feito, de modo que não se fale em cerceamento de defesa, nos termos do artigo 222-A, parágrafo único, c/c §§1º e 2º, do artigo 222, ambos do Código de Processo Penal. Preliminar rejeitada.

2. Materialidade e autorias delitivas incontestáveis em razão dos elementos probatórios revelarem que, nos meses de junho e julho de 1997, a empresa, através dos acusados, que eram representante e procurador, ter celebrado diversos contratos de câmbio para adquirir dólares americanos, com a única finalidade de pagar antecipadamente pelas importações de malte, de maneira que foi remetido ao exterior o total de US\$ 4.823.350,00 (quatro milhões, oitocentos e vinte e três mil e trezentos e cinquenta dólares americanos), sem a efetiva realização das importações ou repatriação desse expressivo montante, infringindo assim normas legais, conforme demonstrado pelos relatórios elaborados pelo Banco Central do Brasil.

3. O erro de tipo, previsto no artigo 20, “caput”, do Código Penal, é a falsa percepção da realidade sobre os elementos constitutivos do tipo penal, de maneira que sua constatação no caso concreto de fato exclui o dolo na conduta, pois este deve abranger todos os elementos e circunstâncias do tipo penal.

4. Analisando-se as provas constantes nos autos, constato que ambos os apelantes agiram consciência e vontade, vez que eles, na condição de representantes legais e procuradores com amplos poderes da pessoa jurídica, sabiam que ela exercia como atividade exclusiva operações de câmbio, cujo dinheiro utilizado provinha de cheques de diversas pessoas físicas que os utilizaram para comprar dólares americanos, não tendo conhecimento nenhum acerca da aludida empresa, conforme declarações dos próprios emissores.

5. Tendo a acusação se desincumbido de demonstrar o dolo nas condutas a partir de

elemento objetivos do caso concreto, estando presentes tanto a materialidade quanto as respectivas autorias delitivas, é de rigor manter a condenação dos acusados como incurso nas sanções do delito tipificado no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 c/c artigo 71, do Código Penal, razão pela qual passo à dosimetria das penas.

6. Condenação mantida.

7. Pena-base mantida em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão por ser Inviável reconhecer que as consequências da infração penal não foram danosas, haja vista que o valor remetido ao exterior, o qual não aliás não há notícias de repatriamento, foi muito expressivo, aproximadamente US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares americanos).

8. Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes.

9. Na terceira fase, ausentes causas de diminuição, é de rigor reconhecer a continuidade delitiva, em face das inúmeras operações cambiárias ilegais realizadas nos meses de junho e julho de 1997, o que denota em pluralidade de condutas, as quais, por consequência, resultaram numa pluralidade de delitos da mesma espécie, com conexão temporal, espacial e modal, sendo que todas as ações foram cometidas com unidade de desígnio. Manutenção do aumento de pena em 2/3 (dois terços), nos termos do artigo 71, do Código Penal, resultando nas penas definitivas de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

10. Para arbitrar o valor da prestação pecuniária, deve-se considerar que a quantidade da pena privativa de liberdade, as circunstâncias judiciais, o prejuízo causado à vítima e, principalmente, a situação econômica do acusado, de maneira a viabilizar seu cumprimento, sendo inadequada quando não puder cumpri-la sem que garanta o mínimo para sua subsistência.

11. No caso, o valor de 100 (cem) salários mínimos revela-se razoável em face do caráter impositivo da sanção, sendo compatível com as condições financeiras dos acusados.

12. Preliminar rejeitada e, no mérito, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar arguida em apelação e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de abril de 2015.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal interposta pelos réus José Guilherme de Almeida Campos Lotto e Nilton Gurman contra sentença que os condenou pela prática do crime previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

Infere-se da denúncia, recebida aos 24 de junho de 2004 (fls. 694/695), que, nos meses de junho e julho de 1997, José Guilherme de Almeida Campos Lotto, na qualidade de sócio, e

Nilton Gurman, na qualidade de procurador ostensivo, ambos da empresa “SOYBEAN TRADE MARK REPRESENTAÇÃO E COMÉRCIO EXTERIOR LTDA”, a gerenciaram com o objetivo de evadir divisas do país no valor total de US\$ 5.757.100,00 (cinco milhões, setecentos e cinquenta e sete mil e cem dólares americanos), reduzido a US\$ 4.823.350,00 (quatro milhões, oitocentos e vinte e três mil e trezentos e cinquenta dólares americanos), em razão do cancelamento das três últimas remessas pelo Banco Central do Brasil, através da realização de operações de câmbio decorrentes de suposta importação de malte para fabricação de cerveja com pagamento antecipado, que se perfaziam através de prestação de informações falsas às instituições públicas competentes, inclusive com o escopo de enganar a fiscalização do Banco Central do Brasil, mantendo-o em erro, de forma consciente, objetivando auferirem vantagens específicas (fls. 02/09).

Após regular instrução, foi proferida sentença, publicada aos 5 de abril de 2010 (fl. 1.486), que julgou parcialmente procedente a ação penal para absolver o acusado Frederico José de Assis Botafogo Gonçalves quanto aos delitos tipificados nos artigos 6º e 22, parágrafo único, ambos da Lei nº 7.492/86 e os acusados José Guilherme de Almeida Campos Lotto, Nilton Gurman e Frederico José de Assis Botafogo Gonçalves em relação aos delitos tipificados no artigo 288, do Código Penal; e condenar os acusados José Guilherme de Almeida Campos Lotto e Nilton Gurman ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 c/c artigo 71, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por igual período e prestação pecuniária destinada a entidade pública ou privada com destinação social, no valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos (fls. 1.471/1.485).

Em razões recursais, a defesa pugna pela nulidade do julgamento em decorrência de cerceamento de defesa resultante da não juntada de prova no sentido de que a carta rogatória expedida às Bahamas teria sido traduzida e encaminhada ao Ministério da Justiça, bem como da referida carta ter sido extraviada da Secretaria da Vara de Origem. No mérito, requer a absolvição dos acusados em razão de ausência de dolo específico em suas condutas, vez que teriam sido induzidos em erro pelo corréu Frederico Botafogo. Caso mantida a condenação, pleiteia a redução das penas ao mínimo legal, além da prestação pecuniária (fls. 1.530/1.556).

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público Federal (fls. 1.561/1.564).

A Procuradoria Regional da República da 3ª Região opinou, em parecer, pelo improviamento do recurso (fls. 1.566/1.571).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

Inicialmente, cabe analisar a preliminar arguida pela defesa decorrente de cerceamento de defesa.

O artigo 222-A, parágrafo único, do Código do Processo Penal determina que às cartas

rogatórias aplica-se o disposto nos §§1º e 2º, do artigo 222, do mesmo *Codex, verbis*:

Art. 222. (...)

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

Portanto, caso expirado o prazo para devolução da carta rogatória, inexistirá óbice ao julgamento do feito, situação que se verifica no caso em tela, visto que o MM Juízo “a quo” determinou a expedição da carta rogatória a Nassau/Bahamas, com prazo de 120 (cento e vinte) dias para cumprimento, em 28 de maio de 2008 (fls. 1.132/1.133), tendo sido remetida ao Ministério da Justiça para cumprimento em 27 de fevereiro de 2009 (fl. 1.251), sendo que a sentença ora recorrida foi proferida em 5 de abril de 2010 (fl. 1.485), ou seja, após o prazo anteriormente fixado, de modo não há falar-se em cerceamento de defesa.

Outrossim, como bem asseverado pelo MM Magistrado “a quo” e pelo I. Procurador da República da 3ª Região, apesar do extravio da tradução da aludida carta rogatória, consta do apenso a estes autos, sendo inequívoco, portanto, que a Carta Rogatória foi cumprida pelas autoridades das Bahamas.

Assim, rejeito a preliminar arguida pela defesa e passo ao exame do mérito recursal.

Os apelantes foram denunciados por suposta prática do crime previsto no artigo 22, da Lei nº 7.492/86:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Divisa é a moeda estrangeira ou qualquer título que a represente (como letras de câmbio, cheques, etc.), definindo-se moeda como todo e qualquer instrumento aceito como meio de pagamento.

Conforme Guilherme de Souza Nucci:

O objeto da conduta é a operação de câmbio não autorizada. Diversamente do delito previsto no art. 21, onde se cuida de operação de câmbio permitida, muito embora o agente se apresente com falsa identidade, sem que se exija finalidade específica (ex.: pode comprar dólares com dinheiro auferido sem comprovação, sonegando renda e deixando de pagar imposto), no caso do art. 22 há uma dupla demanda: a operação de câmbio deve ser proibida e a finalidade precisa ser a evasão de divisão. Aliás, no parágrafo único do art. 22, há o crime de evasão de divisas, independentemente do dinheiro ter origem em operação de câmbio não autorizada. (*Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 1174).

Feitas essas breves considerações, é de rigor expor que, muito embora a defesa não tenha impugnado, a materialidade e autorias delitivas delitiva restaram incontestáveis em razão dos elementos probatórios revelarem que, nos meses de junho e julho de 1997, a empresa “Soybean”, através dos acusados na condição de representante e procurador, ter celebrado

diversos contratos de câmbio para adquirir dólares americanos (fls. 69/230 do apenso I), com a única finalidade de pagar antecipadamente pelas importações de malte a empresa “Avalon”, de maneira que foi remetido ao exterior o total de US\$ 4.823.350,00 (quatro milhões, oitocentos e vinte e três mil e trezentos e cinquenta dólares americanos), sem a efetiva realização das importações ou repatriação desse expressivo montante, infringindo assim normas legais, conforme demonstrado pelos relatórios elaborados pelo Banco Central do Brasil (fls. 776/818 e 821/827 do apenso III).

Contudo, o recurso da defesa visa a absolvição dos réus sob o argumento de que foram induzidos em erro determinado por terceiro, de maneira que o dolo deve ser excluído de suas condutas.

O erro pode ser conceituado como uma falsa percepção da realidade, ao passo que erro de tipo, previsto no artigo 20, “caput”, do Código Penal, como falsa percepção da realidade sobre os elementos constitutivos do tipo penal, de maneira que sua constatação no caso concreto de fato exclui o dolo na conduta, pois este deve abranger todos os elementos e circunstâncias do tipo penal.

Porém, analisando-se as provas constantes nos autos, constato que ambos os apelantes agiram com consciência e vontade, vez que eles, na condição de representantes legais e procuradores com amplos poderes da “Soybean”(fls. 09/11 e 27 do apenso I), sabiam que referida pessoa jurídica exercia como atividade exclusiva operações de câmbio, cujo dinheiro utilizado provinha de cheques de diversas pessoas físicas que os utilizaram para comprar dólares americanos (apenso II), não tendo conhecimento nenhum acerca da aludida empresa, conforme declarações dos próprios emissores (fls. 639, 668/669 e 670/671).

Outrossim, não há nos autos nenhum contrato de exportação ou qualquer garantia de que os valores seriam devolvidos caso não houvesse o adimplemento pela empresa exportadora.

Outro fato que corrobora as demais provas relativas ao elemento subjetivo do tipo consiste na discrepância entre o capital social da empresa e os elevados recursos utilizados para efetuar o pagamento antecipado da importação do produto.

Por outro lado, o próprio acusado Nilton Gurman afirmou que foi o responsável pelo fechamento dos contratos de câmbio (fls. 854/855) e a testemunha Márcia Therezinha Libutti Praça declarou que o acusado José Guilherme de Almeida Campos Lotto era quem costumava fechar câmbio pela empresa “Soybean” sempre com pagamento antecipado e com a finalidade de importar de malte (fls. 221 e 919).

Destarte, verifica-se que a acusação se desincumbiu de demonstrar o dolo nas condutas a partir de elemento objetivos do caso concreto, sendo que, estando presentes tanto a materialidade quanto as respectivas autorias delitivas, é de rigor manter a condenação dos acusados como incurso nas sanções do delito tipificado no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 c/c artigo 71, do Código Penal, razão pela qual passo à dosimetria das penas.

Na primeira fase, ambas as penas-base foram arbitradas acima do mínimo legal em razão das graves consequências do crime.

De fato, inviável reconhecer que as consequências da infração penal não foram danosas, haja vista que o valor remetido ao exterior, o qual não aliás não há notícias de repatriamento, foi muito expressivo, aproximadamente US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares americanos), de maneira que as penas merecem ser fixadas, nesta fase, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, não foram reconhecidas quaisquer agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, contudo, ausentes causas de diminuição, é de rigor reconhecer a continuidade delitiva, em face das inúmeras operações cambiárias ilegais realizadas nos meses de junho e julho de 1997, o que denota em pluralidade de condutas, as quais, por consequência, resultaram numa pluralidade de delitos da mesma espécie, com conexão temporal, espacial e modal, sendo que todas as ações foram cometidas com unidade de desígnio. Assim, considero razoável e suficiente manter o patamar de aumento de pena em 2/3 (dois terços), nos termos do artigo 71, do Código Penal, resultando nas penas definitivas de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

O regime aberto para início de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por igual período e prestação pecuniária a entidade pública ou privada com destinação social, devem ser mantidos nos termos da r. sentença.

Quanto ao valor da prestação pecuniária, deve-se considerar que, embora a lei não estabeleça critérios específicos para sua fixação, o juiz deverá considerar a quantidade da pena privativa de liberdade, as circunstâncias judiciais, o prejuízo causado à vítima e, principalmente, a situação econômica do acusado, de maneira a viabilizar seu cumprimento, sendo inadequada quando não puder cumpri-la sem que garanta o mínimo para sua subsistência.

No caso, o valor de 100 (cem) salários mínimos revela-se razoável em face do caráter impositivo da sanção, sendo compatível com as condições financeiras dos acusados, que, como bem observado pelo I. Procurador Regional da República, residem em bairros nobres da capital paulista e possuem ambos graduação em cursos superiores. Ademais, os acusados não possuem a faculdade de escolher o valor que melhor lhes convenha. Ademais, o Juízo das Execuções Penais determinará a forma de seu pagamento, nos termos do artigo 66, inciso V, “a”, da Lei nº 7.210/84, podendo também substituí-la por prestação de outra natureza, nos termos do artigo 45, §2º, do Código Penal, se o acusado demonstrar que não possui condições de cumpri-la, ou parcelar o seu pagamento, sem prejuízo ao seu sustento.

Diante do exposto, rejeito a preliminar arguida em apelação e, no mérito, nego-lhe provimento.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0005384-35.2002.4.03.6181
(2002.61.81.005384-4)

Apelante: LUCY ALARCON DO PASSO SUAIDE
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe de Processo: ACr 34501
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/03/2015

EMENTA

PENAL. ESTELIONATO CONTRA A UNIÃO FEDERAL (MINISTÉRIO DA FAZENDA) - PENSÃO SACADA APÓS O FALECIMENTO DO BENEFICIÁRIO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A materialidade delitiva restou devidamente comprovada pelas informações constantes da cópia do processo de pensão nº 10840.000520/94-29 do Ministério da Fazenda. Consta, também, a comprovação do indevido pagamento da pensão no período compreendido entre abril de 2000 a março de 2002, ou seja, em momento posterior ao óbito da titular da pensão por morte em questão.
2. A autoria do crime praticado também restou demonstrada através do interrogatório judicial da ré que confessou ter praticado o delito descrito na denúncia.
3. No caso em tela, não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa por extrema necessidade financeira, pois não há qualquer prova de tal necessidade nos autos, sendo que meras dificuldades financeiras não caracterizam o estado de necessidade. A inexigibilidade de conduta diversa somente deve ser reconhecida na hipótese em que não se pode exigir do agente, tendo em vista a situação e condições em que este se encontra, uma conduta em conformidade com o direito.
4. A r. sentença mostrou-se correta ao reconhecer a continuidade delitiva, aplicando o art. 71 do Código Penal. A apelante omitiu a comunicação, aos órgãos públicos, do falecimento da beneficiária para possibilitar a continuidade do recebimento da pensão.
5. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de março de 2015.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal mARCELO sARAIVA (Relator):

Trata-se de apelação interposta por *Lucy Alarcon do Passo Suaide*, em face de sentença de fls. 314/320 que a condenou pela prática do crime previsto no artigo 171, §3º, c.c art. 71, ambos do Código Penal, às penas de *02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão*, em regime inicial aberto e ao pagamento de *15 (quinze) dias-multa* à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do salário-mínimo vigente na data dos fatos.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades filantrópicas ou assistenciais, a critério do Juízo de Execuções Penais.

Consta da denúncia (fls. 02/03) que *Lucy Alarcon do Passo Suaide* na qualidade de filha e procuradora da segurada Orlanda Alarcon do Passo, falecida em 09/04/2000, recebeu, mediante fraude, entre abril/2000 a março/2002, a soma de R\$39.087,13 (trinta e nove mil, oitenta e sete reais e treze centavos) correspondente aos pagamentos de pensão a que sua falecida genitora fazia jus.

A denúncia foi recebida em 02/10/2002 (fls. 208/209) e a sentença publicada em 30/03/2007 (fls. 321).

Em suas razões recursais (fls. 338/345), a defesa busca a reforma da sentença, requerendo a absolvição da ré com base na tese do estado de necessidade. Sustenta que a apelante utilizou-se dos pagamentos da pensão para quitar um empréstimo contraído pela genitora junto ao Banco do Brasil. Afirma que à época do falecimento de sua genitora passava por graves dificuldades financeiras, não tendo obtido qualquer vantagem patrimonial, uma vez que utilizou os valores da pensão para quitar o referido empréstimo. Em caso de condenação requer, subsidiariamente, o afastamento da continuidade delitiva.

O *parquet* federal apresentou contrarrazões às fls. 347/354, requerendo a manutenção da r. sentença.

Nesta instância (fls. 358/366), o e. Procurador Regional da República opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal mARCELO sARAIVA (Relator):

Da materialidade delitiva e autoria.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada pelas informações constantes da cópia do processo de pensão nº 10840.000520/94-29 do Ministério da Fazenda (fls. 08/203), o qual revela a existência da procuração pública supostamente outorgada por Orlanda Alarcon do Passo em 21/06/2001, nomeando e constituindo a ré sua bastante procuradora, lavrada perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais do 24º Subdistrito de Indianópolis (fls. 160).

Consta, também, a comprovação do indevido pagamento da pensão no período com-

preendido entre abril de 2000 a março de 2002, ou seja, em momento posterior ao óbito da titular da pensão por morte em questão, consoante se infere da certidão de óbito juntada à fl. 169, o falecimento se deu em 29/04/2000, o que demonstra a utilização indevida dos valores depositados pelo INSS.

A percepção indevida da pensão em tela acarretou um prejuízo na ordem de R\$ R\$ 39.087,13 (trinta e nove mil, oitenta e sete reais e treze centavos) à União (Ministério da Fazenda).

Restou, ainda, comprovado que a ré efetuou o recadastramento de sua genitora, em 06/07/2001, após o falecimento desta, com objetivo de continuar a receber a pensão, o que atesta que estava ciente da ilicitude de sua conduta.

A autoria do crime praticado também restou demonstrada através do interrogatório judicial da ré, às fls. 236/237, que confessou ter praticado o delito descrito na denúncia, conforme abaixo transcrito:

Confirma a acusação. De fato fez a procuração mencionada na denúncia, por necessidade financeira. Esclarece que já era procuradora da sua falecida mãe. A mãe da interroganda pagava o aluguel da casa e outras despesas, tendo em vista que ficou viúva fazia pouco tempo. Além disso, a falecida mãe havia contraído empréstimo junto ao Banco do Brasil, uns três meses antes da morte, não se lembra bem quando. Diante da necessidade de pagar aluguel, com medo de ficar na rua, e de pagar o empréstimo contraído por sua mãe, ficou apavorada e continuou a receber a pensão da sua falecida mãe. (...)

A recorrente alega hipótese de exclusão de ilicitude decorrente de estado de necessidade em que se encontrava.

No que tange à alegada excludente de ilicitude, o artigo 24 do Código Penal prevê:

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.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

No caso em tela, não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa por extrema necessidade financeira, pois não há qualquer prova de tal necessidade nos autos, sendo que meras dificuldades financeiras não caracterizam o estado de necessidade.

A inexigibilidade de conduta diversa somente deve ser reconhecida na hipótese em que não se pode exigir do agente, tendo em vista a situação e condições em que este se encontra, uma conduta em conformidade com o direito.

Assim, a simples alegação de dificuldade econômica não permite a prática do crime, sobretudo se considerada a ausência de provas que confirmem a dificuldade financeira indicada pela defesa da apelada.

Com efeito, não restou comprovado que a ré praticou o fato para salvar direito próprio ou alheio de perigo atual e inevitável, sem que existisse qualquer outro modo de evitá-lo.

Portanto, comprovadas a autoria e a materialidade delitiva da apelante e não estando demonstrada a exclusão da ilicitude, é de ser mantida a condenação.

Do pretensão afastamento da continuidade delitiva.

A r. sentença mostrou-se correta ao reconhecer a continuidade delitiva, aplicando o art. 71 do Código Penal.

Observa-se que a apelante omitiu a comunicação, aos órgãos públicos, do falecimento da beneficiária para possibilitar a continuidade do recebimento do benefício previdenciário.

Assim, em virtude dessa omissão, continuou recebendo ilegalmente, mês a mês, a pensão e a cada recebimento indevido, uma nova conduta se consumava, restando caracterizada a continuidade delitiva.

Nesse sentido, colaciono precedente do C. STJ:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO PRATICADO POR TERCEIRO APÓS A MORTE DO BENEFICIÁRIO. SAQUES MENSAIS POR MEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Tem aplicação a regra da continuidade delitiva ao estelionato previdenciário praticado por terceiro, que após a morte do beneficiário segue recebendo o benefício antes regularmente concedido ao segurado, como se ele fosse, sacando a prestação previdenciária por meio de cartão magnético todos os meses.

2. Diversamente do que ocorre nas hipóteses de inserção única de dados fraudulentos seguida de plúrimos recebimentos, em crime único, na hipótese dos autos não há falar em conduta única, mas sim em conduta reiterada pela prática de fraude mensal, com respectiva obtenção de vantagem ilícita.

3. Recurso desprovido.

(REsp 1282118 / RS, RECURSO ESPECIAL 2011/0229467-9, Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131), Órgão Julgador - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 26/02/2013, Data da Publicação/Fonte DJe 12/03/2013)

Dosimetria da pena.

A dosimetria da pena foi bem mensurada. Na primeira fase, foi estabelecida a pena-base em 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, acima do mínimo legal, tendo em vista o valor considerável recebido pela ré, portanto, graves consequências do crime e diante do não ressarcimento à vítima, nem notícia de parcelamento, não restando demonstrado remorso por seus atos criminosos, por conseguinte, maior culpabilidade.

Foi aplicada a atenuante relativa à confissão espontânea (art. 65, III, d do Código Penal) reduzindo a pena em 02 (dois) meses, resultando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, já que ausentes outras atenuantes ou agravantes.

O MM. Juiz *a quo*, na terceira fase, fez incidir o aumento de pena previsto no § 3º do art. 171 do Código Penal na proporção de 1/3 (um terço) resultando em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e acertadamente majorou a pena em 1/4 (um quarto), em razão da causa de aumento com fulcro no artigo 71, do mesmo diploma legal, tendo em vista a continuidade delitiva manifesta pela prática reiterada da conduta pelo período de quase dois anos, resultando a pena definitiva *02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias* de reclusão.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação da defesa.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000740-14.2006.4.03.6115
(2006.61.15.000740-4)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: MARCOS ROBERTO DE CARVALHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Revisor e Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: ACr 48074
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/03/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FALSO TESTEMUNHO. CRIME DE MÃO PRÓPRIA. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. POSSIBILIDADE. APELO MINISTERIAL PROVIDO.

1. O crime de falso testemunho é crime de mão própria, admitindo, contudo, a participação de terceiro. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.
2. A denúncia narra que o apelado, na condição de advogado, em ação trabalhista, orientou e instruiu a testemunha a fazer afirmações inverídicas no curso da instrução, persuadindo a testemunha a concretizar o crime de falso testemunho.
3. Materialidade e autoria comprovadas.
4. A alegação do apelado de que não conversou com a testemunha antes da audiência trabalhista não encontra respaldo probatório, estando isolada nos autos, além de restar infirmada pelos demais elementos colhidos.
5. Dosimetria da pena. Pena-base majorada. Considerando que o apelado já suportou condenação com trânsito em julgado por crime tipificado no art. 129 do CP e contravenção penal tipificada no art. 32 da LCP, apesar de não configurarem reincidência, ante o decurso do prazo depurador, considero os apontamentos como caracterizadores de maus antecedentes.
6. Tratando-se o apelado de advogado e perpetrado o delito no exercício de sua profissão, o que acarreta maior reprovação da conduta, aplica-se a agravante do art. 61, inc. II, "g", do CP, aumentando-se a pena em 1/6.
7. Apelo ministerial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao apelo ministerial, para reformar a sentença recorrida e condenar MARCOS ROBERTO DE CARVALHO pela prática do crime tipificado no art. 342 c.c. art. 29, ambos do CP, à pena de 01 ano, 04 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, além de 12 dias-multa, nos termos do voto do Des. Fed. Hélio Nogueira, que fica fazendo parte integrante do presente julgado, acompanhado pelo Des. Fed. Luiz Stefanini. Vencido o relator, Des. Fed. Marcelo Saraiva, que negava provimento ao recurso.

São Paulo, 03 de março de 2015.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de apelação interposta pelo *Ministério Público Federal*, em face de sentença de fls. 263/265 que absolveu o acusado, *Marcos Roberto de Carvalho*, com fulcro no artigo 386, inc. IV do Código de Processo Penal.

Consta da denúncia (fls. 02/06) que *Marcos Roberto de Carvalho* foi denunciado pelo Ministério Público Federal, como incurso nas penas dos artigos 342, *caput*, c/c. artigo 29 e 62, todos do Código Penal, uma vez que na condição de advogado do reclamante, orientou o corréu Marcus Vinícius Silveira a prestar falso testemunho, durante audiência de instrução, realizada em 25 de julho de 2005, perante o Juízo da Vara do Trabalho de Porto Ferreira/SP, no curso da reclamação trabalhista nº 2011/04, proposta por Márcio de Jesus Bulhões.

Em audiência realizada em 23/08/2007, o corréu Marcus Vinícius Silveira aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, formulada pelo Ministério Público Federal, sendo o curso processual suspenso em relação a ele (fls. 100/104).

A denúncia foi recebida em 27/03/2007 (fls. 84) e a sentença publicada em 28/03/2011 (fls. 266).

Por meio da decisão de fl. 269, foi determinado o desmembramento dos autos em relação ao corréu Marcus Vinícius Silveira.

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação e em suas razões recursais (fls. 276/295), requereu a reforma da r. sentença e consequente condenação do réu nos termos da denúncia.

Às fls. 313/315 foram apresentadas contrarrazões, alegando nulidade da decisão de fls. 269, por ofensa ao contraditório, bem como a ocorrência da prescrição.

Nesta instância (fls. 318/321), a e. Procuradora Regional da República opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Da alegada nulidade apresentada pela defesa.

Inicialmente, não há que se falar em nulidade da decisão de fls. 269 que recebeu a apelação interposta pelo Ministério Público Federal, determinando a subida dos autos a esta E. Corte, sem que as contrarrazões tivessem sido ofertadas, haja vista ter sido o defensor do réu devidamente intimado às fls. 296, tendo o prazo decorrido *in albis*.

Verifica-se que não houve ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a defesa foi oportunamente intimada para se manifestar sobre as razões de apelação,

tendo sido o réu, que é advogado, intimado pessoalmente, conforme certidão de fls. 308vº, para constituir novo defensor.

Como o réu ficou-se inerte, lhe foi constituído defensor público dativo, que apresentou as contrarrazões às fls. 313/315, respeitando-se, assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Da alegada ocorrência da prescrição.

Considerando a absolvição do acusado, o cálculo prescricional reger-se-á pela pena máxima em abstrato cominada ao crime a ele imputado, conforme exegese do artigo 109, *caput*, do Código Penal.

O delito de falso testemunho, previsto no artigo 342, *caput*, do Código Penal, em tese, praticado pelo acusado, tem pena máxima consolidada em 03 (três) anos, com prazo prescricional de 08 (oito) anos, conforme prevê o artigo 109, inciso IV, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 27/03/2007 (fls. 84) e após regular instrução, sobreveio sentença (fls. 263/265), publicada em 28/03/2011, que absolveu o réu, com fulcro no artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Assim, verifica-se que o prazo prescricional não se escoou entre a data do recebimento da denúncia e a presente data.

No mérito, não merece reparo a r. sentença.

No caso em questão, o réu Marcos Roberto de Carvalho foi denunciado pelo crime previsto no art. 342, *caput*, c/c art. 29 e 62, todos do Código Penal.

O crime de falso testemunho é crime de mão própria e há duas correntes a respeito da possibilidade de haver participação de terceiro neste crime.

A primeira corrente, e majoritária, é no sentido de ser possível terceira pessoa responder pelo crime de falso testemunho, nos termos das lições do eminente Mirabete:

Embora no crime de mão própria não se possa falar em coautoria, em sentido estrito, nada impede, verdadeiramente, a participação de terceira pessoa na prática do delito, por instigação ou induzimento, incluindo-se o advogado de uma das partes.
(Mirabete, Júlio Fabbrini, Código Penal Interpretado, 7ª edição, São Paulo, Atlas, 2011).

Já a segunda corrente, a qual foi adotada como razão de decidir da sentença, a qual, também, adiro, é no sentido de que por ser tratar de crime de mão própria, a mera orientação do testemunho, embora possa ferir a ética profissional, não configura o delito do art. 342, do Código Penal, tendo em vista que o advogado apenas se limitou a orientar a testemunha, sem, no entanto, oferecer ou prometer qualquer tipo de vantagem, tratando-se, portanto, de fato atípico.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência do C. STJ:

PENAL. CONCURSO DE AGENTES. NATUREZA JURÍDICA. TEORIA UNITÁRIA. EXCEÇÃO PLURALÍSTICA. FALSO TESTEMUNHO. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O ordenamento jurídico pátrio adotou, no concernente à natureza jurídica do concurso de agentes, a teoria unitária ou monista, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime, incidem nas penas a ele cominadas (art. 29, do CP). Entretanto, exceções pluralísticas há em que o próprio Código Penal, desmembrando as condutas, cria tipos diferentes. É, por exemplo, o caso do falso testemunho, hipótese em que a testemunha que faz afirmação falsa

responde pelo delito do art. 342 e quem dá, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem para que aquela cometa o falso no processo penal, incide nas penas do art. 343. Precedente da Corte.

2. Na espécie, a conduta da recorrida (advogada) é atípica, porquanto limitou-se a instruir a testemunha a dizer isso ou aquilo em juízo trabalhista sem, frise-se, conforme restou consignado pelo acórdão recorrido, dar, oferecer ou prometer qualquer vantagem.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 169.212/PE, 22633-8 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES, Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data do Julgamento 24/06/1999, Publicação: DJ 23/08/1999 p. 157, RSTJ vol. 130 p. 486)

Assim, entendo que o apelado pode ter cometido, quando muito, falta ética, mas não o delito previsto no art. 342, do Código Penal, razão pela qual é de ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, REJEITO as preliminares arguidas em contrarrazões e, no mérito, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação ministerial.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO CONDUTOR

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de São Carlos/SP, pela qual o pedido inicial foi julgado improcedente para absolver o acusado Marcos Roberto de Carvalho da imputação da prática do crime tipificado no art. 342, *caput*, c.c. arts. 29 e 62, todos do Código Penal.

O e. Relator, Desembargador Federal Marcelo Saraiva, apresentou voto no sentido de manter a sentença absolutória que se fundou na tese de que o delito em comento é de mão própria, não incorrendo na infração penal o advogado que apenas orienta a testemunha, sem que ofereça ou prometa qualquer tipo de vantagem.

Peço *venia*, contudo, para divergir por não me alinhar à tese.

Doutrina e jurisprudência sedimentaram o entendimento quanto à possibilidade da participação no crime de falso testemunho:

Nesse sentido extrai-se da doutrina:

64. Concurso de pessoas no crime de falso: entendemos perfeitamente admissível, na modalidade de participação, o concurso de agentes. Nada impede, tecnicamente, que uma pessoa induza, instigue ou auxilie outra a mentir em juízo ou na polícia. O crime é de mão própria: embora isso queira significar ter o autor de cometê-lo pessoalmente, nada impede tenha ele auxílio de outrem.

(Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, Forense, 14ª ed., p. 1384)

Doutrinariamente, tem-se afirmado que o falso testemunho é um delito de mão própria, isto é, de atuação personalíssima, de execução intransferível, indelegável. Em virtude dessa natureza jurídica, ou seja, seno o falso testemunho um crime de mão própria, seria possível o concurso de pessoas? A resposta, na verdade, deverá ser desdobrada, fazendo-se, de um lado, o raciocínio relativo à co-autoria e, do outro, o correspondente à participação.

Assim, podemos afirmar que não é admissível a co-autoria em crimes de mão própria.

(...)

No entanto, será perfeitamente possível o reconhecimento da participação, hipótese em que a testemunha, por exemplo, é induzida ou instigada por alguém a prestar um depoimento falso. (Rogério Greco, Curso de Direito Penal, parte especial, Impetus, 5ª ed., vol IV, p. 596)

Por sua vez, destaco a jurisprudência sobre o tema:

EMENTA: Recurso ordinário. Habeas corpus. Falso testemunho (art. 342 do CP). Alegação de atipicidade da conduta, consistente em depoimento falso sem potencialidade lesiva. Aferição que depende do cotejo entre o teor do depoimento e os fundamentos da sentença. Exame de matéria probatória, inviável no âmbito estreito do writ. Co-autoria. Participação. Advogado que instrui testemunha a prestar depoimento inverídico nos autos de reclamação trabalhista. Conduta que contribuiu moralmente para o crime, fazendo nascer no agente a vontade delitiva. Art. 29 do CP. Possibilidade de co-autoria. Relevância do objeto jurídico tutelado pelo art. 342 do CP: a administração da justiça, no tocante à veracidade das provas e ao prestígio e seriedade da sua coleta. Relevância robustecida quando o partícipe é advogado, figura indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF). Circunstâncias que afastam o entendimento de que o partícipe só responde pelo crime do art. 343 do CP. Recurso ordinário improvido. (STF, RHC 81.327, rel. Min. Ellen Gracie)

(...) 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que, apesar do crime de falso testemunho ser de mão própria, pode haver a participação do advogado no seu cometimento. (...) (HC 200301769404, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA: 01/08/2006 PG: 00549 ..DTPB:.)

PENAL: HABEAS CORPUS. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. ARTIGO 342 DO CP. CRIME DE MÃO PRÓPRIA. ADMISSIBILIDADE DE COAUTORIA OU PARTICIPAÇÃO. RETRATAÇÃO DA TESTEMUNHA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. COMUNICABILIDADE. I - Como é cediço, o delito de falso testemunho previsto no artigo 342 do Código Penal é classificado como crime de mão-própria, sendo a execução do delito de caráter eminentemente pessoal. No entanto, a jurisprudência tem admitido que se o agente induz a testemunha a prestar falso testemunho em juízo sobre fato relevante para a solução de lide penal, resta configurada a participação no crime do artigo 342 do estatuto repressor. II - Trata-se de crime de mão-própria, mas que admite a co-autoria ou participação sob as formas de indução e auxílio. (...) (HC 00215610720134030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

(...) 3. A jurisprudência e a doutrina autorizadas proclamam o entendimento de que no crime de falso testemunho é admissível participação e coautoria do advogado que induz testemunha a proclamar falsa afirmação. Precedente (RESP nº 200.785/SP, Rel. Min. Felix Fischer, in DJ de 21.08.2000, pág. 159). 4. Ordem denegada. (HC 00176967320134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No caso, a denúncia narra que o apelado, na condição de advogado, em ação trabalhista perante a Vara do Trabalho de Porto Ferreira/SP, orientou e instruiu a testemunha Marcus Vinicius Silveira a fazer afirmações inverídicas no curso da instrução, persuadindo a testemunha a concretizar o crime de falso testemunho.

Desse modo, não pode ser reputada atípica a conduta atribuída ao apelado.

Reconhecida a tipicidade da conduta narrada na exordial, anoto que a materialidade e

autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas nos autos.

Em Juízo (fls. 132/133) Márcio de Jesus Bulhões, autor da ação trabalhista, confirmando as declarações prestadas na fase policial (fls. 58), afirmou que seu advogado, o apelado MARCOS ROBERTO DE CARVALHO, orientou a testemunha Marcus Vinicius Silveira a realizar afirmações falsas perante o Juízo trabalhista, argumentando que desse modo Márcio “ganharia a reclamação trabalhista” (fls. 132).

Por seu turno, Marcus Vinicius Silveira, também denunciado nos presentes autos, tendo aceitado a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, declarou na fase policial (fls. 42 e 59/60) que o apelado MARCOS o instruiu a narrar fatos inverídicos no curso da instrução trabalhista.

Portanto, a alegação do apelado de que não conversou com a testemunha Marcus Vinicius antes da audiência trabalhista não encontra respaldo probatório, estando isolada nos autos, além de restar infirmada pelos demais elementos colhidos.

Diante do exposto, de rigor a condenação do apelado pela prática do crime de falso testemunho, na qualidade de partícipe da conduta praticada por Marcus Vinicius Silveira.

Passo à dosimetria da pena, anotando que à época o preceito secundário do tipo penal estabelecia a sanção de reclusão de 01 a 03 anos, e multa.

Na primeira fase, considerando que o apelado já suportou condenação com trânsito em julgado (fls. 13 e 30 do apenso) por crime tipificado no art. 129 do CP e contravenção penal tipificada no art. 32 da LCP, apesar de não configurarem reincidência, ante o decurso do prazo depurador, considero os apontamentos como caracterizadores de maus antecedentes, razão pela qual estabeleço a pena-base em 01 ano e 02 meses de reclusão, além de 11 dias-multa.

Na segunda fase, tratando-se o apelado de advogado e perpetrado o delito no exercício de sua profissão, o que acarreta maior reprovação da conduta, aplico a agravante do art. 61, inc. II, “g”, do CP, e aumento a pena em 1/6, passando para 01 ano, 04 meses e 10 dias de reclusão, além de 12 dias-multa, cada qual no mínimo legal, que se torna definitiva, em face da ausência de outras agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição.

O regime inicial de cumprimento da pena será o aberto.

Apesar da verificação de maus antecedentes, em face da natureza do crime praticado e por ser socialmente recomendável e adequado ao alcance da finalidade das penas, procedo à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos: i) prestação de serviços à comunidade e ii) prestação pecuniária no montante de 05 salários mínimos.

Desse modo, com a devida *venia* do e. Relator, *dou provimento* ao recurso ministerial para condenar MARCOS ROBERTO DE CARVALHO pela prática do crime tipificado no art. 342 c.c. art. 29, ambos do CP, à pena de 01 ano, 04 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, além de 12 dias-multa.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator para Acórdão

APELAÇÃO CRIMINAL
0010543-08.2007.4.03.6108
(2007.61.08.010543-5)

Apelante: MARIO DE CAMILO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 53808
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. PECULATO E ESTELIONATO. FUNAI. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. ART. 563 CPP. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO EFETIVO PARA FUNAI NÃO DESCARACTERIZA DELITO. DOSIMETRIA DA PENA.

1 - Reconhecimento de ofício da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa da pena *in concreto* quanto à conduta subsumida ao art. 171 do CP. Sendo as datas dos fatos 26/04/2005, 08/06/2005, 05/12/2005 e 17/01/2006, o recebimento da denúncia em 17/10/2008 (fl. 128), a publicação da sentença em 06/11/2012 (fl. 432) e que a pena do delito em testilha é de 01 (um) ano de reclusão - o que, nos termos do art. 109, V, da mesma legislação, representa um prazo prescricional de quatro anos -, entre a publicação da sentença e o recebimento da denúncia, superou-se referido lapso temporal. Extinta a pretensão punitiva estatal quanto à conduta tipificada pelo art. 171, nos termos do art. 107, IV, c.c. o art. 109, V, todos do CP.

2 - O apelante está devidamente aculturado ao que se costuma chamar de “civilização”. Ele possui pleno domínio do idioma português, tem o ensino médio completo, chegou a estudar Direito por dois anos e já ocupou diversos cargos de confiança na Administração Pública indireta, como na própria FUNAI (Chefe do Serviço de Patrimônio deste órgão federal em Bauru/SP). *In casu*, é prescindível a realização de laudo antropológico. Todos esses elementos apontam, suficientemente, para sua imputabilidade e para sua potencial consciência da ilicitude. Precedentes STF e STJ. Não se demonstrou a ocorrência de prejuízos para a defesa. Inteligência do art. 563 CPP. Não há nulidades processuais.

3 - De todos os elementos fático-probatórios, ficou demonstrado que o apelante, valendo-se de sua condição de ocupante de cargo em comissão na FUNAI, emitiu quatro documentos - todos com o timbre da fundação e com referência a cem litros de diesel - para a troca de combustível em determinada rede de postos de gasolina, os quais seriam embolsados pela empresa Pedrinho Mudanças às custas da FUNAI, a título de pagamento por serviço de transporte realizado em favor do senhor José Carlos Gabriel. Dessa maneira, está-se a tratar da hipótese de peculato-desvio em favor de terceiro, hipótese prevista no art. 312, caput, 2ª parte, do CP. A defesa não logrou demonstrar que a mudança para o município de Avaí/SP foi realizada no es-

trito cumprimento do interesse da Administração Pública. Ora se aduzia que a aldeia Nimuendaju necessitava de professores bilíngues, ora se afirmava que o senhor José Carlos Gabriel estava sob perigo na reserva indígena de Pinhalzinho/SC. Mesmo que a primeira hipótese fosse verdadeira, não se tratava de servidores dessa fundação. O dolo ficou caracterizado pela vontade livre e consciente do apelante de emitir as aludidas ordens de abastecimento em benefício do senhor José Carlos Gabriel, de modo a que este pudesse arcar com as obrigações contraídas com a empresa Pedrinho Mudanças, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). O fato de a FUNAI não ter sofrido, efetivamente, prejuízo não elide a responsabilidade penal do apelante, bem como o ressarcimento deste, conforme jurisprudências do STJ e do colendo Órgão Especial desta Corte (APN 201000542734, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:04/11/2014 ..DTPB:.), (APN 00114708220044036106, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/10/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).

4 - Dosimetria da pena privativa de liberdade. As circunstâncias e as consequências do crime não fugiram à normalidade do tipo penal. Continuidade delitiva. Art. 71 do CP. Quatro condutas no total. Causa de aumento em 1/4. Precedentes do STJ. Pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multas, cada qual no valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Regime inicial aberto. Requisitos do art. 44 do CP satisfeitos. Substituição por duas prestações de serviços. Crime continuado. Cálculo da prescrição deve observar o conteúdo da Súmula 497 do STF, por que não se computa o acréscimo referente à continuidade delitiva. Considera-se a pena-base de 02 (dois) anos de reclusão como parâmetro de cálculo. Nos termos do art. 109, V, o lapso prescricional em comento é de quatro anos. Entre o recebimento da denúncia - em 17/10/2008 (fl. 128) - e a publicação da sentença - em 06/11/2012 (fl. 432) - transcorreu prazo superior a quatro anos. Dessa maneira, reconheço, de ofício, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa da pena em concreto.

5 - Apelação parcialmente provida. Extinção da punibilidade de ambos os crimes reconhecida ex officio.

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 reduzir a pena do crime de peculato para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multas, no valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em regime inicial aberto, substituindo-a por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e a entidades públicas, e, *de ofício, declarar extintas as punibilidades dos crimes de estelionato e de peculato*, pela ocorrência da prescrição retroativa da pena *in concreto*, conforme os artigos 107, IV, e 109, V, do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de abril de 2015.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de ação penal ofertada pelo Ministério Público Federal contra *Mario de Camilo*, pelos crimes dispostos nos artigos 171 e 312, c.c. o artigo 69, todos do Código Penal. No dia 14/02/2005, realizou-se transporte de pertences do senhor José Carlos Gabriel, da reserva indígena de Pinhalzinho/SC, para a aldeia indígena Nimuendaju, em Avaí/SP. Na verdade, esse serviço, realizado pela empresa Móveis e Mudanças Pedrinho, havia sido contratado pelo acusado, na qualidade de ocupante de cargo em comissão na FUNAI. Nas tratativas desse negócio jurídico, para o representante dessa empresa, Pedro Gonçalves de Oliveira, havia ficado entendido que o pagamento do valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) seria feito diretamente pela FUNAI. No entanto, meses depois, o acusado informou-lhe que, devido à falta de repasses da União ao órgão federal, não seria possível efetuar o aludido pagamento. Em contrapartida, valer-se-ia de dação em pagamento, mediante a entrega de ordens de abastecimento, as quais permitiriam ao representante da empresa retirar quantias correspondentes de diesel na Rede JK de Postos Ltda. Assim, emitiram-se quatro ordens de pagamento em 26/04/2005, 08/06/2005, 05/12/2005 e 17/01/2006. Ocorre que o réu, não obstante esses atos, informou ao senhor Pedro Gonçalves de Oliveira que a avença teria de ser executada por meio de termo de composição amigável, datado de 30/06/2006, no qual figuraria como devedor o senhor José Carlos Gabriel, ao invés da FUNAI. Diante dessa peculiar situação, o representante da empresa contratante oficiou esse órgão federal, para que investigasse os fatos.

Sentença (fls. 414/429): julgou *procedente* a denúncia do Ministério Público Federal, e condenou o réu a uma pena total de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multas, por ter praticado condutas subsumidas aos artigos 171 e 312 do Código Penal, em concurso material (artigo 69). Presentes os requisitos do artigo 44 da mesma legislação, substituiu-se a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária no montante de 04 (quatro) salários mínimos, no valor vigente à época dos fatos, e por prestação de serviços à comunidade por período de oito finais de semana.

Apelação do réu (fls. 360/364): aduz, em breve síntese, que: (i) preliminarmente, há nulidade processual, pois, como se trata de silvícola, deveria ter-se realizado laudo antropológico, conforme a Lei nº 6.001/73, para verificar sua imputabilidade. Não tendo sido realizado esse exame, o processo deve ser anulado; (ii) o fato de ele ter ocupado cargo de confiança na FUNAI, de falar português e de possuir aparelho celular - o que indica certo grau de aculturação - não é suficiente para definir sua capacidade de fato; (iii) no mérito, quanto ao crime de estelionato, a conduta é atípica, por absoluta impropriedade do meio, pois existia um ajuste particular próprio entre a suposta vítima e o senhor José Carlos Gabriel; (iv) quanto ao crime de peculato, as ordens de abastecimento, por mais que tenham de fato abastecido veículo particular, coadunaram-se com o objetivo primordial da FUNAI, que é a assistência às comunidades indígenas; (v) não houve dano patrimonial à administração pública, o que descaracteriza o delito em comento; (vi) não houve dolo por parte do acusado.

Contrarrazões às fls. 455/463.

Parecer da Procuradoria Regional da República (Dra. Sonia Maria Curvello, fls. 467/471 vº): pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Ao revisor.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Inicialmente, reconheço, de ofício, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa da pena *in concreto* quanto à conduta subsumida ao artigo 171 do Código Penal. Sendo as datas dos fatos 26/04/2005, 08/06/2005, 05/12/2005 e 17/01/2006, o recebimento da denúncia em 17/10/2008 (fl. 128), a publicação da sentença em 06/11/2012 (fl. 432) e que a pena do delito em testilha é de 01 (um) ano de reclusão - o que, nos termos do artigo 109, V, da mesma legislação, representa um prazo prescricional de quatro anos -, verifico que, entre a publicação da sentença e o recebimento da denúncia, se superou referido lapso temporal. Por conseguinte, está extinta a pretensão punitiva estatal quanto à conduta tipificada pelo artigo 171, nos termos do artigo 107, IV, c.c. o artigo 109, V, todos do Código Penal.

Além disso, a preliminar arguida pela defesa não merece acolhida. Mediante análise acurada dos elementos fático-probatórios, constato que o apelante está devidamente aculturado ao que se costuma chamar de “civilização”. Ele possui pleno domínio do idioma português, tem o ensino médio completo, chegou a estudar Direito por dois anos e já ocupou diversos cargos de confiança na Administração Pública indireta, como na própria FUNAI (Chefe do Serviço de Patrimônio deste órgão federal em Bauru/SP). Por conseguinte, julgo prescindível a realização de laudo antropológico. Todos esses elementos apontam, suficientemente, para sua imputabilidade e para sua potencial consciência da ilicitude. Nesse sentido, *verbis*:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei nº 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte. (HC 85198, EROS GRAU, STF.). (Grifo nosso)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. MENORES INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIAL. DÚVIDAS QUANTO AO NÍVEL DE INTEGRAÇÃO. NULIDADE. Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social para aferir a imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade. No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade, sendo indispensável a realização dos exames periciais. É necessária a realização do estudo psicossocial para se aferir qual a medida sócio-educativa mais adequada para cada um dos pacientes. Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação dos menores sem a realização do exame antropológico e psicossocial. ..EMEN: (HC 200500007260, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:09/05/2005 PG:00445 ..DTPB:.).(Grifo nosso)

Ademais, como não se trata de hipótese inculpada no rol do artigo 564 do Código de Processo Penal, é de aplicar-se o conteúdo do artigo precedente, o qual determina, *in verbis*:

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

Trata-se, em verdade, do princípio *pas de nullité sans grief*, como reconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. ARTIGOS 297, § 3º, III, E 304 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA NOS AUTOS DOS DOCUMENTOS ORIGINAIS OBJETO DA FALSIFICAÇÃO. ANULAÇÃO DO FEITO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA POR OUTRAS PROVAS. DESNECESSIDADE DO EXAME DE CORPO DE DELITO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. *Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, a demonstração de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP, verbis: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"*. 3. *In casu*, os documentos apreendidos (três Guias da Previdência Social) foram submetidos a exame documentoscópico, cujo laudo atestou a falsificação. Nesse contexto, não merece guarida a pretensão de reconhecimento de ausência de justa causa e de violação ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que, posteriormente ao recebimento da denúncia, as cópias das três GPS foram acostadas aos autos, em data anterior à apresentação da defesa preliminar do paciente. Demais disso, as instâncias ordinárias apontaram a ausência de prejuízo à defesa, tendo em vista que o laudo pericial, acostado ao processo antes da conclusão do inquérito policial, descreveu minuciosamente as divergências encontradas entre os documentos falsificados e as GPS que serviram de modelo, reproduzindo-as na íntegra. 4. "Aferida a materialidade do delito por outros elementos probatórios idôneos, desnecessário o exame de corpo delito direto, não havendo falar portanto em ofensa ao artigo 158 do Código de Processo Penal" (AgRg no REsp 1129640/RS, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013). Na espécie, além do laudo pericial, o juízo apontou a existência de documentos outros que comprovam a materialidade delitiva, tais como o Relatório de Representação Fiscal para Fins Penais, o Auto de Apreensão, Guarda e Devolução de Documentos, bem como as cópias das GPS apreendidas. 5. Habeas corpus não conhecido. ..EMEN: (HC 201303921038, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:27/11/2014 ..DTPB:..)(Grifo nosso)

O apelante não demonstrou, efetivamente, prejuízos decorrentes da ausência de laudo antropológico. Apenas se vale de alegações genéricas, o que não é suficiente para a configuração de nulidade processual.

Quanto ao mérito, verifico que o conjunto fático-probatório é robusto o suficiente para sustentar a condenação do apelante nas penas do artigo 312 do Código Penal.

Na Lei nº 5.371/67, a qual autorizou a criação da FUNAI, e no Decreto nº 7.778/2012, o qual aprova o respectivo Estatuto, não consta que a essa fundação compete promover a assistência financeira de gastos de natureza individual daqueles que estão sob seu âmbito de atuação. Dessa forma, o apelante, na condição de ocupante de cargo em comissão da FUNAI, não tinha o dever funcional de prestar auxílio financeiro de qualquer espécie na mudança realizada pelo senhor José Carlos Gabriel para a aldeia indígena Nimuendaju, em Avaí/SP. Isso é fundamental para a configuração do delito previsto no artigo 312 do Código Penal, uma vez que esse tipo

penal tem como condutas a apropriação ou o desvio de valores em proveito próprio ou alheio.

Logo no depoimento a integrantes do Ministério Público Federal (fl. 64), o apelante reconhece haver emitido as ordens de abastecimento presentes às fls. 48/51; todavia afirma que ressarcir os valores correspondentes à própria FUNAI, ao tomar ciência de que esse procedimento não era admitido pela legislação. No âmbito do processo administrativo disciplinar nº 086.20001133/07-92 DV (páginas 76/77 do volume 02 da mídia digital acostada à fl. 380), ele disse que pagou os valores presentes nas autorizações porque estas foram detectadas a tempo pelo órgão federal. Além disso, em seu depoimento em juízo (fl. 367, mídia digital), reconheceu que, logo após entrar em contato com o senhor José Carlos Gabriel, não competia à FUNAI patrocinar financeira ou logisticamente a mudança de residência deste. Não obstante, reiterou que a liberação das verbas, via quatro vales, decorreu de decisão unilateral sua. Por fim, acrescentou que o senhor Amaury Vieira se havia comprometido a ajudar o senhor José Carlos Gabriel com a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais) em combustível.

O senhor Pedro Gonçalves de Oliveira, em todos os depoimentos prestados (fls. 71/72; fl. 464, mídia digital), afirmou que a decisão de receber as aludidas ordens de abastecimento como forma de pagamento do serviço de transporte partiu do próprio apelante. Ademais, por realizar essa modalidade de serviço para a FUNAI por muito tempo, acreditou que, por ter sido procurado por aquele, estava, na verdade, ajudando essa fundação em suas funções legais.

A testemunha Ronaldo Paulo (fl. 199, formato de mídia digital) reconheceu que o acusado já lhe fornecera gasolina via emissão de vales, na condição de ocupante de cargo na FUNAI, para a realização de transportes de natureza individual, embora não tenha conhecimentos sobre os fatos narrados na Denúncia.

No depoimento do senhor José Carlos Gabriel (fls. 227/228), cujos pertences foram transportados de Santa Catarina até o interior de São Paulo, consta a informação de que a autorização para o custeio de sua mudança de residência partiu do senhor Amaury Vieira, superior hierárquico do apelante. Ainda, disse que este ressarcir o dinheiro desviado à FUNAI, após tomar ciência da ilegalidade que cometera.

A testemunha Amaury Vieira (fl. 464, mídia digital), administrador regional da FUNAI, confirmou que essa fundação não realizou qualquer tipo de avença com a referida empresa transportadora. Ao verificar que esse órgão federal não poderia arcar com os gastos individuais da mudança de residência do senhor José Carlos Gabriel, não autorizou a operação. Por fim, revelou que a fundação não chegou a desembolsar, efetivamente, os valores presentes nos cupons, porquanto estes foram detectados a tempo, razão por que o apelante os desembolsou pessoalmente. Dessa forma, evitou-se a ocorrência de efetivo prejuízo material em desfavor da autarquia.

Arnor de Oliveira afirmou, em seu depoimento (fl. 464, mídia digital), que se exige procedimento administrativo prévio para a realização de transporte de pertences de indígenas, como costumava ocorrer no estado de Mato Grosso, em cujo órgão regional da FUNAI já trabalhou. Ainda, informou que o apelante não tinha poderes para fazer pagamentos em nome da fundação, mas apenas para requisitá-los. Por derradeiro, atesta que houve, de fato, a emissão de cupons para a troca por combustível, os quais foram assinados de livre e espontânea vontade pelo acusado.

A testemunha Emilio Barbosa (fl. 464, mídia digital), que trabalha no setor financeiro da FUNAI, tão só esclareceu que, pela Lei nº 4.320/64, toda e qualquer despesa de órgão da União tem de ser precedida por Nota de Empenho e por cotação dos preços oferecidos, para que se possa efetuar a contratação de serviço.

De todos esses elementos fático-probatórios, ficou demonstrado que o apelante, valendo-se de sua condição de ocupante de cargo em comissão na FUNAI, emitiu quatro documentos - todos com o timbre da fundação e com referência a cem litros de diesel - para a troca de combustível em determinada rede de postos de gasolina, os quais seriam embolsados pela empresa Pedrinho Mudanças às custas da FUNAI, a título de pagamento por serviço de transporte realizado em favor do senhor José Carlos Gabriel. Dessa maneira, está-se a tratar da hipótese de peculato-desvio em favor de terceiro, hipótese prevista no artigo 312, *caput*, 2ª parte, do Código Penal.

Nos documentos de fls. 48/51, as ordens de abastecimento foram assinadas pelo próprio apelante. Ademais, o documento de fl. 121, assinado pelo senhor Amaury Vieira, é datado de 23/03/2007, momento posterior àquela dos fatos em comento. Por conseguinte, a autoria e a materialidade delitivas estão sobejamente comprovadas, na medida em que se emitiram documentos que tinham como objetivo adquirir cem litros de diesel às custas da FUNAI, hipótese em que não havia autorização legal para tanto (custeio de despesas privadas de indígenas). Além disso, a defesa não logrou demonstrar que a mudança para o município de Avaí/SP foi realizada no estrito cumprimento do interesse da Administração Pública. Ora se aduzia que a aldeia Nimuendaju necessitava de professores bilíngues, ora se afirmava que o senhor José Carlos Gabriel estava sob perigo na reserva indígena de Pinhalzinho/SC. Mesmo que a primeira hipótese fosse verdadeira, não se tratava de servidores dessa fundação.

O dolo ficou caracterizado pela vontade livre e consciente do apelante de emitir as aludidas ordens de abastecimento em benefício do senhor José Carlos Gabriel, de modo a que este pudesse arcar com as obrigações contraídas com a empresa Pedrinho Mudanças, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Por fim, o fato de a FUNAI não ter sofrido, efetivamente, prejuízo não elide a responsabilidade penal do apelante, bem como o ressarcimento deste, conforme jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do colendo Órgão Especial desta Corte, *in verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PARTICIPAÇÃO DE DEPUTADO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE RONDÔNIA EM PECULATO-DESVIO DE FORMA CONTINUADA. NOMEAÇÃO PARA O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO APÓS O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMISSÃO DE PASSAGENS AÉREAS SEM FINALIDADE PÚBLICA. FATOS NÃO CONTROVERTIDOS NA DEFESA PRELIMINAR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IRRELEVÂNCIA NESSA FASE. DESCRIÇÃO DE CRIME EM TESE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. Havendo indícios suficientes da materialidade delitiva e da autoria da prática do crime previsto no art. 312 do Código Penal, consistentes na participação de deputado estadual na emissão de passagens aéreas sem conexão com as atividades da Assembleia Legislativa, atestada pela documentação dos autos, deve ser recebida a denúncia. 2. A emissão de passagens aéreas em nome de deputado e de sua família no recesso parlamentar, bem como de passagens para o tratamento de saúde particular de assessores e conhecidos ou para a participação de pessoas estranhas à Assembleia Legislativa em seminários e congressos, refoge das atividades atinentes às atribuições daquela Casa. 3. Rejeita-se defesa preliminar que não refuta a participação do denunciado ou a ocorrência dos fatos, especificamente os relativos à inexistência de excludente de ilicitude aferida de plano, que possam afastar o caráter ilícito do ato praticado. 4. *O ressarcimento ao erário de passagens aéreas não retira o caráter ilícito da emissão, constituindo-se em post factum com relevância na aplicação da pena, sobretudo diante dos demais objetos jurídicos do peculato, a saber, moralidade, proibidade administrativa e defesa dos recursos públicos.* 5. Recebe-se a denúncia quando os fatos nela descritos amoldam-se ao tipo do art. 312 do CP na forma continuada. ..EMEN: (APN 201000542734, JOÃO OTÁVIO

DE NORONHA, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:04/11/2014 ..DTPB:.).(Grifo nosso)

PENAL. PECULATO-USO. PECULATO-DESVIO. EMPREGO INDEVIDO DE RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE). MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. CONDUTA TÍPICA. I - A materialidade restou comprovada pelo extrato de repasse do valor de R\$ 31.365,00 do PNAE à prefeitura de Riolândia/SP, requisições de alimentos em quantidade superior à efetivamente entregue, notas de empenho e notas fiscais da aquisição de alimentos. II - Autoria demonstrada. Os próprios denunciados admitiram a utilização da cozinha piloto do município, dos gêneros alimentícios armazenados na sua dispensa e da mão-de-obra das respectivas funcionárias para custear as despesas de “Festa do Peão de Boiadeiro” promovida por entidade particular. III - Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado pelo corréu Maurílio Viana da Silva não produz reflexos na seara penal. *Não há previsão legal de extinção da punibilidade para a hipótese de ressarcimento do dano.* IV - O dolo resulta evidenciado pelas circunstâncias em que praticadas as condutas, vontade livre e consciente, com o fim especial (dolo específico) de obter proveito alheio, corroboradas por prova testemunhal. V - *O Supremo Tribunal Federal entende que constitui peculato, em tese, a aplicação de dinheiro público em proveito próprio ou de outrem, embora com a intenção de restituir (STF, APN 218, DJU de 5 de maio de 1978, pág. 2977).* VI - Crime de peculato-uso com pena fixada no mínimo legal de dois anos de reclusão, eis que praticado durante as férias escolares. Declarada prescrição intercorrente do crime de peculato-uso entre a consumação dos fatos e o recebimento da denúncia (Art. 119 do CP e Súmula STF 497). VII - Crime de peculato-desvio com pena fixada em dois anos e quatro meses em razão de motivo fútil e grave consequência ao programa de alimentação de crianças em idade escolar, caracterizado pela privação ou redução de quantidade e qualidade da merenda escolar. VIII - Substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, nos termos do Art. 44 do CP, a saber, prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade. IX - Ação penal julgada procedente. (APN 00114708220044036106, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/10/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).(Grifo nosso)

Por todas essas razões, a condenação do apelado é medida que se mostra necessária.

Quanto à dosimetria da pena para a conduta do artigo 312, *caput*, 2ª parte, do Código Penal, entendo que a pena-base merece ser fixada no mínimo legal, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multas, porquanto as circunstâncias e as consequências do crime não fugiram à normalidade do tipo penal. Contrariamente ao determinado pelo MM. Juízo *a quo*, a despreocupação do apelante para com o Erário é elemento inerente à conduta tipificada, razão por que não deve ser considerada neste momento, sob pena de configurar *bis in idem*. Posteriormente, ainda que presente a hipótese do artigo 65, III, “b”, deixo de fazê-la incidir, porque a pena-base ficou estabelecida no mínimo legal. Por fim, como se trata de quatro condutas idênticas - ele emitiu quatro ordens de abastecimento sucessivamente entre abril de 2005 e janeiro de 2006 -, que guardam liame com a realização de transporte em fevereiro de 2005, verifico que essas constituem a hipótese de crime continuado, o que faz incidir causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal.

Nesse sentido, é entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO. CRIME DE DUPLICATA SIMULADA. ART. 172 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DO DOLO, NA CONDUTA DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE DO EXAME, NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO RELATIVA À CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ART.

71 DO CÓDIGO PENAL. VALOR DO DIA-MULTA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ACUSADO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ARTS. 255 DO RISTJ E 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A apreciação das alegações deduzidas no Recurso Especial, a que foi negado seguimento, no sentido de absolver o agravante, sob o fundamento de ausência do dolo necessário à consumação do delito de duplicata simulada, ensejaria, inevitavelmente, a incursão no acervo fático-probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. II. No crime continuado, é indispensável que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratique duas ou mais condutas delituosas da mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Na linha da jurisprudência do STJ, o aumento da pena, pela continuidade delitiva, faz-se, basicamente, quanto ao art. 71, *caput*, do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Sendo seis as condutas imputadas ao acusado, consoante demonstrado pelas instâncias ordinárias, correta a fixação do aumento na metade. III. *Consoante a jurisprudência, “esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento segundo o qual o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. In casu, tendo as instâncias ordinárias afirmado que o Agravado praticara 5 (cinco) crimes de corrupção passiva, o aumento pelo delito continuado deve operar-se no quantum de 1/3 (um terço)”* (STJ, AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 16/11/2012). IV. Em relação ao valor do dia-multa imposto (meio salário-mínimo), a situação econômica do agravante, “empresário de médio porte”, foi considerada para determinar o valor unitário de cada dia-multa, e, nessa parte, não há ilegalidade, no aresto impugnado. V. A demonstração da divergência, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RISTJ, exige a realização do cotejo analítico, com a transcrição dos trechos do acórdão recorrido e do paradigma, que demonstrem a similitude fática entre o aresto impugnado e o paradigma, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, na interpretação do mesmo dispositivo de lei federal. Requisito desatendido, *in casu*. VI. Segundo a jurisprudência, “não se exige a transcrição da íntegra dos acórdãos, mas sim o cotejo analítico, nos termos do art. 255 do RISTJ. Portanto, inviável o recurso especial pela alínea ‘c’ quando não realizado o cotejo analítico e não comprovada a similitude fática entre os arestos trazidos à colação. Precedentes” (STJ, AgRg no REsp 1009447/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), SEXTA TURMA, DJe de 15/09/2008). VII. Agravo Regimental improvido. ..EMEN: (AEARESP 201202572860, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:13/09/2013 ..DTPB:..)(Grifo nosso)

Devido à prática continuada de quatro condutas, elevo a pena em 1/4 (um quarto). Consequentemente, a pena privativa de liberdade total deve ser fixada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multas, cada qual no valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Conforme o artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal, determino como regime inicial do cumprimento daquela pena o regime aberto.

Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a saber: duas prestações de serviços à comunidade e a entidades públicas, em condições a serem determinadas pelo Juízo de Execução Penal, observada a regra do artigo 55 da lei penal.

Ocorre que, como se trata de crime continuado, o cálculo da prescrição deve observar o conteúdo da Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal, por que não se computa o acréscimo referente à continuidade delitiva. Considera-se a pena-base de 02 (dois) anos de reclusão

como parâmetro de cálculo. Nos termos do artigo 109, V, o lapso prescricional em comento é de quatro anos. Entre o recebimento da denúncia - em 17/10/2008 (fl. 128) - e a publicação da sentença - em 06/11/2012 (fl. 432) - transcorreu prazo superior a quatro anos. Dessa maneira, reconheço, de ofício, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa da pena em concreto.

Ante o exposto, voto por dar *parcial provimento* ao recurso para reduzir a pena do crime de peculato para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multas, no valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em regime inicial aberto, substituindo-a por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e a entidades públicas, e por, *de ofício, declarar extintas as punibilidades dos crimes de estelionato e de peculato*, pela ocorrência da prescrição retroativa da pena *in concreto*, conforme os artigos 107, IV, e 109, V, do Código Penal.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0004625-70.2009.4.03.6005
(2009.60.05.004625-3)

Apelante: HEDER ALVES CRUVINEL
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: ACr 61225
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2015

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 273, §1º-B, INCISOS I, VI, DO CÓDIGO PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO AFASTADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE CULPOSA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONTRABANDO. AFASTAMENTO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

Cuida-se de crime formal, já que prescinde da efetiva ocorrência de dano a alguém, razão pela qual não se afigura necessária a realização de exame pericial nos medicamentos apreendidos para comprovação da potencialidade lesiva.

Outrossim, revela-se prescindível a comprovação de que os medicamentos possam causar dependência, ou de que tenham sido adulterados/corrompidos/falsificados/alterados, na medida em que o § 1º-B do artigo 273 do Código Penal, vincula os produtos descritos nos seus incisos (I a VI) às condutas de importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender, distribuir e entregar a consumo (§ 1º).

A inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal já foi objeto de julgamento do Órgão Especial desta Corte, de modo que cumpre à Décima Primeira Turma, órgão fracionário deste Tribunal, nos termos do artigo 97 da Constituição, adotar a referida orientação.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelos documentos acostados ao Volume I em apenso, notadamente pelo boletim de ocorrências policiais nº 104422 (fl. 06/07) e pelo termo de apreensão e guarda fiscal, atestando que foram apreendidas vinte e cinco cartelas do comprimido Pramyl, de procedência paraguaia (fl. 12), cuja comercialização é proibida no Brasil por não possuir registro na ANVISA (Resolução 2.997/2006).

Autoria comprovada, na medida em que o réu admitiu ter sido o responsável pela introdução irregular dos medicamentos no território nacional.

Ainda que se entenda prescindível a configuração do dolo específico na conduta do agente, consubstanciado na intenção de comercialização do medicamento, bastando, assim, sua importação e/ou entrega a consumo, o §1º-B do artigo 273 exige a presença do elemento subjetivo para sua consumação, *in casu*, o dolo de perigo.

Conclui-se que o apelante agiu com inobservância das cautelas a que estaria obrigado. Embora possível agir de maneira diversa, o acusado optou por adquirir os medicamentos, sem se certificar de que não transportava produto ilegal, ou seja, sem o dever de cuidado exigível do homem médio. Aliás, as condições subjetivas do réu indicam

a possibilidade de previsão do resultado danoso.

A conduta de importar medicamentos de procedência estrangeira de uso e comercialização proibidos no Brasil caracteriza o delito previsto no artigo 273, §1º-B, do Código Penal, norma específica, que prevalece sobre o crime de contrabando previsto no artigo 334, do mesmo Código, em observância ao princípio da especialidade.

A quantidade do medicamento apreendido inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, na medida em que não demonstrados os vetores da mínima ofensividade da conduta e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação para rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, conceder os benefícios da Justiça Gratuita e condenar Heder Alves Cruvinel pelo crime definido no artigo 273, §2º, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano de detenção, no regime aberto, e 10 (dez) dias multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na data do fato, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária, conforme critérios a serem estabelecidos pelo Juízo da Execução, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de abril de 2015.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal interposta por HEDER ALVES CRUVINEL contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS, que julgou procedente a denúncia par condená-lo pela prática do crime definido no artigo 273, §1º-B, I e VI, do Código Penal.

Narra a denúncia, *verbis* (fls. 21/23):

Heder Alves Cruvinel, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, importou e transportou 25 cartelas de PRAMIL, medicamento de origem estrangeira, sem registro no órgão de vigilância sanitária competente e de procedência paraguaia, adquiridos em Pedro Juan Cabellero/PY.

No dia 29 de agosto de 2007, às 12:50h, na rodovia BR 463, km 67, no município de Ponta Porã/MS, Policiais Rodoviários Federais apreenderam 25 cartelas de PRAMIL, que estavam em poder de Heder Alves Cruvinel.

Observa-se que, pelas características do medicamento apreendido, natureza e quantidade, não se destinavam a uso pessoal do denunciado, e sim à revenda.

(...) Com efeito, apesar de o preceito primário do artigo 273, §1ºB, inciso I, do CP, adequar-se à conduta do denunciado, o preceito secundário, que prevê penas de 10 a 15 anos, nitidamente não se amolda ao mesmo.

Ora, consideradas as circunstâncias do caso concreto e a pena a ser aplicada (10 a 15 anos de reclusão) mostra-se manifestamente desproporcional.

(...) Ante o exposto, o Ministério Público Federal denuncia Heder Alves Cruvinel pela prática do crime descrito no preceito primário do art. 273, § 1º-B, incisos I, V e VI do Código Penal, contudo, pugna para que seja aplicada, por analogia em favor do réu e forte no princípio da proporcionalidade, a pena prevista no preceito secundário do artigo 33, da Lei 11.343/06, requerendo que, autuada e recebida esta, seja instaurado o devido processo legal, para ao final ser julgado.

A denúncia foi recebida em 18 de setembro de 2009 (fl. 25).

Após regular instrução, sobreveio a sentença de fls. 165/173, por meio da qual o Juízo da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS julgou procedente a denúncia e condenou Heder Alves Cruvinel pela prática do crime previsto no artigo 273, § 1º-B, I e VI, do Código Penal, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias multa, com o valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime, atualizado monetariamente quando da execução. Houve condenação nas custas processuais, na forma do artigo 804 do Código de Processo Penal. De acordo com a sentença, o réu poderá apelar em liberdade.

A sentença foi publicada em 25 de janeiro de 2013.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação (fl. 176), aduzindo, em síntese (fls. 177/196):

a) inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, por afronta aos princípios da ofensividade do bem jurídico tutelado e proporcionalidade da pena;

b) inexistência de correlação entre a denúncia e a sentença, pois o *Parquet* Federal, pugnou pela aplicação analógica do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/06;

c) absolvição por ausência de tipicidade, em razão da falta de perigo de dano concreto ou ausência de dano à saúde pública, ou, subsidiariamente, enquadramento na modalidade culposa, prevista no artigo 273, § 2º, do CP;

d) absolvição por inexistência de prova da materialidade, em face da não realização de laudo pericial sobre os medicamentos apreendidos que atestasse: se o medicamento Pramil era de origem ignorada; a potencialidade de causar dependência psíquica ou física; se os medicamentos são falsificados, adulterados, corrompidos ou alterados; se o Pramil possui o mesmo princípio ativo do Viagra, medicamento livremente comercializado no Brasil; se o medicamento Pramil constava da Resolução nº 766/2002.

e) aplicação do princípio da insignificância;

f) desclassificação para o delito de contrabando, previsto no artigo 334, § 1º, c, do Código Penal;

g) redução da pena, com a aplicação, por analogia, das sanções do artigo 33 da Lei 11.343/06, com a minorante do §4º em sua fração máxima, substituindo-se a pena de reclusão por restritiva de direitos, ou, aplicando-se a decadência ou a prescrição;

i) por fim, aduz que o acusado é primário, possui bons antecedentes, família e emprego fixo e não faz do crime seu meio de vida.

O apelante pugna, ainda, pela concessão dos benefícios da Justiça gratuita (fl. 198).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, requerendo o provimento do recurso, para que o réu seja absolvido nos termos do artigo 386, V, do CPP (fls. 205/214).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República, em parecer, opinou pelo desproviamento do recurso defensivo (fls. 249/256).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

Consoante se depreende do relatório, o apelante foi condenado pela prática do crime tipificado no artigo 273, §1º-B, incisos I e VI, do Código Penal, *verbis*:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

(...)

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente

Cuida-se de crime formal, já que prescinde da efetiva ocorrência de dano a alguém. Por essa razão, não se afigura necessária à realização de exame pericial nos medicamentos apreendidos para comprovação da potencialidade lesiva. *Outrossim*, revela-se prescindível a comprovação de que os medicamentos possam causar dependência, ou de que tenham sido adulterados/corrompidos/falsificados/alterados, na medida em que o § 1º-B do artigo 273 do Código Penal, vincula os produtos descritos nos seus incisos (I a VI) às condutas de importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender, distribuir e entregar a consumo (§1º). Assim, o inciso I do §1º-B tem como objeto o produto que, “embora não adulterado de qualquer forma, deixou de ser devidamente inscrito no órgão governamental de controle da saúde e da higiene pública” (NUCCI, Guilherme. Código Penal Comentado. 11ª ed. 2012, p. 1065).

O objeto material do crime é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Trata-se, ademais, de crime do tipo misto alternativo na medida em que a prática de uma ou mais condutas, desde que inseridas no mesmo contexto, implica sempre num delito único.

Da alegação de inconstitucionalidade do artigo 273, §1º-B, do Código Penal.

Em suas razões recursais, a defesa alega que o artigo 273 do Código Penal impõe uma sanção excessivamente severa, razão pela qual deveria ser aplicada, por analogia, a penalidade cominada ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/03).

Já houve o julgamento pelo Órgão Especial desta E. Corte, referente à Arguição de Inconstitucionalidade quanto ao preceito secundário do art. 273 do Código Penal. Na ocasião, por maioria, foi rejeitada a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000793-60.2009.4.03.6124, nos seguintes termos:

DIREITO PENAL. ARTIGO 273 , § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

- Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273 , § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

- Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273 , § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.

- Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)

- O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.

- *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.

- Argüição de Inconstitucionalidade rejeitada. Habeas Corpus ex officio não conhecido. (TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, ARGINC 0000793-60.2009.4.03.6124, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 14/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/08/2013)

Dessa forma, com ressalva do meu pensamento sobre o tema, cumpre à Décima Primeira Turma, órgão fracionário deste Tribunal, nos termos do artigo 97 da Constituição, adotar a referida orientação.

Dos fatos

Extraí-se da denúncia que, em 29 de agosto de 2007, o apelante importou e transportou 25 (vinte e cinco) cartelas de Pramyl, medicamento de origem estrangeira, adquirido em Pedro Juan Caballero/PY, sem registro no órgão de vigilância sanitária competente.

Da materialidade

A materialidade delitiva restou demonstrada pelos documentos acostados ao Volume I em apenso, notadamente pelo boletim de ocorrências policiais nº 104422 (fl. 06/07) e pelo termo de apreensão e guarda fiscal, atestando que foram apreendidas vinte e cinco cartelas do comprimido Pramyl, de procedência paraguaia (fl. 12), cuja comercialização é proibida no

Brasil por não possuir registro na ANVISA (Resolução 2.997/2006).

Da autoria

Em juízo, as testemunhas Luis Fabio Benites Lobato (fl. 69) e Paulo Sérgio Molina Azevedo (fl. 86) disseram não se recordar dos fatos.

Interrogado judicialmente, o réu declarou (fls. 125/126):

(...) que a medicação apreendida não era de sua propriedade, vez que comprou por encomenda, melhor explicando, apenas comprou a medicação para uma pessoa. (...) que se recorda que no ano de 2007 ter feito uma viagem para Pedro Juan Caballero/PY, que lá comprou alguns produtos eletrônicos, sendo uma mesa de som, uma máquina fotográfica, dois celulares e dois ou três autos falantes; que uma pessoa que não se recorda o nome e nem endereço encomendou 25 cartelas de pramil, que comprou, mas não tinha ciência que o medicamento não tinha registro na ANVISA e, portanto, proibido no nosso país; que, como dito, os medicamentos não eram seus (...).

Comprovada, portanto a autoria, na medida em que restou evidenciado que o réu foi o responsável pela introdução irregular dos medicamentos no território nacional.

Do dolo

Ainda que se entenda prescindível a configuração do dolo específico na conduta do agente, consubstanciado na intenção de comercialização do medicamento, bastando, assim, sua importação (trazer algo de fora para dentro do País) e/ou entrega a consumo (passar às mãos de terceiro para que seja ingerido), o § 1º-B do artigo 273 exige a presença do elemento subjetivo para sua consumação, *in casu*, o dolo de perigo, consistente na “vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros” (Guilherme de Souza Nucci *in* Código Penal Comentado, 5ª ed. rev., atual. e ampl., Editora RT, 2005, p. 901).

O acusado afirma que não tinha ciência sobre a necessidade de registro na Anvisa. Na verdade, conclui-se que o apelante agiu com inobservância das cautelas a que estaria obrigado. Verifica-se que, embora possível agir de maneira diversa, o acusado optou por adquirir os medicamentos, sem se certificar de que não transportava produto ilegal no Brasil, embora o remédio fosse comercializado no estrangeiro, ou seja, sem o dever de cuidado exigível do homem médio. Aliás, as condições subjetivas do réu indicam a possibilidade de previsão do resultado danoso.

Assim, as provas amealhadas aos autos não demonstram que o acusado tenha importado as 25 cartelas de Pramil com o dolo necessário à configuração do delito, mormente porque tais medicamentos - que possuem similar no Brasil - foram adquiridos pelo réu a pedido de uma pessoa, conforme se extrai do interrogatório judicial. Ademais, não há como se presumir, à míngua de qualquer prova nesse sentido, que a medicação apreendida seria comercializada.

Configurada, portanto, a modalidade culposa prevista no artigo 273, §2º, do Código Penal, diante da negligência do apelante com o dever de cuidado.

Da Desclassificação para o Crime Previsto no artigo 334 do Código Penal

O apelante requer a desclassificação da sua conduta para o crime descrito no artigo 334 do Código Penal.

A despeito dos argumentos defensivos, destaco que a conduta de importar medicamentos de procedência estrangeira de uso e comercialização proibidos no Brasil caracteriza o delito previsto no artigo 273, §1º-B, do Código Penal, norma específica, que prevalece sobre o crime de contrabando previsto no artigo 334, do mesmo Código, em observância ao princípio da

especialidade.

Malgrado os medicamentos possam ser considerados “mercadoria proibida”, não se trata de contrabando, já que existe norma específica neste aspecto.

Ademais, o tipo penal do artigo 334 do Código Penal visa tutelar a política estatal de comércio exterior, pois através da proibição de importação de determinada mercadoria, ou da tributação sobre a sua importação, o Estado pode estimular ou proteger determinado setor da indústria nacional. De outro lado, não há interesse do Estado na proteção da regularidade do comércio exterior no caso de medicamentos proibidos. Estes têm sua importação proibida, não em razão da política estatal de comércio exterior, mas pelo fato de não estarem em regularidade com as normas de vigilância sanitária, podendo colocar em risco a saúde pública (ACR 00107757220114036110, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/05/2013 ..FONTE _REPUBLICACAO:.)

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTIGOS 334, § 1º, “d”, e 273, § 1º-B, I e V, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE DESCAMINHO E CONTRABANDO, SOB FORMA ESPECIALIZADA, COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, ART. 109, IV, DA CF. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. INDÍCIOS. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. (...).

2. (...).

3. A importação de remédio de procedência ignorada, sem registro e adquirido de estabelecimento sem licença do Órgão de Vigilância Sanitária competente pode ser entendida como contrabando sob forma especializada. Por opção legislativa (lei 9.677/98), uma conduta que antes se amoldava ao tipo previsto no art. 334 do CP passou a ser prevista em tipo penal próprio (art. 273 do CP), providência que não alterou, todavia, a competência federal para processamento e julgamento do feito.

4. (...).

(TRF2, RSE - Recurso em Sentido Estrito - 2244, Relator(a): Des. Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, julgado em 12/01/2011, publicado no DJF2 em 21/02/2011).

Dessa forma, diante do princípio da especialidade, afasto o pedido de desclassificação para o crime de contrabando.

Do princípio da insignificância

Pretende o réu seja reconhecido o princípio da insignificância.

O princípio da insignificância, como corolário do princípio da pequenez ofensiva inserto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que o Direito Penal, pela adequação típica do fato à norma incriminadora, somente intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a atipicidade penal nas hipóteses de delitos de lesão mínima, que ensejam resultado diminuto.

No entanto, a quantidade do medicamento apreendido, de origem estrangeira, sem registro na ANVISA, inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, na medida em que não demonstrados os vetores da mínima ofensividade da conduta e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente.

Da dosimetria

Na primeira fase da dosimetria, verifico que a culpabilidade, as circunstâncias, as consequências e os motivos do crime são normais à espécie. O réu não ostenta antecedentes criminais. Não há elementos concretos para valoração da personalidade e da conduta social do agente. Fixo, portanto, a pena-base em seu patamar mínimo legal, a saber, 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias multa.

Na segunda fase, embora o acusado tenha confessado o delito deixo de aplicar a circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal, por força da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Ausentes demais circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, não há causas de diminuição e de aumento, razão pela qual fixo definitivamente a pena em 01 (um) ano de detenção, no regime aberto, e 10 (dez) dias multa. Mantenho o valor unitário do dia multa em 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na data do fato, conforme estabelecido na sentença.

Preenchidos os requisitos estabelecidos no artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária, conforme critérios a serem estabelecidos pelo Juízo da Execução.

Concedo ao acusado os benefícios da Justiça Gratuita, na forma da Lei 1.060/50, diante do pedido de fls. 198.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, conceder os benefícios da Justiça Gratuita e condenar Heder Alves Cruvinel pelo crime definido no artigo 273, §2º, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano de detenção, no regime aberto, e 10 (dez) dias multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na data do fato, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária, conforme critérios a serem estabelecidos pelo Juízo da Execução.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000172-58.2011.4.03.6103
(2011.61.03.000172-8)

Apelante: EDNEY ULISSES MARQUES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNANDO MENDES
Classe do Processo: ACr 49767
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/03/2015

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. SEGURO DESEMPREGO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA REFORMADA. EXCLUSÃO DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. CRIME ÚNICO. REPARAÇÃO DE DANOS MANTIDA. ALTERADA O DESTINATÁRIO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

1 - Réu acusado de ter recebido seguro desemprego fraudulentamente, uma vez que, no mesmo período do recebimento das parcelas, ingressou com reclamação trabalhista em face de determinada empresa, objetivando, entre outros pedidos, o reconhecimento do seu vínculo empregatício.

2 - Materialidade comprovada pelo efetivo recebimento das parcelas do seguro desemprego e reconhecimento do vínculo trabalhista pela Justiça competente para o mesmo período.

3 - A autoria e o dolo são também indubitáveis. O réu confessou que recebeu o seguro desemprego pela dispensa de determinada empresa, ao mesmo tempo em que estava trabalhando na outra.

4 - A alegação de desconhecimento de tal irregularidade não é crível. A alegação de sua ingenuidade, na verdade, somente pode ser aceita com relação à reclamação trabalhista, na qual fez prova de seu ato indevido.

5 - Não é possível, também, reconhecer o princípio da insignificância para o crime em comento. Com efeito, o estelionato praticado contra a autarquia previdenciária é delito que tutela o patrimônio público e a regularidade do trato da coisa pública, circunstâncias que não autorizam tratamento leniente do julgador aos autores dessa natureza de crime. Precedentes.

6 - Sobre a dosimetria, a pena base foi aplicada no mínimo legal, ou seja, em 01 ano de reclusão e 10 dias multa. Na segunda fase, apesar do reconhecimento da confissão do réu, tal atenuante não pode abrandar a pena, diante da vedação constante da Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, a pena foi majorada diante da incontestável causa de aumento prevista no 3º do artigo 171 do Código Penal, por ter sido o crime cometido em detrimento de entidade de direito público, restando fixada em 01 ano e 04 meses de reclusão e 13 dias multa.

7 - Ainda nessa terceira fase, o Juízo *a quo* aplicou a causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal, por terem sido efetuados 05 saques indevidos do seguro desemprego. No entanto, referido acréscimo deve ser afastado, tendo em vista que a conduta do réu, ao receber o seguro desemprego é única, o fato do pagamento do

benefício ser parcelado não tem o condão de caracterizar a continuidade delitiva.

8 - Afastado, de ofício, a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal, a pena resta definitivamente fixada em 01 ano e 04 meses de reclusão e 13 dias multa.

9 - O valor do dia multa foi fixado no mínimo legal e o regime inicial de cumprimento da pena determinado foi o aberto, não havendo o que reformar.

10 - Deve ser mantida, também, a indenização fixada pelos danos ao erário no valor de R\$ 3.882,30, equivalente à soma das prestações de seguro-desemprego pagas indevidamente, já que devidamente requerida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL na exordial, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

11 - A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, consistente, a primeira, em prestação de serviços à comunidade, e, a segunda, em prestação pecuniária equivalente a 02 salários mínimos a serem pagos à instituição de assistência a crianças carente a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais.

12 - A destinação da prestação pecuniária, de ofício, deve ser reformada, para que a mesma reverta em favor da vítima, já que, sendo coincidentes os beneficiários, o valor pago poderá ser deduzido de sua condenação na reparação de danos, nos termos da parte final do artigo 45, §1º, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso interposto por EDNEY ULISSES MARQUES e, de ofício, afastar a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal, fixando a pena final em *01 ano e 04 meses de reclusão e 13 dias multa*, determinando que a vítima do delito seja a beneficiária da prestação pecuniária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2015.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Trata-se de apelação criminal interposta por EDNEY ULISSES MARQUES, contra a r. sentença de fls. 98/102 (publicada em 07/12/2011, complementada pelos Embargos de Declaração de fls. 112), que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 171, §3º, c/c 71, ambos do Código Penal, às penas de 01 ano, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 15 dias multa, no valor unitário mínimo, substituindo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária equivalente a 02 salários mínimos.

Narra a denúncia (recebida e publicada em 23/05/2011 - fls. 45/47) que EDNEY, no período de 09/2008 a 01/2009, recebeu, dolosa e indevidamente, parcelas do Seguro Desemprego, ao mesmo tempo em que trabalhava sem registro em CTPS na empresa Mendonça Comunicação Visual Ltda, conforme restou comprovado na Reclamação trabalhista de nº 00810.2009.045.15.00.1- RTS.

Nas razões de apelação, a defesa requer a absolvição do réu, por ausência de dolo ou pela aplicação do princípio da insignificância (fls. 114/118).

Contrarrazões apresentadas regularmente (fls. 125/127).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República ofertou parecer opinando pelo desprovemento do recurso (fls. 129/133).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Segundo consta, EDNEY ULISSES MARQUES ingressou com reclamação trabalhista em face da empresa Mendonça Comunicação Visual Ltda ME, perante a 2ª Vara do Trabalho de São José dos Campos S/P, objetivando, entre outros pedidos, o reconhecimento do seu vínculo empregatício com a mesma. Ao final, teve seu pedido julgado parcialmente procedente, sendo reconhecido o pretendido vínculo, no período de 01/09/2008 a 16/03/2009 (fls. 06/07).

Consta, também, que o réu recebeu cinco parcelas de seguro desemprego, nos dias 22/09/2008, 21/10/2008, 21/11/2008, 22/12/2008 e 20/01/2009, no valor total de 3.882,30 (fls. 16).

Às fls. 72/74, consta cópia da CTPS do réu, na qual se observa o vínculo empregatício com a empresa Original Veículos Ltda, no período de 14/09/2005 a 05/07/2008, e com a empresa Mendonça Comunicação visual Ltda, no período de 01/09/2008 a 16/03/2009.

Ouvido, extrajudicial e judicialmente, em síntese, EDNEY confirmou que recebeu as parcelas de seguro desemprego no período de 09/2008 a 01/2009, porque foi dispensado sem justa causa da empresa Original Veículos Ltda em 07/2008. Requereu o benefício social em 08/2008, começando a trabalhar na empresa Mendonça em 09/2008, não sabendo que era indevido receber seguro desemprego e salário ao mesmo tempo, mesmo porque, como não era registrado na empresa Mendonça, não tinha direito ao FGTS, recolhimento previdenciários, etc. Esclareceu que era colega de trabalho de Marcelo na empresa anterior, tendo este lhe oferecido emprego após ser dispensado da “Original”. Apesar de sempre esperar e cobrar o registro em sua CTPS, Marcelo se esquivava e não providenciava a documentação. Combinaram um salário mensal, que era pago parceladamente. Saiu da empresa e não recebeu todo o salário, motivo pelo qual ingressou com reclamação trabalhista. Por fim, ressaltou que não tinha intenção de fazer nada errado e acreditava que com o registro, o benefício do seguro desemprego seria automaticamente cancelado (fls. 31/32 e 89)

A testemunha Benedito Lázaro, proprietário da empresa Mendonça Comunicação Visual Ltda, esclareceu que o verdadeiro administrador da empresa é seu filho Marcelo Mendonça Lázaro, podendo confirmar apenas que o réu trabalhou na mencionada empresa, não sabendo precisar quaisquer detalhes (fls. 89).

Marcelo Mendonça Lázaro, por sua vez, esclareceu que trabalhou com EDNEY na empresa Original Veículos, tendo este lhe procurado, após ser dispensado dessa empresa. Como eram amigos e EDNEY lhe disse que seria recontratado, ofereceu-lhe um emprego informal. EDNEY, então, foi contratado em 09/2008, para trabalhar em sua empresa, na área administrativa, mediante determinado salário mensal, sendo certo que sua situação era temporária e persistiria

até ser recontratado pela outra empresa. Tal situação perdurou por aproximadamente 06 meses, quando houve uma desavença entre ambos e EDNEY pediu demissão. Um tempo depois, foi surpreendido com o ingresso da reclamação trabalhista, mesmo porque, ficou sabendo que EDNEY recebia seguro desemprego no período em que trabalhava em sua empresa (fls. 89).

Expostas as provas, a materialidade restou comprovada pelo recebimento das parcelas do seguro desemprego e do vínculo trabalhista pleiteado e reconhecido no mesmo período em que recebeu o benefício previdenciário.

A autoria e o dolo são também indúvidos.

O réu confessou que recebeu o seguro desemprego pela dispensa da empresa “Original”, ao mesmo tempo em que estava trabalhando na empresa “Mendonça”.

A alegação de desconhecimento de tal irregularidade não é crível, tanto é verdade que imaginava que com o vínculo de trabalho reconhecido pela empresa “Mendonça”, o benefício seria cancelado.

Pelas declarações do réu, resta claro que como seu registro não aconteceu, entendeu ser merecedor do benefício do seguro desemprego, mesmo sem direito, já que não teria as garantias trabalhistas devidas, como o FGTS, INSS, etc.

Não há como entender, também, que o trabalho realizado pelo réu na empresa “Mendonça” era um simples “bico”, uma vez que pleiteou o reconhecimento de que era verdadeiro empregado da empresa junto à Justiça do Trabalho, saindo vencedor em sua demanda.

Vale dizer, também, embora de nada adiante, que seu empregador, Marcelo, aproveitando-se da situação do réu, propositadamente, não providenciou o registro em sua CTPS. Ademais, assim alegou em sua defesa no processo trabalhista (fls. 02/04).

Assim, não há como reconhecer o desconhecimento por parte do réu de que não poderia receber as parcelas do seguro desemprego, estando empregado. A alegação de sua ingenuidade, na verdade, somente pode ser aceita com relação à reclamação trabalhista, na qual fez prova de seu ato indevido.

Noutro giro, não é possível, também, reconhecer o princípio da insignificância para o crime em comento.

Com efeito, o estelionato praticado contra a autarquia previdenciária é delito que tutela o patrimônio público e a regularidade do trato da coisa pública, circunstâncias que não autorizam tratamento leniente do julgador aos autores dessa natureza de crime, conforme se depreende dos seguintes julgados de interesse:

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. (ART. 171, § 3º, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que

o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Num juízo de tipicidade conglobante, que envolve não apenas o resultado material da conduta, mas o seu significado social mais amplo, certamente não se pode admitir a aplicação do princípio da insignificância, inobstante o inexpressivo dano patrimonial que deles tenha decorrido, em delitos em cuja prática se empregou violência ou ameaça de qualquer espécie, ou, como no estelionato, ardid ou fraude contra entidade de direito público. 4. Ordem denegada (grifos nossos) (HC 119729/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 31/01/2014)

Habeas corpus. Penal. Estelionato praticado contra a Previdência Social. Artigo 171, § 3º, do Código Penal. princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Elevado grau de reprovabilidade da conduta praticada, o que não legitima a aplicabilidade do postulado. Ordem denegada. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, carece, entre outros fatores, além da pequena expressão econômica do bem objeto de subtração, de um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente. 2. Ainda que se admitisse como norte para aferição do relevo material da conduta praticada pelo paciente a tese de que a própria Fazenda Pública não promove a execução fiscal para débitos inferiores a R\$ 10.000 (dez mil reais) - Lei nº 10.522/02 -, remanesceria, na espécie, o alto grau de reprovabilidade da conduta praticada. Esse fato, por si só, não legitimaria a aplicabilidade do postulado da insignificância. 3. Paciente que, após o falecimento de terceiro, recebeu indevidamente, no período de junho de 2001 a fevereiro de 2003, o benefício de prestação continuada a ele devido, causando prejuízo ao INSS na ordem de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). 4. Esse tipo de conduta contribui negativamente com o *deficit* previdenciário do regime geral, que alcança, atualmente, expressivos 5,1 bilhões de reais. Não obstante ser ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, à luz do *deficit* indicado, se a prática de tal forma de estelionato se tornar comum, sem qualquer repressão penal da conduta, certamente se agravaria a situação dessa prestadora de serviço fundamental à sociedade, responsável pelos pagamentos das aposentadorias e dos demais benefícios dos trabalhadores brasileiros. Daí porque se afere como elevado o grau de reprovabilidade da conduta praticada. 5. Segundo a jurisprudência da Corte “o princípio da insignificância, cujo escopo é flexibilizar a interpretação da lei em casos excepcionais, para que se alcance o verdadeiro senso de justiça, não pode ser aplicado para abrigar conduta cuja lesividade transcende o âmbito individual e abala a esfera coletiva” (HC nº 107.041/SC, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 7/10/11). 6. Ordem denegada. (grifos nossos) (HC 111918/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012, DJe 21/06/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DELITO DO ART. 173, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CRIME PRATICADO CONTRA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

I - Não se aplica, em regra, o princípio da insignificância ao delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, porquanto a conduta delituosa tipificada no aludido dispositivo - estelionato praticado contra a entidade de direito público - ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, sendo altamente reprovável. Precedentes.

II - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

III - Agravo Regimental improvido. (grifos nossos)

(AgRg no AREsp 463149/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 10/06/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 397, III, DO CPP. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO (CEF). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. (I) - MATÉRIA EMINENTEMENTE FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. (II) - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A DELITO COMETIDO CONTRA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 5º, XXXV, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para a aplicação ou não do princípio da insignificância, devem ser analisadas as circunstâncias específicas do caso concreto, o que esbarra na vedação do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que “no delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, não se aplica o princípio da insignificância para o trancamento da ação penal, uma vez que a conduta ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, bem como é altamente reprovável”. (RHC 21670/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ 05/11/2007) Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ.

3. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1323659/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 28/03/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL INDEVIDO. PREJUÍZO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1. Segundo a melhor doutrina, o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.

2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) implique uma ínfima afetação ao bem jurídico.

3. Na hipótese em exame, a denúncia imputa aos recorrentes a conduta de receberem indevidamente recursos federais, porque se inscreveram no Cadastro Único de Programas Sociais - programa desenvolvido pelo Governo Federal objetivando auxiliar as famílias que se encontram em estado de extrema pobreza - inserindo falsos indicadores de pobreza, para a obtenção do indevido benefício assistencial.

4. No delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, não se aplica o princípio da insignificância para o trancamento da ação penal, uma vez que a conduta ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, bem como é altamente reprovável.

5. Recurso ordinário improvido.

(STJ - RHC 21670 - Proc. Nº 200701632666 - PR - 5ª Turma - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - v.u. - j. 04/10/2007 - DJ 05/11/2007 - pág. 292)

HABEAS CORPUS. PENAL. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DA ACUSAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ESTELIONATO QUALIFICADO.

RECEBIMENTO DE SEGURO - DESEMPREGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DESTA CORTE.

1. Não se vislumbra, na espécie, a alegada intempestividade do recurso em sentido estrito interposto pela acusação, contra a decisão que rejeitou o recebimento da denúncia oferecida em desfavor do Paciente.

2. Não se aplica o princípio da insignificância nas fraudes contra o Programa de seguro - desemprego, uma vez que, ainda que ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, deve ser levado em consideração, nesses casos, o risco de desestabilização do referido programa. É que, se a prática de tal forma de estelionato se tornasse comum entre os cidadãos, sem qualquer repressão penal, certamente acarretaria, além de uma grande lesão aos cofres públicos, um enorme desequilíbrio em seu desenvolvimento, a ponto de tornar inviável a sua manutenção pelo Governo Federal, prejudicando, assim, àqueles trabalhadores que efetivamente viessem a necessitar dos benefícios oferecidos pelo referido programa.

3. Ademais, se fosse levado em consideração, para a aplicação do princípio da insignificância, apenas o valor percebido, de forma fraudulenta, do Programa de seguro - desemprego, estaria se criando, assim, uma autorização para a prática de tais condutas lesivas, sem qualquer risco de reprovação penal, bastando apenas, para tanto, que os valores recebidos com a fraude fossem de pequena monta. Precedente desta Corte.

4. De qualquer forma, não se pode nem mesmo considerar irrisório o valor obtido pelo Paciente na espécie, pois os saques indevidos praticados por ele perfizeram um total de mais de R\$ 600,00 (seiscentos reais), possuindo, assim, relevo em sede de ilicitude penal.

5. Ordem denegada.

(STJ - HC 43474 - Proc. nº 200500654486 - MG - 5ª Turma - Rel. Min. Laurita Vaz - v.u. - j. 04/09/2007 - DJ 01/10/2007 - pág. 301)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. ESTELIONATO. OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LESÃO PATRIMONIAL DE PEQUENO VALOR, PORÉM RELEVANTE. PRECEDENTES.

1. Não ocorre violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto as alegadas omissões no julgado restaram devidamente tratadas no acórdão recorrido.

2. A inexistência do prequestionamento explícito ou numerário, ao contrário do alegado pelo Recorrente, não prejudica o exame do recurso especial, uma vez que a jurisprudência desta Corte admite o prequestionamento implícito.

3. A conduta perpetrada pela agente não pode ser considerada irrelevante para o direito penal. A vantagem ilícita obtida - no valor de R\$ 80,00 -, muito embora não expresse intensa agressão ao patrimônio da vítima, não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela.

4. Ainda que, na hipótese, o delito seja de pequena gravidade, não pode ser tido como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representaria verdadeiro incentivo a pequenos delitos que, no conjunto, trariam desordem social.

5. Recurso provido para, afastando a aplicação do princípio da insignificância, cassar o acórdão recorrido e a sentença absolutória de primeiro grau.

(STJ - RESP 696440 - Proc. nº 200401398087 - RS - 5ª Turma - Rel. Min. Laurita Vaz - v.u. - j. 14/06/2007 - DJ 06/08/2007 - pág. 616)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ARTIGO 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO.

1. Denúncia que narra a prática, em tese, do crime definido no artigo 171, § 3º, do Código Penal.
 2. Inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime do artigo 171, § 3º, do Código Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.
 3. Recurso em sentido estrito provido.
- (ACR 2013.61.06.002606-2/SP, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSE LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, DATA: 26/08/2014)

PENAL - ESTELIONATO EM DETRIMENTO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR - SEGURO-DESEMPREGO - RECEBIMENTO PELO RÉU COM VÍNCULO DE EMPREGO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO APLICAÇÃO - OBJETIVIDADE JURÍDICA DA NORMA - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO POR PARTE DO RÉU - CIÊNCIA DE QUE FAZIA JUS AO BENEFÍCIO - REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - CONDENAÇÃO - ANUÊNCIA DA CORRÉ EMPREGADORA - DOLO ESPECÍFICO - NÃO COMPROVAÇÃO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. 1. Em reclamação trabalhista que tramitou perante a 1ª Vara do Trabalho de Catanduva/SP proposta pelo réu em face da empresa Barbério&Longhini Ltda, ficou reconhecido o vínculo de emprego com a empresa no período de 02/01/2001 a 19/01/2004, no qual, segundo a denúncia, foi constatada simulação de dispensa e readmissão com o intuito de recebimento de FGTS e seguro-desemprego. (...) 6. Não prevalece o entendimento esposado na sentença de aplicar-se ao caso o princípio da insignificância, em face da objetividade jurídica tutelada pela norma que ampara toda a sociedade, através de benefícios assistenciais. (...) (ACR 00114673020044036106, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/07/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL. ESTELIONATO. SEGURO-DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. - Princípio que não se aplica nos crimes praticados em prejuízo da Previdência Social. Precedentes. - Recurso provido. (ACR 00089016620084036107, DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/07/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA. APELAÇÃO INTIMPESTIVA. REDISSCUSSÃO DA CONDENAÇÃO POR VIA IMPRÓPRIA. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO. SEGURO DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM DENEGADA. 1. Sentença condenatória. Apelação intempestiva. 2. *Habeas corpus* impetrado contra sentença. Rediscussão da condenação através de via imprópria. Não cabimento. 3. Estelionato contra ente público. Obtenção de seguro desemprego. 4. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Lesividade e reprovabilidade da conduta. Risco de desequilíbrio financeiro para manutenção do programa de assistência da Previdência Social. Precedentes do STJ. 5. Tipicidade da conduta. Exaustiva análise na instrução e na sentença condenatória. 6. Via do *habeas corpus* é medida de exceção. Constrangimento não demonstrado. 7. Ordem denegada. (HC 00106108520124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Diante da inaplicabilidade, no caso, do princípio da insignificância, estando comprovados a materialidade, a autoria delitiva e o dolo, o édito condenatório deve ser mantido.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase a pena base foi aplicada no mínimo legal, ou seja, em 01 ano de reclusão e 10 dias multa.

Na segunda fase, apesar do reconhecimento da confissão do réu, tal atenuante não pode abrandar a pena, diante da vedação constante da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, a pena foi majorada diante da incontestável causa de aumento prevista no 3º do artigo 171 do Código Penal, por ter sido o crime cometido em detrimento de entidade de direito público, restando fixada em 01 ano e 04 meses de reclusão e 13 dias multa.

Ainda nessa terceira fase, o Juízo *a quo* aplicou a causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal, por terem sido efetuados 05 saques indevidos do seguro desemprego.

No entanto, penso que referido acréscimo deve ser afastado, tendo em vista que a conduta do réu, ao receber o seguro desemprego é única, o fato do pagamento do benefício ser parcelado não tem o condão de caracterizar a continuidade delitiva.

Dessa forma, afasto, de ofício, a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal, fixando a pena definitivamente em *01 ano e 04 meses de reclusão e 13 dias multa*.

Nesse sentido:

CRIMINAL. RESP. ESTELIONATO QUALIFICADO. SEGURO-DESEMPREGO. RECEBIMENTO PARCELADO. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SURSIS ESPECIAL. NÃO REPARAÇÃO DO DANO. NÃO CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Hipótese em que o réu obteve o benefício de forma parcelada, o que não pode ser considerado como crime continuado, diante da existência de apenas uma conduta. Trata-se de crime permanente, de ação contínua e não várias condutas independentes entre si.

II. O fato do pagamento do benefício ter se efetivado em 4 parcelas não atrai a incidência da regra da continuidade delitiva, pois houve um único crime, de obtenção de uma única vantagem ilícita, havida, no entanto, parceladamente.

III. O *sursis* especial é concedido quando as circunstâncias do crime forem totalmente favoráveis ao condenado, e tiver ele reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo. Ausente tal reparação, é inadmissível a concessão do benefício especial.

IV. Caso em que o réu não reparou o dano, tornando incabível a aplicação do *sursis* especial previsto no § 2º do art. 78 do Código Penal.

V. Recurso parcialmente provido.

(RESP 200601107545-RESP - RECURSO ESPECIAL - 858542

Relator(a) GILSON DIPP-STJ-QUINTA TURMA-DJ DATA:29/06/2007)

PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º DO CÓDIGO PENAL. LEVANTAMENTO DOS VALORES DO SEGURO DESEMPREGO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. DOLO NA CONDUTA. CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ERRO DE PROIBIÇÃO (ART. 21 DO CP). INOCORRÊNCIA. AUTORIA DA CORRÉ. NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESCABÍVEL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 171, §1º DO CP). IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CP). AFASTADA DE OFÍCIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS (ART. 44 §2º DO CP). CABÍVEL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DA RÉ. IMPROVIDA.

(...)

9. Continuidade delitiva (art. 71, do CP) afastada de ofício, porquanto, o recebimento do seguro-desemprego é uma conduta única. Precedentes STF.

10. Recurso do Ministério Público Federal provido em parte tão somente para afastar a causa de diminuição prevista no art. 171, §1º do CP.

12. Apelação da ré improvida.

(TRF3ª Região; ACR 2011.61.02.004153-5; rel. Des. Federal MARCELO SARAIVA; DJ 09/12/2014)

PENAL. CRIME DE ESTELIONATO. SEGURO-DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA AFASTADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Ao crime de estelionato contra o seguro-desemprego não se aplica o princípio da insignificância, haja vista a grandeza dos valores jurídicos tutelados pelo referido programa.
2. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de estelionato, é de rigor manter a sentença condenatória proferida em primeira instância.
3. Havendo dúvida sobre a ocorrência de um segundo delito em continuidade delitiva, cumpre excluir da sentença o acréscimo de pena fundado na aplicação do artigo 71 do Código Penal.
4. Recurso provido em parte.

(ACR 00041497820044036111-ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 26433

Relator(a)-DES.FED. NELTON DOS SANTOS-TRF3-SEGUNDA TURMA- e-DJF3-DATA:11/03/2010)

O valor do dia multa foi fixado no mínimo legal e o regime inicial de cumprimento da pena determinado foi o aberto, não havendo o que reformar.

Mantenho, também, a indenização fixada pelos danos ao erário no valor de R\$ 3.882,30, equivalente à soma das prestações de seguro-desemprego pagas indevidamente, já que devidamente requerida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL na exordial, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Por fim, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, consistente, a primeira, em prestação de serviços à comunidade, e, a segunda, em prestação pecuniária equivalente a 02 salários mínimos a serem pagos à instituição de assistência a crianças carente a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais.

Com relação à prestação pecuniária, de ofício, reformo sua destinação, para que a mesma reverta em favor da vítima, já que, sendo coincidentes os beneficiários, o valor pago poderá ser deduzido de sua condenação na reparação de danos, nos termos da parte final do artigo 45, §1º, do Código Penal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por EDNEY ULISSES MARQUES, e, de ofício, afasto a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal, fixando a pena final em *01 ano e 04 meses de reclusão e 13 dias multa*, determinando que a vítima do delito seja a beneficiária da prestação pecuniária.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0006653-31.2011.4.03.6105
(2011.61.05.006653-4)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelados: RENATO ROSSI E ORESTES MAZZARIOL JUNIOR
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: ACr 53559
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/03/2015

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EMPRÉSTIMO VEDADO (ART. 17, DA LEI 7.492/86). OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA POR EQUIPARAÇÃO (ART. 1º, PAR. ÚNICO, DA LEI 7.492/86). DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO NESSE SENTIDO. OCORRÊNCIA DE ERRO DE PROIBIÇÃO INVENCÍVEL OU ESCUSÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. APELO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO.

1- Imputa-se aos réus a prática do crime previsto no art. 17 da Lei nº 7.492/86.

2- As operadores de planos de saúde são equiparadas às instituições financeiras por força do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, e conforme entendimento jurisprudencial que vem se consolidando (TRF2: ACR 201051018098980, Abel Gomes, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R de 16.12.2014; RSE 200950010044898, Marcello Ferreira de Souza Granado, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R de 27.04.2010).

3- O empréstimo firmado pelos réus na qualidade de representantes da Santa Cruz Saúde LTDA. - operadora de plano de saúde - tem o condão de configurar o ilícito em comento, até mesmo porque a ilicitude da conduta é reforçada pela disposição contida no art. 21, inciso II, da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

4- A materialidade e a autoria delitivas são incontestáveis.

5- A despeito do inconformismo do Ministério Público Federal, é o caso de manter a absolvição dos Recorridos, eis que efetivamente configurado, na hipótese, o erro de proibição invencível ou escusável.

6- Deveras, ambos os Recorridos admitiram que desconheciam a ilegalidade do empréstimo deferido pela Santa Cruz a Brasmed, que foi feito, ademais, em caráter emergencial, tanto que, quando alertados disso, tomaram todas as providências necessárias ao retorno ao *status quo ante*.

7- Ademais disso, tal como aduziu a sentença, a equiparação das operadoras de planos de saúde a instituições financeiras, ainda que venha sido paulatinamente reconhecida pela jurisprudência pátria, não é uma questão pacífica. Ora, se o ilícito perseguido nestes autos não é de fácil assimilação sequer para os operadores de Direito, o que dizer dos recorridos.

8- Nada obstante, o contrato de empréstimo teria sido efetuado para não cessar as atividades da Brasmed, hospital que fazia o atendimento básico de todos os conve-

niados da Santa Cruz e que na época passava por dificuldades financeiras, e, logo após terem sido comunicados da irregularidade do empréstimo pela ANS, os réus, que eram médicos e não dispunham de suficiente conhecimento técnico sobre o que é ou não autorizado no complexo ramo do mercado financeiro fizeram a quitação de tais valores, conforme comprova o ofício de fls. 111, elaborado pela referida agência reguladora.

9- Ainda, ao contrário do quanto alegou o Ministério Público Federal, o empréstimo foi integralmente quitado, conforme demonstra o extrato de fls. 57/59, onde se verifica que o valor de R\$90.000,00 era, efetivamente, o total da dívida remanescente após descontadas as parcelas já pagas e abatidos proporcionalmente os juros em razão do pagamento antecipado.

10- Em vista do exposto nos itens anteriores, de rigor a manutenção da absolvição dos recorridos.

11- Apelação desprovida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de março de 2015.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença de fls. 322/327-vº, prolatada pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Criminal de Campinas/SP, que julgou improcedente a pretensão punitiva estatal, absolvendo os acusados Renato Rossi e Orestes Mazzariol Júnior (doravante “Recorridos”) da imputação da prática do crime previsto no art. 17 da Lei nº 7.492/86.

Narra a denúncia (fls. 120/123) que os Recorridos, na condição de sócios administradores das empresas Santa Cruz Saúde LTDA. e Brasmed Assistência Médica LTDA., firmaram um contrato de mútuo entre elas, na qual a mutuante (Santa Cruz) transferiu, em 07.12.2007, a quantia de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) para a mutuária (Brasmed). Entretanto, o empréstimo pactuado seria vedado não só nos termos do art. 17, da Lei nº 7.492/86 - na medida em que a Santa Cruz, enquanto operadora privada de plano de saúde, seria equiparada à instituição financeira -, como também em face do quanto disposto no art. 21, I e II, da Lei nº 9.656/98. Consta ainda que o empréstimo teria sido quitado, segundo termo de quitação de fls. 49, após recebimento de valor expressivamente menor do que o transferido.

A denúncia foi recebida em 29.06.2011 (fls. 124/124-vº).

Transcorrido regularmente o processo, sobreveio a sentença ora apelada, publicada em 23.01.2013 (fls. 328), que, não obstante o reconhecimento da autoria e materialidade delitivas, absolveu os recorridos por reputar configurado, na hipótese dos autos, o erro de proibição

escusável, previsto no art. 21, *caput*, do Código Penal.

Inconformado, o Ministério Público Federal apelou às fls. 329/335, requerendo a condenação dos recorridos após sustentar a não ocorrência do invocado erro de proibição.

A defesa dos Recorridos apresentou contrarrazões às 412/422.

Nesta instância, o parecer da Procuradoria Regional da República foi pelo provimento do apelo da acusação (fls. 424/426).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

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

Imputa-se aos Recorridos a prática do crime previsto no art. 17 da Lei nº 7.492/86, assim redigido:

Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Além de se tratar de crime próprio, que somente pode ser cometido pelo controlador e os administradores da instituição financeira ou a ela equiparada, assim considerados os seus diretores e gerentes, tal como dispõe o art. 25 da Lei nº 7.492/86, certo é que, segundo a lição de Paulo BALTAZAR JÚNIOR (*Crimes Federais*, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 449), em virtude da conduta proscriita pelo tipo penal em alusão (negritei):

(...) não poderá beneficiar-se do empréstimo (...) a empresa coligada, ou seja, a sociedade controlada pela instituição financeira concedente ou por qualquer das pessoas apontadas como beneficiários vedados, como revela a parte final do dispositivo, ao referir-se a “sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas”.

Ainda, consuma-se o crime com a prática das condutas descritas no tipo penal - *tomar, receber, conceder, deferir e promover*. Assim, o mero deferimento do empréstimo é suficiente pra a consumação do crime, que não exige a efetiva ocorrência de prejuízo, por se tratar de delito de mera conduta (STJ: HC 5582/SP, Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 23.03.98; REsp 466168, Maria Thereza Moura, Sexta Turma, DJ de 17.12.09).

Ademais, não há necessidade para o reconhecimento do delito em questão, que a concedente e a tomadora do empréstimo sejam ambas as instituições financeiras (TRF3: ACR 9803049853-3/SP, Fábio Prieto, Quinta Turma, j. 27.08.2002).

Pois bem.

Em primeiro lugar, destaco que a materialidade e a autoria delitivas são incontestáveis.

Com efeito, depreende-se de fls. 26/37 que, na data de 05.12.2007 os Recorridos cele-

braram o contrato de empréstimo nº 85.915993.7 junto ao Banco ABN Amro Real S.A., em nome de Santa Cruz Saúde LTDA., *operadora de plano de saúde*, no valor de R\$ 162.500,00 (cento e sessenta e dois mil e quinhentos reais).

Ato contínuo, em 07.12.2007, por meio de TED bancária emitida pelo Banco ABN Amro Real S.A., agência 1397, conta 700.2493-6, Renato Rossi e Orestes Mazzariol Júnior transferiram a quantia de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais), que seria paga em doze parcelas mensais iguais, no valor de R\$ 12.705,31 (doze mil, setecentos e cinco reais e trinta e um centavos), para a empresa Brasmed Assistência Médica LTDA, sendo ambos sócios administradores das empresas mutuante e mutuária.

Tal fato foi constatado pela Procuradoria Federal da Agência Nacional de Saúde (fls. 05/10), que também ressaltou que o referido empréstimo foi quitado tão logo noticiada a irregularidade aos Recorridos, segundo termo de quitação acostado às fls. 49 dos autos.

A propósito, registro que as operadoras de planos de saúde são equiparadas às instituições financeiras por força do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, e conforme entendimento jurisprudencial que vem se consolidando (*TRF2: ACR 201051018098980*, Abel Gomes, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R de 16.12.2014; *RSE 200950010044898*, Marcello Ferreira de Souza Granado, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R de 27.04.2010).

Logo, o empréstimo firmado pelos Recorridos na qualidade de representantes da Santa Cruz Saúde LTDA. tem o condão de configurar o ilícito em comento, até mesmo porque a ilicitude da conduta é reforçada pela disposição contida no art. 21, II, da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde (negritei):

Art. 21. É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde realizar quaisquer operações financeiras:

I - com seus diretores e membros dos conselhos administrativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, bem como com os respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau, inclusive;
II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso I, desde que estas sejam, em conjunto ou isoladamente, consideradas como controladoras da empresa.

No que tange à autoria, ambos os Recorridos admitiram em juízo a responsabilidade pela concessão do empréstimo vedado, conforme explicitarei na sequência.

E, a despeito do inconformismo do Ministério Público Federal, é o caso de manter a absolvição dos Recorridos, eis que efetivamente configurado, na hipótese, o erro de proibição invencível ou escusável.

Explico.

Perante o juízo, Renato Rossi admitiu como verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Conquanto não tenha sabido precisar os valores envolvidos no empréstimo, recordou-se, porém, que a transação foi integralmente quitada. Declarou que, quando foram comunicados que haviam cometido um erro, imediatamente quitaram o débito, pois desconheciam que tal ato era irregular. Segundo o réu em testilha, a Brasmed necessitava de recursos, de modo que a Santa Cruz possuía estes valores, tinha lastro para isso. Então, foi feito empréstimo junto à instituição financeira, por questão de necessidade. Os réus administravam as duas empresas e fizeram o empréstimo de comum acordo, mas sem nenhuma orientação legal do fato. Simplesmente decidiram se socorrer da parte bancária e fizeram a transação. Soube da irregularidade através da fiscal da ANS. Ato contínuo, *correram* para saldar a dívida. A Santa Cruz Saúde vendia plano de saúde e a Brasmed era o hospital que atendia aos segurados da Santa Cruz. (cf. mídia de fls. 292).

Declarações semelhantes foram prestadas pelo corréu Orestes Mazzariol Júnior, que se recordou do empréstimo e do pagamento de algumas prestações a ele relativas. Confirmou que tanto ele quanto o corréu Renato eram administradores das duas empresas referidas na denúncia. Asseverou que a Santa Cruz Saúde entrou em Direção Fiscal pela ANS. Quando a Diretora Fiscal, Dona Edna, lhe deu um ID, dizendo-lhe que não poderia fazer aquilo, imediatamente quitaram os valores. A Brasmed era um hospital pequeno, mas consistia no atendimento básico de todos os conveniados da Santa Cruz. O Hospital passava, na época, por muitas dificuldades financeiras e, se algo não fosse feito, o atendimento seria bastante prejudicado. A Brasmed tinha dívidas trabalhistas e tributárias. Eram donos das duas empresas, embora distintas. Não tiveram qualquer assessoria jurídica para fazer o empréstimo. Fizeram o que achavam que tinham que fazer. Ressaltou que apenas souberam da irregularidade de suas condutas quando notificados e que não tinha a mínima percepção de que aquilo era errado (cf. *mídia* de fls. 292).

Note-se que ambos os Recorridos admitiram que desconheciam a ilegalidade do empréstimo deferido pela Santa Cruz a Brasmed, que foi feito, ademais, em caráter emergencial, tanto que, quando alertados disso, tomaram todas as providências necessárias ao retorno ao *status quo ante*.

Por sua vez, tal como aduziu a sentença, a equiparação das operadoras de planos de saúde a instituições financeiras, ainda que venha sendo paulatinamente reconhecida pela jurisprudência pátria, não é uma questão pacífica. Ora, se o ilícito perseguido nestes autos não é de fácil assimilação sequer para os operadores de Direito, o que dizer dos Recorridos.

Isso tanto é verdade que, consoante se observa da decisão da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal juntada pela defesa às fls. 320, no próprio âmbito da Procuradoria Geral da República há entendimento divergente, de sorte que, se prevalecesse o entendimento do referido órgão de cúpula do *Parquet* Federal, a denúncia oferecida nestes autos não teria sido oferecida.

Nessa ordem de ideias, irrepreensível a sentença ao reconhecer que os Recorridos agiram sob erro de proibição invencível ou escusável, principalmente se levados em consideração os outros argumentos invocados pelo magistrado *a quo* para amparar sua decisão nesse sentido (fls. 326-vº/327 - negritei e sublinhei):

(...) a) ambos são médicos e, em princípio, não dispunham de suficiente conhecimento técnico sobre o que é ou não autorizado no complexo ramo do mercado financeiro; b) segundo os interrogatórios, não foram orientados juridicamente para a realização dos contratos apostos na denúncia; c) tais contratos teriam sido efetuados para não cessar as atividades da BRASMED, hospital que fazia o atendimento básico de todos os conveniados da SANTA CRUZ e que na época passava por dificuldades financeiras; d) logo após terem sido comunicados acerca da irregularidade do empréstimo, pela fiscal da ANS chamada Edna, fizeram a quitação de tais valores, conforme comprova o ofício de fls.111, elaborado por aquela agência reguladora (...).

Ressalto, ainda, que, ao contrário do quanto alega o Ministério Público Federal, o empréstimo foi integralmente quitado, conforme demonstra o extrato de fls. 57/59, onde se verifica que o valor de R\$90.000,00 era, efetivamente, o total da dívida remanescente após descontadas as parcelas já pagas e abatidos proporcionalmente os juros em razão do pagamento antecipado.

Não foi por outra razão que a Agência Nacional de Saúde Suplementar informou a fls. 115 que não havia qualquer motivo para a instauração de um possível processo administrativo sancionatório em virtude dos fatos apurados neste processo-crime.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo da acusação, mantendo a absolvição

dos recorridos Renato Rossi e Orestes Mazzariol Júnior nos termos da sentença apelada.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW:

Inicialmente, cumpre registrar o respeito e admiração que nutro pelo Eminentíssimo Desembargador Federal Relator Paulo Fontes, salientando que o meu pedido de vista se assentou na necessidade de uma análise mais detida dos autos para formação de minha convicção.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença que absolveu os acusados Renato Rossi e Orestes Mazzariol Junior da imputação relacionada à prática do delito do art. 17 da Lei n. 7.492/86, com fundamento no art. 386, VI, primeira parte, do Código de Processo Penal (fls. 322/327).

O Ministério Público Federal recorre para que sejam condenados os réus, tendo em vista que não se configurou o erro de proibição em que se funda a sentença absolutória, considerando que o exercício da profissão de médico não os exime das consequências penais dos atos praticados enquanto administradores de entidade equiparada à instituição financeira (fls. 329/335).

Foram apresentadas contrarrazões de apelação (fls. 412/422).

A Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Eugênia Augusta Gonzaga, manifestou-se pelo provimento do recurso de apelação (fls. 424/426).

O Eminentíssimo Relator Desembargador Federal Paulo Fontes negou provimento ao recurso de apelação da acusação, mantendo a absolvição dos réus, reconhecendo que agiram sob erro de proibição invencível (fls. 433/435).

Com a devida vênia, divirjo do Eminentíssimo Desembargador Federal Relator no tocante à absolvição dos réus e entendo não estar caracterizado o erro de proibição invencível.

Imputação. Renato Rossi e Orestes Mazzariol Junior foram denunciados pela prática do delito do art. 17 da Lei n° 7.492/86, pelos seguintes fatos:

01. DOS FATOS

Os DENUNCIADOS, na condição de sócios administradores de ambas as empresas SANTA CRUZ SAÚDE LTDA, CNPJ n° 02.312.661/0001-88, com sede em SANTO ANTÔNIO DA POSSE/SP, e BRASMED ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA, CNPJ n° 51.871.812/0001-43, com sede em PAULÍNIA/SP, fizeram um contrato de mútuo entre elas, na qual a MUTUANTE (SANTA CRUZ) transferiu a quantia de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) para a MUTUÁRIA (BRASMED) (fls. 24/25).

Consta dos autos que OS DENUNCIADOS celebraram o contrato de empréstimo n° 85.915993.7 junto ao BANCO ABN AMRO REAL AS, na data de 05/12/2007, em nome da SANTA CRUZ SAÚDE LTDA, no valor de R\$ 162.500,00 (cento e sessenta e dois mil e quinhentos reais) (fls. 26/37).

Ocorre que, em 07 de dezembro de 2007, por meio de TED bancária emitida através do BANCO ABN AMRO REAL AS, agência 1397, localizada na Rua Barão de Itapura, Campinas/SP, conta 700.2493-6, RENATO ROSSI e ORESTES MAZZARIOL JÚNIOR, sendo ambos sócios administradores das empresas mutuante e mutuária, transferiram a quantia de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais), a ser paga em doze parcelas mensais iguais, no valor de R\$ 12.705,31 (doze mil, setecentos e cinco reais e trinta e um centavos), para a empresa

BRASMED ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. Tal fato foi constatado pela PROCURADORIA FEDERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (fls. 05/10).

Tal empréstimo teria sido quitado, segundo termo de quitação acostado aos autos às fls. 49. Porém, nota-se que tal termo confere “plena, rasa e irrevogável quitação” após o recebimento de, apenas, R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) menor do que o transferido. Ainda, este valor é ainda menor do que o pactuado a ser pago, uma vez que este seria corrigido, totalizando a quantia de R\$ 152.463,72 (cento e cinquenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e três reais e setenta e dois centavos). A “quitação” ocorreu em 20 de junho de 2008, na cidade de Campinas/SP.

Ambos os DENUNCIADOS foram inquiridos em sede policial, sendo que RENATO ROSSI admitiu que ambos eram sócios das duas empresas e que a SANTA CRUZ SAUDE LTDA vende planos de saúde e presta assistência médico-hospitalar (fls. 67/68). ORESTES MAZZARIOL JÚNIOR, igualmente, admitiu os fatos (fl. 70). Pretendem, porém, que desconheciam a irregularidade da operação. Por fim, disse que tal empréstimo foi feito pois a BRASMED encontra-se com os bens restritos, por conta de decisões na justiça do trabalho (fls. 70). Na oportunidade, juntou as referidas decisões (fls. 71/83).

02. DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA

Em face da conduta ora relatada, RENATO ROSSI e ORESTES MAZZARIOL JUNIOR incorreram nas sanções do artigo 17 da Lei 7.492/1986 (...) (fls. 120/121)

Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Empresa operadora de plano privado de assistência à saúde. Instituição financeira equiparada. As operadoras de plano privado de assistência à saúde consistem, em última análise, em sociedades seguradoras e os contratos de planos privados de assistência à saúde, em contratos de seguro, sendo, portanto, equiparadas à instituição financeira, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 7.492/86:

PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - EMPRESA OPERADORA DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EQUIPARADA POR FORÇA DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI Nº 7.492/86 - SOCIEDADES SEGURADORAS SUBORDINADAS À ANS (...). I - As Operadoras de Planos de Saúde configuram-se genuínas seguradoras que por força do art. 1º, parágrafo único, I, são equiparadas à instituição financeira. II - As Operadoras de Plano de Saúde embora subordinadas à ANS, mantiveram a natureza de sociedades seguradoras, tendo em vista que os contratos de planos privados de assistência de saúde, constituem-se em última análise em contrato de seguro. (...). III - Recurso em sentido estrito a que se dá provimento para receber a denúncia (Súmula 709 do STF).

(TRF 2ª Região, RESE nº 200950010044898, Rel. Des. Fed. Marcello Ferreira de Souza Granado, j. 24.02.10)

Materialidade. A materialidade delitiva restou suficientemente comprovada pelos seguintes documentos:

a) contrato de mútuo entre a Santa Cruz Saúde Ltda. (mutuante) e a Brasmed Assistência Médica Ltda. (mutuária), ambas representadas pelos réus Renato Rossi e Orestes Mazzariol Junior, no valor de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais), firmado por ambos em 07.12.07 (fls. 31/32);

b) Contrato de empréstimo nº 85.916993.7 entre a Santa Cruz Saúde Ltda., representada pelos réus Renato Rossi e Orestes Mazzariol Junior, e o Banco ABN Amro Real S/A, no valor de R\$ 162.500,00 (cento e sessenta e dois mil e quinhentos reais), firmado em 05.12.07 (fls. 33/44);

c) Termo de Quitação, com data de 20.06.08, por intermédio do qual Santa Cruz Saúde Ltda., representada pelos réus Renato Rossi e Orestes Mazzariol Junior, declarou o recebimento de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) da Brasmed Assistência Médica Ltda., dando “plena rasa e irrevogável quitação” (fl. 56) do contrato de mútuo firmado.

Autoria. A prova da autoria delitiva é satisfatória.

Renato Rossi e Orestes Mazzariol Junior eram os únicos sócios da Brasmed Assistência Médica Ltda. e da Santa Cruz Saúde Ltda. ao tempo dos fatos (fls. 45/55, 163/167, 199/203, 205/210, 233/238 e 240/246).

Na Polícia e em Juízo, Renato e Orestes confirmaram a realização, de comum acordo, do empréstimo da operadora de plano de saúde Santa Cruz Saúde Ltda. para o hospital Brasmed Assistência Médica Ltda., de que ambos eram sócios, já que a última encontrava-se com os bens indisponíveis em razão de dívidas trabalhistas. Todavia, disseram que desconheciam que, com isso, praticaram ilícito e que, assim que foram informados nesse sentido pela ANS, por sua Diretora Fiscal, o empréstimo foi quitado (fls. 74/75, 77, 290 e média à fl. 292).

Sustentam, assim, que agiram sob erro de proibição invencível.

Para configurar o erro de proibição é necessário que o agente suponha, por erro, que seu comportamento é lícito, vale dizer, há um juízo equivocado sobre aquilo que lhe é permitido fazer na vida em sociedade, consoante Julio Fabbrini Mirabete:

O agente, no erro de proibição, faz um juízo equivocado sobre aquilo que lhe é permitido fazer na vida em sociedade. Evidentemente, não se exige de todas as pessoas que conheçam exatamente todos os dispositivos legais, mas o erro só é justificável quando o sujeito não tem condições de conhecer a ilicitude de seu comportamento.

(Mirabete, Julio Fabbrini, Manual de direito penal, São Paulo, Atlas, 2003, p. 201)

O erro de proibição é aquele que recai sobre a ilicitude do fato e é considerado invencível quando o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era impossível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (CP, art. 21).

No presente caso, não é aceitável que os réus desconhecêssem a proibição concernente à concessão de empréstimos entre operadora de planos de saúde e hospital de que ambos eram sócios administradores.

Tal proibição decorre do disposto no art. 21 da Lei nº 9.656/98 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde:

Art. 21. É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde realizar quaisquer operações financeiras:

I - com seus diretores e membros dos conselhos administrativos, consultivos, fiscais ou assemelhados, bem como com os respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau, inclusive;
II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso I, desde que estas sejam, em conjunto ou isoladamente, consideradas como controladoras da empresa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Não se sustenta a alegação de que não seria exigível dos réus, por serem médicos, que detivessem o conhecimento da matéria. Na condição de administradores das empresas Santa Cruz Saúde Ltda. e Brasmed Assistência Médica Ltda., os réus tinham por obrigação o cumprimento da legislação específica, relevando que não tenham se socorrido de assessoramento contábil e jurídico que lhes assegurasse sobre a legalidade e a consistência da transação fi-

nanceira realizada, já que afirmam que desconhecem sobre o mercado financeiro. Com razão o recorrente ao afirmar que se admitir o contrário equivaleria isentar de responsabilização penal todos os administradores de empresas que não fossem bacharéis na respectiva ciência, impondo-se o entendimento de que os réus não atuavam como médicos enquanto administradores das empresas Santa Cruz e Brasmed (cfr. fls. 334/335).

Quanto à quitação feita pelos réus, é de se ponderar que o empréstimo foi considerado quitado após o pagamento de apenas R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), valor R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) inferior ao emprestado e mais de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) inferior ao que seria devido com correção monetária, o que, de acordo com a Ilustre Procuradora Regional da República, afasta uma possível presunção de regularidade do ato (cfr. fl. 426).

Nesse contexto, não obstante a Agência Nacional de Saúde Suplementar tenha informado que não foi aberto processo administrativo sancionatório em face da operadora de plano de saúde, tendo em vista que seus administradores efetuaram reparação espontânea e eficaz, no curso do processo de direção fiscal (cfr. Ofício nº 3.487/10, fl. 111), assinalo que o delito do art. 17 da Lei nº 7.492/86 consuma-se independentemente de prejuízo para terceiro ou proveito para o agente, sendo o bem jurídico protegido a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional.

A reforma do decreto absolutório é medida que se impõe.

Dosimetria. Considerados os critérios do art. 59 do Código Penal, verifico que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis aos réus.

Constam registros criminais pretéritos em nome dos réus (Apenso de Antecedentes). Contudo, não há informação sobre condenação com trânsito em julgado em relação a eles, o que obsta o agravamento da pena-base, a teor da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

A circunstância de o empréstimo ilícito equivaler a R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) é relevante. Contudo, não entrevejo que sua destinação, pela operadora de plano de saúde, ao hospital que atendia seus segurados, que de acordo com o alegado pelos réus, que sempre exerceram a profissão de médico, encontrava-se na iminência de ter os atendimentos cessados em decorrência de dificuldades financeiras, tenha ocasionado prejuízos maiores aos consumidores finais deste serviço de saúde, considerando que houve reparação.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para cada réu.

Incide a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, *d*), tendo em vista que os réus confirmaram a realização do empréstimo durante a gestão que exerceram nas empresas Santa Cruz Saúde Ltda. e Brasmed Assistência Médica Ltda., apesar de afirmarem que tenham agido sob erro de proibição invencível.

Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, *d*) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC nº 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC nº 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC nº 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC nº 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC nº 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC nº 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). A oposição de excludente de culpabilidade não obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (STJ, HC nº 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp nº 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp nº 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11).

Contudo, o reconhecimento da atenuante não conduz à redução da pena abaixo do míni-

mo legal, consoante o disposto na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, sendo de se manter, portanto, as penas em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para cada réu.

Sem agravantes, causas de diminuição, ou de aumento de pena.

Torno definitivas as penas de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Fixo o valor unitário do dia-multa em 1/2 (metade) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, com correção, o que se revela compatível com os rendimentos mensais dos réus, informados em interrogatório judicial (fl. 290 e média à fl. 292).

Estabeleço o regime inicial aberto.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de uma cesta básica mensal a entidade pública ou privada com destinação social a ser definida pelo Juízo das Execuções (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º; cfr. DELMANTO, Celso, *Código Penal comentado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 92) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46), ambas pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação do Ministério Público Federal para condenar Renato Rossi e Orestes Mazzariol Junior a 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/2 (metade) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, com correção, pela prática do delito do art. 17 da Lei nº 7.492/86, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 1 (uma) cesta básica mensal a entidade pública ou privada com destinação social e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, ambas pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, conforme definido pelo Juízo das Execuções (divirjo do Relator).

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELAÇÃO CRIMINAL
0002146-02.2012.4.03.6005
(2012.60.05.002146-2)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E ADMARCIO PEREIRA DE JESUS (réu preso)
Apelados: GEOGYNES GUSTAVO SANTANA E OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 57257
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2015

EMENTA

PENAL. DELITOS DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E DESOBEDIÊNCIA. PROVA. PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. MULTA. CUSTAS.

- Caso que é de imputação de conduta de referido acusado transportando, trazendo consigo e guardando 434.700g (quatrocentos e trinta e quatro mil e setecentos gramas) de maconha acondicionada em um veículo que conduzia, e não atendendo a ordem de parada dada por policiais rodoviários federais, e de corréu atuando como “batedor” em auxílio ao que dirigia o carro com a droga.

- Ato da fuga como forma de evitar prisão que se consubstancia em exercício de autodefesa a fim de assegurar o estado de liberdade, não sendo representativo da vontade de desrespeito à Administração Pública e não se configurando o delito de desobediência por ausência do elemento subjetivo. Precedentes.

- Pena-base aplicada pelo delito de tráfico de entorpecentes mantida na quantidade aplicada na sentença.

- 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.

- Circunstância da transnacionalidade que restou devidamente comprovada e que se caracteriza pela execução potencial (restrita ao território de um país mas destinada a operar efeitos em outro) ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país.

- Determinação de início de cumprimento da pena no regime fechado que se mantém. Inteligência do artigo 33, § 3º, do CP.

- Pedido da defesa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito que se rejeita porquanto não preenchido o requisito objetivo do limite de pena.

- Alegações da defesa sobre a sanção pecuniária rejeitadas porquanto as condições

econômicas do acusado somente devem ser consideradas no momento de fixação do valor unitário do dia-multa, que no caso vertente já foi aplicado pela sentença no mínimo legal. Precedente da Turma.

- Pedido de isenção do pagamento de custas descabido, não havendo prova de concessão da assistência judiciária gratuita ou da ausência de condições econômicas do acusado para arcar com as custas, destarte não se enquadrando a hipótese dos autos no disposto no artigo 4º, inciso II, da Lei 9.289/96.

- Mantido o decreto absolutório do corrêu, porquanto o caso não é de identificação do acusado em situação de indubitosa ligação com o delito e não há elementos que permitam concluir pela demonstração da autoria delitiva com a certeza que uma condenação exige.

- Recursos desprovidos.

- “Habeas corpus” concedido de ofício para fins de absolvição do acusado Admarcio Pereira de Jesus quanto ao delito de desobediência.

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 aos recursos e conceder “habeas corpus” de ofício para absolver o acusado Admarcio Pereira de Jesus quanto ao delito do artigo 330 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de abril de 2015.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Admarcio Pereira de Jesus e Geogynes Gustavo Santana foram denunciados como incurso nos artigos 33, “caput” c.c. 40, inciso I, da Lei 11.343/06, e o primeiro também por delito do artigo 330 do Código Penal, descritos os fatos nestes termos pela denúncia que como apresentada se transcreve:

ADMARCIO PEREIRA DE JESUS e GEOGYNES GUSTAVO SANTANA, no dia 7 de setembro de 2012, por volta das 20h40min, no Posto da PRF denominado Capey, localizado na BR 463, Km 67, em Ponta Porã/MS, foram flagrados quando, com consciência e vontade, transportavam, traziam consigo e guardavam, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar 434.700 g (quatrocentos e trinta e quatro mil e setecentos gramas) da droga vulgarmente conhecida como “maconha”, por eles adquirida e importada da cidade paraguaia de Pedro Juan Caballero, cujo destino era a cidade de Goiânia/GO.

No mesmo local, data e horário, o denunciado ADMARCIO PEREIRA DE JESUS, conduzindo o veículo Fiat/Palio WK Adven Flex, de cor prata, placas JVH-9326 de Aparecida de Goiânia/GO, desobedeceu a ordem legal de parada dada por policiais rodoviários federais.

Na data, hora e local mencionados acima, policiais rodoviários federais realizavam fiscalização de rotina, quando perceberam que o veículo Fiat/Palio WK Adven Flex, cor prata, placas JVH-9326, estava transitando em alta velocidade, deixando de reduzi-la ao passar pelo quebra

molhas; diante disso, a equipe de policiais rodoviários federais empreendeu acompanhamento tático ao veículo a fim de realizar sua abordagem, utilizando para tanto giroflex e sirene, além de sinais de luz, objetivando que o veículo encostasse na rodovia. Ao perceber que estava sendo seguido pela viatura policial, o denunciado ADMARCIO aumentou a velocidade do veículo, realizando ultrapassagens em lugares proibidos, visando evadir-se; após algum tempo, o denunciado ADMARCIO parou o veículo no acostamento da rodovia; ao abordarem-no, os policiais já visualizaram grande quantidade de entorpecente dentro do veículo, ocasião em que ele confessou que teria sido contratado para levar o entorpecente até a cidade de Goiânia/GO, mediante promessa de recompensa de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Durante a abordagem de sobredito veículo, os policiais rodoviários federais foram informados que havia sido parado um veículo no Posto da PRF Capey, suspeito de estar funcionando como “batedor de estrada”. O veículo AUDI/A3, cor preto, placas DEB-9612 de Brasília/DF era conduzido por GEOGYNES GUSTAVO SANTANA; este, quando da abordagem, prontamente aduziu que estava funcionando como baterdor de estrada para o veículo Fiat/Palio Weekend Adventure, conduzido por ADMARCIO. Os policiais rodoviários federais procederam a consulta ao sistema SERPRO, onde verificaram que o veículo Fiat/Palio Weekend Adventure, placas JVH-9326 apresentava ocorrência de furto no dia 30/08/2012.

Conduzido até a presença da autoridade policial, o denunciado ADMARCIO PEREIRA DE JESUS confessou os fatos, esclarecendo que veio para essa região de fronteira a fim de fazer compras para seu patrão, dono da loja “Max Celulares”, localizada em Goiânia/GO; durante sua estada na cidade de Ponta Porã/MS, recebeu uma ligação de seu primo “Bruno”, o qual lhe disse que um presídio conhecido por “Japão” precisava de alguém que levasse um veículo carregado com maconha de Ponta Porã/MS para Goiânia/GO. Alegou que após aceitar a proposta passou a receber ligações que acreditava ser de “Japão”, sendo informado por este que o veículo Fiat/Palio Wk Adven estaria no estacionamento do Shopping China, em Pedro Juan Caballero/PY, e que dentro do automóvel havia sua chave e um celular. Aduziu, por fim, que pegou o veículo no Shopping China, iniciando a viagem; que em determinado momento da viagem, percebeu que havia uma viatura se deslocando atrás do veículo que conduzia e, ao perceber que estavam dando luz alta, abriu passagem, pois imaginou que a viatura queria passar, momento em que foi abordado.

O denunciado GEOGYNES GUSTAVO SANTANA aduziu perante a autoridade policial que uma pessoa conhecida como “Paulo” lhe fez uma proposta para vir até a cidade de Ponta Porã/MS fazer o serviço de “batedor” para um veículo que transportaria “mercadorias do Paraguai”, mediante promessa de recompensa de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Informou que recebeu a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) de “Paulo” para arcar com os custos da viagem, além de um número de telefone. Ao chegar na cidade de Campo Grande/MS, ligou para o número que havia recebido de “Paulo”, sendo informado por uma pessoa conhecida por “Zé Carlos” que havia um veículo (AUDI/A3) no estacionamento da rodoviária nova, o qual o denunciado deveria conduzir até a cidade de Ponta Porã/MS. Alegou que, ao chegar nesta cidade de Ponta Porã/MS, ficou hospedado em um hotel e no dia 06/09/2012 recebeu uma ligação de “Zé Carlos”, o qual lhe informou que deveria ir até a primeira barreira policial, para verificar se havia policiais na pista; que assim o fez e após passar pelo posto policial ligou para “Zé Carlos”, informando que não havia policiais, recebendo a ordem de que deveria andar mais 10 (dez) quilômetros e após retornar para a cidade de Ponta Porã/MS. Por fim, disse que, no retorno, ao passar pelo Posto Policial foi abordado, ocasião em que admitiu que estaria atuando como “batedor de estrada”, para um veículo que não sabia qual era.

Dessarte, com seus comportamentos e intenções, os denunciados praticaram as condutas descritas no preceito primário do art. 33, *caput*, reforçado pelo art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e o denunciado ADMARCIO PEREIRA DE JESUS incorreu ainda na prática da conduta descrita no art. 330 do Código Penal, em concurso material com o primeiro delito (art. 69 do CP), ausentes, em princípio, causas excludentes da antijuridicidade ou da punibilidade. A justa causa necessária para o oferecimento da ação penal está consubstanciada nos indícios

de autoria evidenciado nos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, bem como no interrogatório extrajudicial do acusado (vide fls. 02/07 e 08/11, respectivamente, do auto de prisão em flagrante), bem como nas provas de materialidade reveladas pelo auto de apreensão de fls. 12/13 e pelo laudo preliminar de constatação de fls. 17/18 (positivo para maconha).

Sobreveio a prolação de sentença absolvendo o acusado Geogynes Gustavo Santana, com fulcro no artigo 386, V, do Código de Processo Penal e condenando o acusado Admarcio Pereira de Jesus por delito dos artigos 33, *caput* c.c. 40, inciso I, da Lei 11.343/06 a seis anos, cinco meses e vinte e três dias de reclusão, em regime inicial fechado, e seiscentos e quarenta e sete dias-multa, no valor unitário mínimo, e por delito do artigo 330 do Código Penal a dezessete dias de detenção, em regime inicial aberto, e catorze dias-multa, no valor unitário mínimo.

Recorre a defesa do acusado Admarcio Pereira de Jesus, no arrazoadado que apresenta pleiteando a redução da pena-base, a aplicação da atenuante da confissão espontânea, bem como da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e no percentual máximo, também objetivando o afastamento do caráter hediondo do delito de tráfico, impugnando o acréscimo da transnacionalidade, requerendo a fixação de regime mais brando para o início de cumprimento de pena e sustentando o cabimento da substituição de pena, ainda postulando a isenção das custas processuais e da multa.

Também recorre o Ministério Público Federal, no arrazoadado que apresenta impugnando a absolvição do acusado Geogynes Gustavo Santana, com alegações de que há provas que evidenciam a participação do acusado no delito.

Com contrarrazões subiram os autos.

O parecer ministerial é pelo provimento do recurso da acusação e desprovimento do recurso da defesa.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

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

O caso dos autos é de imputação de conduta do acusado Admarcio Pereira de Jesus transportando, trazendo consigo e guardando 434.700g (quatrocentos e trinta e quatro mil e setecentos gramas) de maconha acondicionada em um veículo que conduzia, e desobedecendo ordem legal de parada dada por policiais rodoviários federais, e do acusado Geogynes Gustavo Santana atuando como “batedor” em auxílio ao corréu que dirigia o carro com a droga.

Ao início, observo que a sentença condenou o *acusado Admarcio Pereira de Jesus* por *delito de desobediência* nesta linha de fundamentação:

Em relação ao delito de desobediência, é indubitável, pelo que consta dos autos, que o réu Admárcio desobedeceu à ordem de parada emitida pelos policiais. Nesse sentido foram uníssonos os testemunhos coligidos em delegacia e em juízo, conforme já narrado. O próprio réu, por sua vez, confirmou que não obedeceu à ordem de parada, tendo, no entanto, justificado que assim o fez por não ter visto o giroflex ligado. Essa justificativa, porém, além de pouco plausível diante do que ordinariamente acontece, não restou comprovada pelo acusado, de modo que sua condenação por esse crime se impõe.

Verifica-se que a juíza de primeiro grau proferiu decreto condenatório por entender estar comprovado nos autos que o acusado desobedeceu à ordem de parada emitida pelos policiais.

Ocorre que o caso vertente é de conduta do acusado transportando drogas e por este motivo não atendendo a ordem de parada, o intento sendo de fuga e não de desrespeito à Administração Pública, o ato da fuga como forma de evitar prisão consubstanciando-se em exercício de autodefesa a fim de assegurar o estado de liberdade e não se configurando o delito de desobediência por ausência do elemento subjetivo.

Destaco os seguintes precedentes da Corte de utilidade na questão:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO - DOSIMETRIA DA PENA - INTERESTADUALIDADE - INAPLICAÇÃO - ABSORÇÃO - DESOBEDIÊNCIA - FUGA - ELEMENTO VOLITIVO - RECURSO DESPROVIDO.

3. O crime de desobediência (art. 330 do Código Penal) é espécie de crime contra a Administração Pública, cuja previsão tem como escopo a tutelar a normalidade funcional, a probidade, o prestígio e o decoro da administração pública.

4. No caso dos autos, o réu tão somente procurou evadir-se da fiscalização policial, de sorte a não responder pelo delito de tráfico internacional que estava em curso. Ocorreu, portanto, mera hipótese de defesa de seu status libertatis, não tendo havido intenção de desrespeito à autoridade pública.

5. Recurso de apelação a que se nega provimento.

(TRF3, ACR 0002650-76.2010.4.03.6005, Quinta Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Fontes, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/06/2014)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO ART. 334, § 1º, ALÍNEA “B” E 333, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. SÚMULA 444 DO STJ. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ABSOLVIÇÃO.

.....
O réu, ao empreender fuga com seu veículo após a ordem de parada emanada pela autoridade policial, não cometeu o crime de desobediência, mas agiu em evidente instinto de preservar sua liberdade. Desse modo, por definição penal, não cometeu o delito de desobediência.

.....
(ACR 0001908-38.2012.4.03.6116, Primeira Turma, Relator: Desembargador Federal José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/09/2013)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI 11.343/06. ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO. DOSIMETRIA DA PENA. CORRÉ QUE NÃO APELOU. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE TENHA CONCORRIDO PARA O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. ART. 654, § 2º, E 386, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. O ato de fuga não caracteriza crime de desobediência, como previsto no art. 330 do Código Penal. A fuga é ato espontâneo de todo aquele que se encontra em situação de ameaça contra a sua liberdade e está sob a égide do direito à autodefesa.

.....
5. Apelação do Ministério Público Federal desprovida. Apelação do réu parcialmente provida. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício à corrê, para absolvê-la do crime de tráfico de drogas imputado.

(TRF3, ACR 0002517-34.2010.4.03.6005, Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/07/2012)

Destarte, impõe-se a concessão de “habeas corpus” de ofício para absolvição do réu da imputação de delito de desobediência, com fundamento no artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal (“Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”).

Passo, então, ao exame do recurso apresentado pela defesa de *Admarcio Pereira de Jesus* impugnando as penas aplicadas ao *delito de tráfico de drogas*.

A pena-base foi fixada em seis anos e três meses de reclusão e seiscentos e vinte e cinco dias-multa, com a aplicação da atenuante da confissão espontânea em 1/9 reduzindo-se para cinco anos, seis meses e vinte dias de reclusão e quinhentos e cinquenta e cinco dias-multa, e com o aumento de 1/6 da transnacionalidade definindo-se em seis anos, cinco meses e vinte e três dias de reclusão e seiscentos e quarenta e sete dias-multa.

Na primeira fase a juíza considerou desfavoráveis ao acusado os motivos do crime e a quantidade da droga apreendida.

Os motivos da conduta são normais para a espécie delituosa e a referida motivação também se depara confinada em padrões normais para o caso de tráfico, a pura e simples presença de motivo de lucro não justificando a exasperação de pena.

Já a quantidade da droga (434,7 kg) consiste em circunstância desfavorável porquanto representativa de maiores consequências danosas aos interesses penalmente tutelados. Com efeito, trata-se de todo um carregamento de entorpecente que para ser movimentado necessitou do uso de um veículo.

Trata-se de circunstância que compõe um quadro em considerável medida desfavorável e que, por si só, diante de sua gravidade, autoriza a graduação da pena na quantidade aplicada na sentença (1/4 acima do mínimo legal).

Ressalvo que não havendo pedido da acusação de majoração da reprimenda o que não se possibilita ao Tribunal é a elevação da pena, por aplicação da vedação da *reformatio in pejus*, pressuposto que motivação não gera preclusão não havendo impossibilidade de manutenção da pena na quantidade fixada na sentença apenas com diferente valoração.

Com efeito, se o excogitado princípio tem por escopo impedir a ocorrência de prejuízo ao acusado na hipótese de recurso exclusivo da defesa, e se no âmbito do julgamento de um recurso manter a decisão que é objeto de impugnação não significa reformá-la - seja para melhor seja para pior - mas preservar o resultado nela previsto, que seria o mesmo alcançado pelo réu caso não houvesse recorrido, não há como se cogitar de gravame algum ao acusado na hipótese de o Tribunal alcançar a mesma conclusão da sentença, o que é corroborado pelo disposto no artigo 617 do Código de Processo Penal que veda o agravamento da pena em caso de recurso exclusivo do acusado, mas nenhum obstáculo impondo à manutenção da pena por motivo diverso, para melhor compreensão transcrevendo-se:

O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Já por estas razões nenhuma dúvida restaria quanto à inexistência de afronta ao referido princípio mas ainda há se considerar, alicerçando o entendimento ora sustentando, que o efeito devolutivo dos recursos possui dupla dimensão, a horizontal delimitando a matéria devolvida ao Tribunal e a vertical permitindo ao colegiado considerá-la em sua profundidade, vale dizer,

todos os aspectos que em torno dela gravitam.

A título ilustrativo, interessante observar que não se vê na doutrina ou na jurisprudência objeção à possibilidade de manutenção de um veredicto condenatório em segunda instância ainda que por ordem de fundamentação diversa da sentença e, a meu juízo, não haveria lógica em adotar outro raciocínio quanto às penas aplicadas.

Assevero, ainda, que entendimento em sentido contrário - de configuração de *reformatio in pejus* no caso vertente - levaria à conclusão de que o Ministério Público Federal teria que recorrer, ainda que acolhida sua pretensão, caso discordasse dos fundamentos adotados na decisão, o que, porém, seria impor ao *parquet* uma tarefa fadada ao insucesso, vez que, sendo orientação consolidada que apenas o dispositivo da decisão transita em julgado, fatalmente seu recurso sequer seria conhecido por falta de interesse de agir.

Com a devida vênia entendo que a tese contrária assenta em considerações de tipo genérico que, como tal, levam a solução fundada só em pequena parte da verdade - que estará no fato de em recurso exclusivo da defesa estar sendo reconhecida como desfavorável circunstância que não fora ou a maior gravidade de qualquer uma - extraviando-se do todo, onde esta parcela da verdade à outra decretando a impossibilidade de agravamento da pena do réu se reúne. É disposição literal de lei preceituando que o que é vedado é “ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

A noção da *reformatio in pejus*, enfim, resulta modificada, já não descreve uma situação onde em recurso exclusivo da defesa a reação penal em qualquer aspecto é agravada mas com independência desse efeito qualquer hipótese em que qualquer elemento que como tal não fora passa a ser considerado em desfavor do réu, reduzindo-se o conceito ao que dele é apenas uma parte.

Concluo, enfim, não haver nenhum óbice no ordenamento jurídico à manutenção das penas aplicadas na sentença, em caso de recurso exclusivo da defesa, com outra ordem de fundamentação.

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal de interesse na questão:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. *REFORMATIO IN PEJUS*. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de *habeas corpus*. 2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida. 3. Inexistência de *reformatio in pejus*. 4. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 5. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. 6. Ordem denegada. (STF, HC 106113, Primeira Turma, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, j. em 18.10.2011, grifo nosso)

I. *Habeas corpus* e recurso especial. Não impede o conhecimento pelo STF de *habeas corpus* contra decisão de segundo grau, que o STJ não haja conhecido de recurso especial interposto do mesmo acórdão, se diversos os fundamentos suscitados em cada uma das duas vias simultâneas de impugnação do julgado. II. Apelação criminal: individualização da pena: devolução ampla. A apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela (cf. Súmula 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante. Insurgindo-se a apelação do réu contra a individualização da pena, não está, pois, o Tribunal circunscrito ao reexame dos motivos da sentença: reexamina a causa, à luz do art. 59 e seguintes do Código, e pode, para manter a mesma pena, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo.

(STF, HC 76156, Primeira Turma, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, j. em 31.03.1998, grifo nosso)

Também de utilidade os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RES-SALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXISTÊNCIA DE TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DE 5/12. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA FUNDAMENTAÇÃO TRAZIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA MANTER O AUMENTO FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE. USO DE ARMA DE FOGO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

4. O princípio da *ne reformatio in pejus* não vincula o juízo *ad quem* aos fundamentos adotados pelo juízo *a quo*, somente representando obstáculo ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal. Precedentes.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

(STJ, HC 284640, Quinta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJe 28/03/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. 2. MANDAMUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. NOVA FUNDAMENTAÇÃO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. 4. REGIME PRISIONAL MENOS RIGOROSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. 5. AGRAVO IMPROVIDO.

3. O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal, quando instado a se manifestar sobre algum critério da dosimetria, analisar as circunstâncias judiciais e rever todos os termos da individualização da pena definidos na sentença condenatória, com nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que ocorreu o delito, mesmo em recurso unicamente da defesa, sem que incorra necessariamente em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do apenado.

(STJ, AgRg no HC 251057, Quinta Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze, DJe 15/02/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, C.C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO). ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO EM PATAMAR ADEQUADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. COLABORAÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉ QUE PERMANECEU CUSTODIADA AO LONGO DO PROCESSO EM DECORRÊNCIA DE PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL. REGIME DE PENA. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO.

.....
II - O princípio da *ne reformatio in pejus* não vincula o Tribunal aos critérios e fundamentos adotados pelo Juízo monocrático, mas apenas o impede de agravar a situação do réu (HC 88.952, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 10/12/2007).

III - Na espécie, o fato do e. Tribunal *a quo* ter se valido de fundamentos diversos para manter a r. sentença condenatória quanto à fração de 1/6 (um sexto), relativa à minorante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, não implica ofensa ao princípio da *ne reformatio in pejus*, porquanto não houve agravamento na situação do réu.

.....
(STJ, HC 133127, Quinta Turma, Relator: Ministro Felix Fischer, DJe 13/10/2009)

Na segunda fase, observo que a sentença procedeu à aplicação da atenuante da confissão espontânea, destarte sendo manifesta a ausência de interesse da defesa na pretensão formulada com vistas ao reconhecimento da configuração da excogitada atenuante, anotando-se que o patamar de diminuição fixado (1/9) não é diminuto, para aplicação em quantidade ainda superior não podendo a questão ser posta sem demasiada dose de subjetivismo.

Em relação ao benefício de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, entendo não incidir no caso, em virtude das circunstâncias do delito pelo contato com agentes de organização criminosa a revelar propensão criminosa, destarte não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão “não se dedique às atividades criminosas”.

Com efeito, e com registro de que o envolvimento do agente com disposição para a reiteração em atividade criminosa se apresentará já na primeira operação descoberta, concluo que as circunstâncias do delito desacreditam a hipótese de deliberação de prática de apenas uma infração, a saber, não há dolo próprio de delitos ocasionais.

Saliento também que se a lei não tem palavras inúteis como decorre dos primeiros princípios de hermenêutica, além dos requisitos da primariedade e bons antecedentes e de não integrar o agente organização criminosa instituiu este outro que estou interpretando no sentido da capacidade para delinquir.

Cabe ainda sublinhar que se o envolvimento com organização criminosa não ingressa no conceito de integração também não se despe do significado da capacidade para permanência nas atividades criminosas. Como foi ressaltado acima e, inclusive já declarado em precedente desta Corte firmado na ACR 73.631, de relatoria da Des. Fed. Marisa Santos, “os chamados ‘mulas’ exercem papel relevante no transporte e distribuição da droga”, de modo à própria

natureza do serviço criminoso desacreditar a hipótese do agente que pratique o delito sem que tivesse incluído a traficância em seus projetos de vida.

Estas as reflexões que ocorrem em visão do modo ordinário de ser dos homens e das coisas. Teoricamente pode haver algum desvio na experiência mas então o caso ocorrerá como exceção com correlato caráter de singularidade a facilitar a descoberta da verdade.

Destituído de interesse também não é anotar que a lei é de combate ao tráfico e a indiscriminada concessão do benefício legal aos agentes transportadores da droga vai 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, aliás antes desacreditadas pela natureza da atividade criminosa como já enfatizado, de ausência de propensão criminosa e bem ao contrário exigindo-se fortes e seguros elementos de convicção da delinquência ocasional.

Confira-se os seguintes precedentes da Corte de interesse na questão, reconhecendo a atuação de organização criminosa em casos da espécie e o papel efetivo e relevante do transportador como figura essencial na empreitada delituosa, em ordem a afastar a aplicação do benefício:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ALUSÕES À GRAVIDADE DO DELITO NÃO CONSTITUEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA À MAJORAÇÃO DA PENA-BASE - NÃO CONFIGURAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE RELATIVA À CONFISSÃO ESPONTÂNEA - INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE - INUTILIDADE DAS SUPOSTAS INCONSTITUCIONALIDADES SUSCITADAS - O CÔMPUTO DO TEMPO DE CÁRCERE COM VISTAS À FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO CONSTITUI MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Réu condenado pela prática de tráfico internacional de entorpecentes, porque transportava dentro de 02 (duas) peças cilíndricas acondicionadas em sua bolsa de viagem, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, no exterior, 1.490g (um mil quatrocentos e noventa gramas) - peso líquido - de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.

6. Não é caso de aplicação do benefício elencado no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, pois a pessoa que se dispõe a efetuar o transporte de substância entorpecente para o exterior com despesas integralmente custeadas por terceiros e mediante paga ou promessa de recompensa, evidentemente integra organização criminosa de forma efetiva e relevante. Com efeito, o apelante, de forma voluntária, contribuiu para a narcotraficância internacional, constituindo figura essencial ao sucesso da empreitada criminosa, eis que incumbido de receber a droga devidamente embalada do fornecedor, devendo entregá-la ao destinatário no exterior, representando, portanto, o elo de ligação entre fornecedor e receptor, o que afasta, de plano, o benefício almejado cuja aplicação exige a prova extrema de dúvidas da concorrência dos quatro requisitos exigidos na norma.

11. Apelação parcialmente provida.

(TRF3, ACR 2009.61.19.005498-4, PRIMEIRA TURMA, Relator: Desembargador Federal Johanson de Salvo, data do julgamento: 14/12/2010, data da publicação/fonte: DJF3 CJ1 data: 28/02/2011 página 230)

PENAL - PROCESSO PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - DOLO PARA O COMETIMENTO DO DELITO DEMONSTRADO - INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA - EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NÃO CONFIGURADA - CONFISSÃO EXTRAÍDA (NULIDADE NÃO CONFIGURADA) - ATENUANTE DA CONFISSÃO RECONHECIDA E NÃO APLICADA SUM. 231 STJ - ARTIGO 33, § 4º, LEI 11.343/06 MANTIDO EM FUNÇÃO DA SENTENÇA - *REFORMATIO INPEJUS* - REGIME MENOS GRAVOSO INCOMPATÍVEL COM O DELITO DE TRÁFICO - PENA RESTRITIVA DE DIREITO - ALICAÇÃO DESACONSELHÁVEL - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.

8. Não merece acolhida a pretensão da defesa de redução em 2/3 da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois tal benesse concedida pelo legislador deve ficar restrita - quando presentes todos os requisitos legais - acasos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos e em pouca quantidade, e nunca a pessoas atuantes no tráfico internacional de drogas, especialmente de “cocaína”. Inegável que, em operação típica de tráfico internacional de entorpecentes, imprescindível se torna a atuação de organização criminosa, vale dizer, somente um grupo criminoso coordenado teria condições de promover o fornecimento de significativa quantidade de droga e sua preparação para viagem internacional e, na outra pontada operação, receber o tóxico em outro continente e prepará-lo para distribuição e consumo. Tendo em mira que o benefício, a rigor, sequer era cabível, a diminuição da pena no patamar mínimo de 1/3 (um terço) aplicado na sentença deve ser mantido, em respeito ao princípio de proibição da *reformatio in pejus*.

11. Recurso improvido.

(TRF3, ACR 2009.61.81.007018-6, QUINTA TURMA, Relatora: Desembargadora Federal Ramza Tartuce, data do julgamento: 29/11/2010, data da publicação/fonte: DJF3 CJ1 03/12/2010 página 435).

Destaco, ainda, julgado da Primeira Seção acerca da matéria:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO “TRAFICANTE DE PRIMEIRA VIAGEM”: INAPLICABILIDADE.

1. Embargos infringentes em que se pretende fazer prevalecer o voto vencido que, a despeito de fixar pena-base mais gravosa, aplicava a causa de diminuição da pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 em patamar maior, de modo que o resultado é mais favorável aos réus.
2. Os réus não fazem jus à causa de diminuição de pena do tráfico ocasional.
3. A nova lei de drogas instituiu causa de diminuição de pena para o “traficante de primeira viagem”, - denominação do Professor Guilherme de Souza Nucci - no artigo 33, § 4º. De acordo com o dispositivo em comento, é necessário o preenchimento simultâneo de todos os requisitos: a) primariedade, b) boa antecedência, c) não dedicação a atividades criminosas e d) não integração de organização criminosa, para a obtenção da redução da pena.
4. Na hipótese em tela, os réus não preenchem os requisitos legais, pois há elementos que permitem concluir que os réus participavam de organização criminosa e se dedicavam à atividade criminosa.
5. As circunstâncias de acondicionamento da droga apreendida, a remuneração pelo transporte, o tempo dedicado à viagem desde a origem até o destino, a inexistência de prova de ocupação lícita, todos esses fatores conduzem à conclusão de que os réus se dedicavam à atividades criminosas.
6. Não se perca de vista a vultosa quantidade de droga apreendida em suas bagagens (quase

nove quilos com Jorge Elias). O cotidiano de processos criminais por delito de tráfico de droga, trazidos à apreciação da Justiça Federal, revela que o “traficante de primeira viagem” dificilmente é encarregado do transporte de mais de cinco quilos de droga, sob pena de o traficante dono do entorpecente arriscar-se a perder considerável montante em dinheiro. A quantidade de cocaína apreendida com o apelante Jorge Elias é reveladora de pessoa experiente na empreitada criminosa e denota maior proximidade e participação na organização criminosa. Já a quantidade de cocaína apreendida com o apelante Domingos (2.106 gramas de cocaína) até poderia indicar possível eventualidade na prática do crime. Contudo, a circunstância em que foram surpreendidos, provenientes do mesmo voo, contratados em Lima para trazer cocaína para o Brasil, mediante recompensa, demonstram que os apelantes não preenchem os requisitos da causa de diminuição da pena.

7. Embargos desprovidos.

(TRF3, EIFNU 2007.61.19.001425-4, PRIMEIRA SEÇÃO, Relatora: Juíza Federal Convocada Sílvia Rocha, data do julgamento: 18/11/2010, data da publicação/fonte: DJF3 CJ1 09/02/2011 página 27).

Também de utilidade precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE SEUS REQUISITOS. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. Faz jus à diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 o acusado que preenche todos os seus requisitos, ou seja, seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem faça parte de organização desse gênero.

2. No caso, não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, visto que, conforme demonstrado pelas instâncias ordinárias, a paciente não se enquadra nos requisitos necessários à obtenção da benesse, tendo sido reconhecida sua participação em organização criminosa, pelo *modus operandi* do delito, além da grande quantidade de droga apreendida em seu poder, na medida em que ingeriu 96 cápsulas de cocaína - totalizando quase 1 quilo da droga - a fim de transportá-la para o exterior, sendo certo que, sem sua atuação, a organização não teria como completar a atividade ilícita.

3. Ademais, alterar o referido entendimento demandaria, necessariamente, o exame aprofundado dos elementos de prova, providência inviável na via eleita.

4. *Habeas corpus* denegado.

(STJ, HC 167026, SEXTA TURMA, Relator Ministro Haroldo Rodrigues - Desembargador Convocado do TJ/CE, data do julgamento: 28/09/2010, data da publicação/fonte: DJe 25/10/2010).

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. NÃO-PREENCHIMENTO. ORDEM DENEGADA.

3. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. É inaplicável a minorante legal ao réu que não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente a não participar de organização criminosa.

7. Ordem denegada.

(STJ, HC 130678, QUINTA TURMA, Ministro Arnaldo Esteves Lima, data do julgamento: 01/09/2009, data da publicação/fonte: DJe 13/10/2009).

Quanto à pretensão da defesa de afastamento do caráter hediondo do delito fica rejeitada porquanto, além de não ser aplicável o benefício do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no caso vertente, pela motivação acima expendida, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 512, dispondo que “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

A circunstância da transnacionalidade restou devidamente comprovada pelas evidências do flagrante, tendo o réu sido preso seguindo rota que, segundo a casuística revela, é comumente utilizada para a prática de tráfico transnacional, também havendo o depoimento em juízo da testemunha Luís Fábio Benitez Lobato declarando que por ocasião do flagrante o acusado admitiu ter recebido o carro carregado com a droga em Pedro Juan Caballero para transportá-lo até Goiânia, convindo anotar que se caracteriza a circunstância pela execução potencial (restrita ao território de um país mas destinada a operar efeitos em outro) ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país, o que, sem embargo de outras possibilidades, pode ocorrer quando o agente adquire a droga num país e a introduz em outro ou mesmo quando recebe no território de um país a droga vinda de outro em vínculo associativo com o transportador que atravessa a fronteira.

Incide, destarte, o aumento pela transnacionalidade, anotando-se que foi aplicado na sentença o mínimo legal previsto.

Não sendo o acusado reincidente e não sendo a pena privativa de liberdade superior a oito anos, e considerando ainda que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do “habeas corpus” nº 111.840, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/07, que determina que a pena por delito de tráfico deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, caberia, em tese, o regime inicial semiaberto, mas não sendo esse o único critério previsto no Código Penal e havendo, no caso, circunstância judicial desfavorável, deve ser mantido o regime inicial fechado fixado na sentença, nos termos do artigo 33, § 3º, do CP:

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Destaco os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça de interesse na questão:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

.....
3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no artigo 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

4. Mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, visto que o tribunal de origem fundamentou a escolha do regime mais gravoso justamente nas circunstâncias em que foi perpetrado o delito e na natureza da droga apreendida, haja vista que o paciente foi preso em flagrante quando vendeu a usuário uma porção de cocaína e mantinha em depósito, para fins de difusão ilícita, outras três porções da mesma substância entorpecente.

.....
(STJ, HC 285629, Sexta Turma, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 22/04/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 NO MÁXIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

.....
- O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena do paciente ter sido fixada em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(STJ, Quinta Turma, Relatora: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 15/03/2013)

No tocante ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, registro que o réu não preenche o requisito objetivo do limite de pena.

Quanto ao pedido da defesa de afastamento da sanção pecuniária, assevero que as condições econômicas do acusado somente devem ser consideradas pelo magistrado no momento de fixação do valor unitário do dia- multa, que no caso vertente já foi aplicado pela sentença no mínimo legal, ao fim e ao cabo nada respaldando a pretensão da defesa que fica rejeitada.

Destaco o seguinte precedente da Turma de utilidade na questão:

.....
APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, INCISO I, DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CRIME CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. REDUÇÃO DE OFÍCIO. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE MAJORAÇÃO DA PENA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MINORANTE ESPECIAL DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS DE APLICABILIDADE PREENCHIDOS. PENA DE MULTA. APELOS MINISTERIAL E DA DEFESA DESPROVIDOS. PENA REDUZIDA DE OFÍCIO.

.....
9. As condições econômicas do acusado não influem na fixação do número de dias-multa,

que deve se pautar pelo procedimento de individualização previsto no Código Penal. A análise financeira deve ser feita apenas por conta do estabelecimento do valor unitário da pena pecuniária, que, no caso, já foi fixado no mínimo. Portanto, em nada aproveita ao acusado o argumento de que não dispõe de condições financeiras para liquidar a pena de multa. 10. Apelo da defesa não conhecido quanto ao pleito de aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e, na parte conhecida, desprovido. Apelo ministerial desprovido. Pena-base reduzida de ofício.

(TRF3, ACR 00049084220094036119, SEGUNDA TURMA, Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2010)

Observo ainda que inexiste nos autos qualquer elemento comprobatório acerca da situação econômica do apelante que aponte a impossibilidade de cumprimento integral da sanção pecuniária aplicada e também sendo esta uma questão a depender da execução da pena com eventual comprovação de real impossibilidade e cabíveis postulações perante o juízo das execuções com possibilidade de recurso ao Tribunal.

Sobre a pretensão de isenção do pagamento de custas processuais assevero que a condenação é imperativo legal que se comporta derrogações no caso é nos termos do artigo 4º, inciso II, da Lei 9.289/86, que isenta do pagamento “os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária gratuita”.

Compulsando os autos, verifico que não há prova de concessão da assistência judiciária gratuita ou da ausência de condições econômicas do acusado para arcar com as custas, pelo que fica rejeitado o pedido.

Insurge-se ainda o Ministério Público Federal contra a sentença no que absolveu o acusado *Geogynes Gustavo Santana* de imputação de delito dos artigos 33 c.c. 40, inciso I, da Lei 11.343/06, cabendo o destaque deste trecho da decisão proferida (fls. 292/294):

Contudo, entendo que a autoria não restou devidamente demonstrada com relação ao réu Geogynes.

Com efeito, indícios há de que este pode ter agido, na ocasião, como batedor do veículo de Admárcio, que seriam: o fato de que o próprio réu assumiu estar exercendo a função de “batedor”; a origem comum de ambos os réus (Goiânia/GO); e a existência de um número de telefone em comum em suas ligações, conforme laudo de fls. 116/123 (06291147417).

Entretanto, esses indícios não são satisfatórios para concluir-se, de forma suficiente à condenação, pela participação de Geogynes no delito perpetrado por Admárcio, mesmo porque há circunstâncias não demonstradas pela acusação que impedem a configuração da conexão entre os dois. Malgrado o número telefônico em comum existente nas ligações dos celulares dos dois réus, tem-se que, quanto ao réu Admárcio, constam apenas chamadas recebidas desse número, na data de 01/01/2012, ao passo em que, quanto ao réu Geogynes, esse número o procura apenas após a abordagem policial, constando na Tabela 10 - chamadas perdidas, no dia 06/09/2012. Não há como relacionar esse número, portanto, à prática do delito, não sendo caracterizado, portanto, como o intermediário entre as supostas informações de Geogynes para Admárcio. Ademais, a acusação sequer logrou fazer prova dos números que eram utilizados pelos acusados na ocasião (vide resposta ao quesito 2 de fl. 122), o que impediu a verificação quanto a eventual comunicação dos acusados entre si.

Além disso, não se deve olvidar que o réu Geogynes manteve a versão, em seu interrogatório policial e judicial, de que estaria a bater a estrada, porém para outra pessoa.

Ora, a simples circunstância de o réu estar atuando como batedor para alguém naquele momento e de ser da mesma cidade do corréu não é suficiente, à míngua de outros elementos, para caracterizar a conexão entre os dois acusados na prática do crime. Com efeito, à falta

de outros elementos, os indícios já mencionados não podem levar à condenação, devendo ser lembrado que não consta dos autos a conexão entre Admárcio e Geogynes, nem tampouco como teria havido a comunicação entre eles (não havia radiocomunicadores e os celulares apreendidos nada esclareceram, ainda que se tratasse de comunicação por intermediários), sendo essa comunicação imprescindível no caso da função de “batedor”, que tem por objetivo seguir adiante visando a alertar o motorista da carga quanto à presença de fiscalização policial. Essa circunstância, aliada aos demais elementos expostos anteriormente, impedem que a versão pela autoria prevaleça sobre a versão dos acusados.

[...]

Nesse contexto, destaco, por fim, que apenas o depoimento dos policiais, em delegacia, no sentido de que Geogynes teria confirmado ser batedor da carga de Admárcio não é, tampouco, suficiente a comprovar a participação de Geogynes, seja porque não confirmada pelos demais elementos, como demonstrado, seja porque não foi corroborado em juízo pelos mesmos policiais. Assim, a consideração apenas de seus depoimentos em delegacia consistiria em violação ao art. 155 do CPP. Friso, ainda, que os policiais responsáveis pela abordagem inicial de Geogynes (Silvio Ribeiro e Glauco) não foram ouvidos em juízo.

Assim, sendo crível a versão apresentada pelo acusado em delegacia e por ele mantida em seu interrogatório em juízo e, por outro lado, inexistindo elementos nos autos que possam afastar essa versão de forma cabal para que se conclua pela participação do réu Geogynes no delito, a dúvida deve se resolver em favor do réu, sendo imprescindível, pois, sua absolvição.

Passando à avaliação do conjunto probatório, observo que Gervásio Jovane Rodrigues e Luís Fábio Benitez Lobato - policiais participantes da diligência - declararam na fase policial que Geogynes admitiu estar fazendo serviço de batedor ao veículo conduzido por Admarcio, sendo que, ao serem ouvidos em juízo, apenas declararam que Geogynes admitiu que atuava como batedor.

O acusado Geogynes, por sua vez, ao ser ouvido perante a autoridade policial, alegou que não sabia para qual veículo estava “batendo estrada”, versão que confirmou no interrogatório judicial.

Verifica-se, portanto, que não houve confissão pelo acusado no inquérito tampouco em juízo, e as declarações das testemunhas na fase judicial não são claras e precisas, não se prestando para se formar juízo de certeza declarações vagas de que o réu admitiu atuar como “batedor” sem especificar para qual veículo o acusado disse que desempenhava tal tarefa.

Também não esclarecem os depoimentos das testemunhas se o acusado Geogynes foi visto percorrendo o mesmo local em que foi apreendida a droga no veículo do corréu Admarcio.

Neste quadro, as declarações das testemunhas no inquérito de confissão extrajudicial desvelam-se isoladas e não encontram respaldo nos demais elementos coligidos aos autos, não consistindo, portanto, em prova indubitosa da autoria delitiva.

Sobre as circunstâncias das prisões dos acusados em tempo e lugar próximos, dos acusados serem da mesma cidade (Goiânia/GO) e da existência de um número de telefone comum nos registros dos celulares de ambos acusados são indícios que, para servirem para embasar um decreto condenatório, precisam estar corroborados por outros elementos que, no caso vertente, inexistem, formando-se, portanto, mero juízo de probabilidade que é insuficiente para uma condenação.

Quanto às alegações do Ministério Público Federal de que o acusado alegou “que era batedor de estrada de alguém que não conhece que estaria levando cigarros e eletrônicos para Goiânia/GO e que durante o trajeto manteve contato telefônico com Zé Carlos para informar

sobre o policiamento da estrada e que a versão sustentada pelo acusado GEOGYNES é desmentida pelo laudo pericial de fls. 116/123, que atesta a inexistência de contato telefônico dele com o suposto Zé Carlos na data dos fatos”, assevero que o Ministério Público Federal subverte os critérios do ônus da prova, cabendo ao órgão ministerial fazer prova do delito em todos os seus elementos constitutivos, e não ao acusado provar ser inocente.

Destarte, não sendo o caso de identificação do acusado em situação de induvidosa ligação com o delito e não havendo elementos que permitam concluir pela demonstração da autoria delitiva com a certeza que uma condenação exige, entendo que deve ser mantido o decreto absolutório quanto ao acusado Geogynes Gustavo Santana.

Diante do exposto, nego provimento aos recursos e concedo “habeas corpus” de ofício para absolver o acusado Admarcio Pereira de Jesus quanto ao delito do artigo 330 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0004580-81.2013.4.03.618

(2013.61.81.004580-8)

Apelante: EDSON DA SILVA LEITE (réu preso)

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: ACr 57823

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2015

EMENTA

PENAL - CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA - MERCADORIAS PERTENCENTES À EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO - COMPROVAÇÃO - CRIME CONSUMADO - DOSIMETRIA DA PENA REFORMA - CONDENAÇÃO MANTIDA - PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Comprovada a materialidade delitiva do crime de receptação, pelo Auto de Prisão em Flagrante do réu, Auto de Apreensão, cópia da Lista de Objetos entregues ao Carteiro - LOEC nº 01101102511 que aponta os números dos objetos de roubo, Auto de Apreensão e Restituição dos objetos (um monitor, um impressora, quatro toners de tinta, dois cabos de força para monitor/computador), ali identificados.

2. Comprovada a autoria delitiva em face do réu pelos depoimentos testemunhais colhidos e palavras da vítima, tanto em sede policial, como judicial.

3. A versão de desconhecimento da ilicitude de origem da mercadoria é incrédula, tanto pelo valor da mercadoria que segundo o réu lhe foi oferecida bem abaixo do valor real dos equipamentos novos e a tentativa de vendê-la logo a seguir, como também pelo fato de que o réu em outra ocasião foi detido em razão da posse de produtos de roubo da mesma carteira que o reconheceu por fotografia na Delegacia da cidade de Guaianazes como sendo um dos assaltantes, forte indício de culpabilidade, mesmo porque em Juízo, a vítima ao efetuar reconhecimento pessoal do réu disse que parecia com o autor do roubo anterior.

4. Na fase judicial, a instrução criminal consta da gravação em audiovisual produzida em reforço à prova acusatória. Na oportunidade disse o réu que pagou a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) pela mercadoria (monitor e impressora) adquiridos para uso pessoal, versão contraditória à anteriormente prestada e nitidamente mendaz, porque se assim fosse não haveria razão para tentar vendê-las logo a seguir por R\$ 150,00.

5. O crime restou consumado, de modo que teve o réu a posse mansa e pacífica da res, que saiu da esfera de vigilância da vítima.

6. A MMª Juíza considerou como circunstância judicial negativa a possibilitar a elevação da pena-base o fato de que a “conduta do réu foi proveniente de cobiça em busca de dinheiro de forma fácil, estribada em notório hedonismo” e prática de crime que fomenta o espectro delitivo, a estimular condutas ilícitas, tendo o mal causado

transcendido ao resultado típico.

7. Os fundamentos da fixação da pena-base, - motivos determinantes - sopesados pela MM^a Juíza já fazem parte da conduta que busca dinheiro de forma fácil, impedindo-se que seja tal fato valorado negativamente para fins de majoração da reprimenda que se apresentou extremada.

8. Pena reconduzda ao mínimo legal para um ano de reclusão e 10 dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, na terceira fase presente a causa de aumento do § 6º do art. 180, aumenta-se a pena em ½ (metade) a torná-la definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos e atualizado quando da execução.

9. O regime inicial de cumprimento de pena que mais se coaduna ao caso em face das circunstâncias do art. 59 do Código Penal é o inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

10. Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, sendo: uma pena de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública, pelo prazo da condenação, a ser fixada pelo MMº Juízo das Execuções e uma pena pecuniária de dez salários mínimos à vítima, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal.

11. Parcial provimento ao recurso interposto pela defesa, para condenar o réu ao cumprimento das penas de dois anos de reclusão, em regime inicial aberto e vinte dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, como incurso no art. 180, § 6º, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para condenar o réu ao cumprimento da pena de dois anos de reclusão, em regime aberto e vinte dias-multa, como incurso no artigo 180, § 6º, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal interposta por *Edson da Silva Leite* contra a r. sentença (fls. 220/284) que, julgando procedente a denúncia, o condenou ao cumprimento das penas *de 5 (cinco) anos de reclusão em regime inicial fechado e 277 (duzentos e setenta e sete) dias-multa*, à razão unitária de um trigésimo do salário mínimo, como incurso no art.180, *caput* e § 6º, do Código Penal.

Narra a denúncia, em síntese, que, no dia 23 de abril de 2013, o acusado adquiriu e

transportou, em proveito próprio, um monitor, uma impressora, cabos e toners de tinta que estavam na posse da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, sabendo que se tratavam de produtos de crime.

Em razões recursais (fls.315/327), alega a defesa ausência de dolo na conduta, pugnando pela absolvição do réu. Pondera que ainda que considerados crime, os fatos não passariam de mera tentativa.

Subsidiariamente, requer a redução da pena imposta e afastamento da causa de aumento prevista no § 6º do art. 180 do Código Penal, bem como a alteração do regime de cumprimento de pena para o menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Em contrarrazões de apelação, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 340/343v).

Parecer do Ministério Público Federal opina pelo parcial provimento do recurso interposto pela defesa, para reformulação da pena base estabelecendo-a no mínimo legal, com regime inicial aberto de cumprimento de pena, pena mínima que deverá sofrer o aumento em metade, conforme causa de aumento do § 6º, a totalizar quatro anos, restando cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

Feito sujeito à revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

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

Narra a denúncia:

No dia 23 de abril de 2013, Edson da Silva Leite adquiriu e transportou, em proveito próprio, um monitor, uma impressora, cabos e torres de tinta que estavam na posse da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, sabendo que se tratavam de produtos de crime.

No dia dos fatos, a carteira DAISY MEDEIROS DA ROCHA realizava entrega de encomendas SEDEX na altura na Rua Pedra Dourada, nº 225, Jardim Nazaré, São Paulo/SP, quando percebeu que 2 homens entraram no furgão da EBCT, que continha diversas encomendas, e fugiram em direção a Rua Lajinha. Tendo em vista a rapidez da ação, DAISY não conseguiu identificar os autores do furto (fls.09).

Foi acionado o alerta de pânico e equipes da Polícia Militar e Polícia Federal foram atrás dos sinais dos rastreadores colocados no veículo da EBCT e nas encomendas.

Seguindo o sinal do rastreador do veículo, este foi encontrado pelo policial militar JAIR DO PRADO na Rua Autolândia, nº 19, mas abandonado e sem as encomendas (fls.11).

Enquanto isso, os policiais federais FERNANDO MARTINS DA ROCHA e EDSON LEONARDO REIS SANTOS, seguindo o sinal do rastreador instalado em uma das encomendas, avistaram um veículo FIAT/STRADA preto parado em frente a uma Lan House, na Rua Mendanha, nº 22, Vila Curuçã, São Paulo/SP. Então, os policiais resolveram abordar o veículo. O condutor era o ora denunciado EDSON DA SILVA LEITE, e no banco do carona estavam as encomendas furtadas, com adesivos de novos, que tinham acabado de ser subtraídas do veículo furtado da EBCT.

Constatou-se que o denunciado tentou vender as encomendas (equipamentos de informática) para as duas Lan Houses, mas não obteve sucesso.

O denunciado alegou desconhecer que as encomendas eram produto de crime, mas não conseguiu explicar a origem e porque estava de posse das encomendas da EBCT.

Ressalte-se que a carteira DAISY MEDEIROS DA ROCHA reconheceu o denunciado como autor de outro roubo do qual foi vítima (fls.42/43) no exercício de suas funções.

A materialidade delitiva restou comprovada pelos depoimentos dos policiais federais FERNANDO MARTINS DA ROCHA e EDSON LEONARDO REIS SANTOS, da carteira DAISY MEDEIROS DA ROCHA, do policial militar JAIR DO PRADO e pela apreensão das encomendas subtraídas na posse do denunciado às fls. 22.

Quanto à autoria, resta claro que o denunciado, de forma livre e consciente, adquiriu e transportou as encomendas provenientes de furto praticado contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal oferece denúncia em face de EDSON DA SILVA LEITE, como incurso nas penas do crime previsto no artigo 180, *caput*, e § 6º, ambos do Código Penal, requerendo que seja instaurada a ação penal, citando-o e intimando-o para todos os atos processuais até sentença final (...).

A denúncia foi recebida em 09 de maio de 2013 (fls.60/62).

DA TIPICIDADE

Dispõe o art. 180 do Código Penal:

Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)

§ 6º Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no *caput* deste artigo aplica-se em dobro.

Os fatos apontados na inicial se subsumem perfeitamente ao tipo classificado, em face dos elementos extraídos dos autos e o crime precedente de roubo perpetrado contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, assim como a tentativa de venda dos objetos receptados pelo réu.

DA MATERIALIDADE DELITIVA

Comprovada a materialidade delitiva do crime de receptação, pelo Auto de Prisão em Flagrante de Edson da Silva Leite, Auto de Apreensão de fl. 12, de cópia da Lista de Objetos entregues ao Carteiro - LOEC nº 01101102511 (fl.14/21) que aponta os números dos objetos de roubo, Auto de Apreensão e Restituição dos objetos (um monitor, um impressora, quatro toners de tinta, dois cabos de força para monitor/computador), ali identificados.

DA AUTORIA DELITIVA

Comprovada a autoria delitiva em face de Edson da Silva Leite.

A testemunha Fernando Martins da Rocha disse que é policial federal e na data dos fatos monitorou as ruas de maior incidência de roubos contra os carteiros da EBCT. Que utilizando-se de rastreadores instalados em algumas encomendas para entregas naqueles locais foi verificado o acionamento de alerta de pane e em ato contínuo a equipe de policiais que tinha o aparelho localizador instalado na viatura começou a perseguir o sinal do rastreador que tinha sido acionado. Afirmou que na rua Autolândia nº 19, Jardim Nazaré, nesta capital, foi localizado o furgão dos Correios através do localizador nele instalado. O furgão já não tinha encomenda

dentro, nem chaves de contato. Ato contínuo a equipe passou a seguir o sinal do rastreador instalado em uma das encomendas, tendo sido avistado o FIAT/STRADA preto em frente a uma Lan House, na Rua Medanha. Ainda em busca do veículo pelo rastreador visualizou o veículo em frente a uma segunda Lan House que foi abordado na Rua Crescente, nº 56, Vila Curuça, São Paulo/SP, tendo sido localizados no banco do carona um monitor de LCD (que continha o rastreador) e uma impressora, ambos ainda na caixa e com adesivos novos.

Esclareceu a testemunha que o condutor do veículo negou que tivesse subtraído a encomenda, porém, ao retornar junto com o conduzido na primeira Lan House, o proprietário informou que instantes antes o mesmo cidadão e mais uma pessoa foram oferecer monitor de LCD para venda, tendo sido negada a proposta (fls.2/3).

No mesma vertente é o depoimento prestado pelo policial federal Edson Leonardo Reis Santos (fls.4/5), além do testemunho de Jair do Prado (fl.11).

De seu turno, a carteira Daisy detalhou a ação de roubo, ao declarar que estava sozinha fazendo as entregas com o furgão da EBCT e ao deixar o furgão ligado e descer para fazer as entregas percebeu que dois homens entraram no veículo, tendo rumado em direção da Rua Lajinha, sendo que foram levadas dezenove encomendas que constam da Lista de Objetos entregues ao carteiro cuja cópia está no Auto de Apreensão.

O réu Edson, ao ser inquirido em sede policial, disse que encontrou um colega vulgo “pequeno” que lhe ofereceu uma impressora e um monitor por R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), tendo comprado a mercadoria; que se dirigiu a Lan House para vender a mercadoria, porém o dono não aceitou a proposta de venda por R\$ 150 (cento e cinquenta) reais; que diante da recusa, dirigiu-se a outra Lan House quando foi abordado pela equipe policial. Afirmou que não sabia que no monitor havia dispositivo de rastreamento; que não sabia tratar de produto ilícito.

Contudo, a versão de desconhecimento da ilicitude de origem da mercadoria é incrédula, tanto pelo valor da mercadoria que segundo o réu lhe foi oferecida bem abaixo do valor real dos equipamentos novos e a tentativa de vendê-la logo a seguir, como também pelo fato de que o réu em outra ocasião foi detido em razão da posse de produtos de roubo da mesma carteira Daisy que reconheceu o acusado Edson da Silva Leite por fotografia na Delegacia da cidade de Guaianazes como sendo um dos assaltantes (fls.42/43), forte indício de culpabilidade, mesmo porque em Juízo, a vítima ao efetuar reconhecimento pessoal do réu disse que parecia com o autor do roubo anterior. (fl.168).

Na fase judicial, a instrução criminal consta da gravação em audiovisual produzida em reforço à prova acusatória. Na oportunidade Edson disse que pagou a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) pela mercadoria (monitor e impressora) adquiridos para uso pessoal, versão contraditória à anteriormente prestada e nitidamente mendaz, porque se assim fosse não haveria razão para tentar vendê-las logo a seguir por R\$ 150,00. De qualquer forma, a aquisição foi recusada pelo dono da Lan House, testemunha que confirmou os fatos, a evidenciar o dolo do réu consistente na aquisição livre e consciente de mercadoria produto de ilícito.

Insta salientar que o réu não apresentou notas fiscais das mercadorias, ou qualquer outro comprovante que justificasse a posse lícita das mesmas, a confirmar a acusação.

Desse modo, mantenho a sentença condenatória.

Lembro que o crime restou consumado, de modo que teve o réu a posse mansa e pacífica da res, que saiu da esfera de vigilância da vítima.

DA DOSIMETRIA DA PENA (arts. 59 e 68 do Código Penal)

A MM^a Juíza considerou como circunstância judicial negativa a possibilitar a elevação da pena-base o fato de que a “conduta do réu foi proveniente de cobiça em busca de dinheiro de forma fácil, estribada em notório hedonismo” e prática de crime que fomenta o espectro delitivo, a estimular condutas ilícitas, tendo o mal causado transcendido ao resultado típico.

Por tais motivos, fixou a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão. Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, na terceira fase foi aplicado o aumento em dobro, por força da correta aplicação do § 6º do art. 180, a ensejar a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado e 277 (duzentos e setenta e sete) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

O regime imposto sobreveio ao fundamento de que o réu exerce atividade criminosa como meio de vida, pelo que necessária a sua manutenção em segregação, assegurando-se a ordem pública, a tornar incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mantendo-se a prisão preventiva.

Entendo que razão assiste à defesa e ao Ministério Público Federal, no tocante aos fundamentos da fixação da pena-base, porquanto os motivos determinantes sopesados pela MM^a Juíza já fazem parte da conduta que busca dinheiro de forma fácil, impedindo-se que seja tal fato valorado negativamente para fins de majoração da reprimenda que se apresentou extremada.

Assim sendo, reconduzo a pena-base ao mínimo legal para um ano de reclusão e 10 dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, na terceira fase presente a causa de aumento do § 6º do art. 180, aumento a pena no dobro, a torná-la definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos e atualizado quando da execução.

O regime inicial de cumprimento de pena que mais se coaduna ao caso em face das circunstâncias do art. 59 do Código Penal é o inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

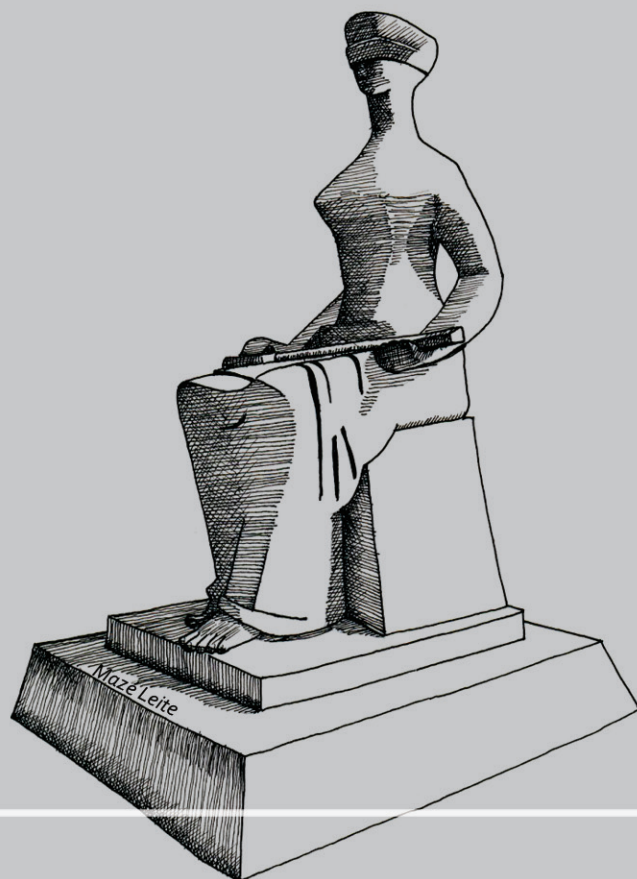
Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, sendo: uma pena de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública, pelo prazo da condenação, a ser fixada pelo MMº Juízo das Execuções e uma pena pecuniária de dez salários mínimos à vítima, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pela defesa, para condenar Edson da Silva Leite ao cumprimento das penas de dois anos de reclusão, em regime inicial aberto e vinte dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, como incurso no art. 180, § 6º, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, acima apontadas.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

Direito Previdenciário



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0000501-46.2006.4.03.6103

(2006.61.03.000501-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelada: NEUSA DA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS – SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 1341591

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. PENSÃO POR MORTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida 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 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. Os requisitos a serem observados para a concessão da pensão por morte são os previstos nos arts. 74 a 79, todos da Lei nº 8.213/1991, sem necessidade de carência. Por força desses preceitos normativos, a concessão do benefício em referência depende, cumulativamente, da comprovação: a) do óbito ou morte presumida de pessoa que seja segurada (obrigatória ou facultativa); b) da existência de beneficiário dependente do de cujus, em idade hábil ou preenchendo outras condições previstas em lei; e c) da qualidade de segurado do falecido.

3. Quanto à condição de segurado (obrigatório ou facultativo), esta decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes (embora sem carência, consoante o art. 26, I, da Lei 8.213/1991).

4. No tocante aos dependentes do segurado falecido, o direito à pensão por morte encontra-se disciplinado na Lei n. 8.213/91, art. 16.

5. O benefício é devido ao conjunto de dependentes do de cujus que reúnam as condições previstas nos art. 77 da Lei 8.213/1991, obviamente cessando para o dependente que não mais se enquadre nas disposições desse preceito normativo. Nem mesmo a constatação de dependente ausente obsta a concessão da pensão, cabendo sua habilitação posterior (art. 76 da Lei 8.213/1991).

6. Por sua vez, o § 4º desse mesmo artigo estabelece que “a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.

7. A dependência econômica não precisa ser exclusiva, de modo que a mesma persiste ainda que a parte autora tenha outros meios de complementação de renda. Sobre isso, a Súmula 229, do extinto E.TFR, ainda reiteradamente aplicada, é aproveitável a todos os casos.

8. Não impede a concessão do benefício em tela o fato de os dependentes receberem aposentadoria, pois o art. 124 da Lei nº 8.213/1991 não veda a acumulação da pensão por morte com aposentadoria, quando presentes os requisitos legais. Nega, apenas, a acumulação de mais de uma pensão, deixada por cônjuge ou companheiro, assegurado o direito de se optar pelo pagamento da mais vantajosa.

9. No caso em tela, está comprovado nos autos o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício.

10. 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, 14 de abril 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 pelo INSS 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 o agravante alega que não se encontram presentes os requisitos para a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte.

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 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).

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.

Observo que a decisão ora agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

Trata-se de ação previdenciária ajuizada por Neusa da Silva, objetivando a concessão de pensão em decorrência do falecimento de sua genitora, na condição de filha inválida.

Sentença de procedência do pedido para conceder pensão por morte ao autor, a partir da data do óbito, acrescido de correção monetária e juros de mora. Honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação. Isenção de custas. Sentença submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia apelou pleiteando a integral reforma do julgado.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Decido.

O art. 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.

Os requisitos a serem observados para a concessão da pensão por morte são os previstos nos arts. 74 a 79, todos da Lei nº 8.213/1991, sem necessidade de carência. Por força desses preceitos normativos, a concessão do benefício em referência depende, cumulativamente, da comprovação: a) do óbito ou morte presumida de pessoa que seja segurada (obrigatória ou facultativa); b) da existência de beneficiário dependente do de cujus, em idade hábil ou preenchendo outras condições previstas em lei; e c) da qualidade de segurado do falecido. Quanto à condição de segurado (obrigatório ou facultativo), esta decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes (embora sem carência, consoante o art. 26, I, da Lei 8.213/1991).

No tocante aos dependentes do segurado falecido, o direito à pensão por morte encontra-se disciplinado na Lei nº 8.213/91, art. 16, *in verbis*: “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente”.

Vale lembrar que esse benefício é devido ao conjunto de dependentes do de cujus que reúnam as condições previstas nos art. 77 da Lei 8.213/1991, obviamente cessando para o dependente que não mais se enquadre nas disposições desse preceito normativo. Nem mesmo a constatação de dependente ausente obsta a concessão da pensão, cabendo sua habilitação posterior (art. 76 da Lei 8.213/1991).

Por sua vez, o § 4º desse mesmo artigo estabelece que “a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.

Sinalizo que essa dependência econômica não precisa ser exclusiva, de modo que a mesma persiste ainda que a parte autora tenha outros meios de complementação de renda. Sobre isso, a Súmula 229, do extinto E.TFR, ainda reiteradamente aplicada, é aproveitável a todos os casos (embora expressamente diga respeito à dependência da mãe em relação a filho falecido), tendo o seguinte teor: “a mãe do segurado tem direito à pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva.”

Nesse sentido, também não impede a concessão do benefício em tela o fato de o dependente receber aposentadoria, pois o art. 124 da Lei nº 8.213/1991 não veda a acumulação da pensão por morte com aposentadoria, quando presentes os requisitos legais. Nega, apenas, a acumu-

lação de mais de uma pensão, deixada por cônjuge ou companheiro, assegurado o direito de se optar pelo pagamento da mais vantajosa.

In casu, não há controvérsia quanto à qualidade de segurado do falecido que recebia aposentadoria por invalidez NB 097.031.922-3 (fls. 19). Cumpre observar, inicialmente, que se exige que a invalidez seja anterior ao óbito do segurado para fins de comprovação da dependência econômica.

Laudo médico pericial (fls. 55/58) comprova que a autora é portadora de esquizofrenia e está total e definitivamente incapacitada para exercer atividade laborativa. O mesmo laudo afirma que a autora passou a apresentar a enfermidade em 01/07/2005. Considerando-se que o óbito do segurado-instituidor ocorreu em 07/06/2003, a enfermidade seria, em princípio, posterior ao óbito.

No entanto, há que se considerar a existência de tomografias computadorizadas, datadas de 30/04/1996 (fls. 28) e 13/11/1998 (fls. 27), que indicam a ocorrência de calcificações sugestivas de neurocisticercose em várias regiões do cérebro.

A questão não se encontra resolvida. Exemplo disso é o trecho que extraio do abstract do artigo “A relação entre neurocisticercose e epilepsia: um debate interminável.”:

“A neurocisticercose (NC) ou infecção cerebral pela *Taenia solium* é importante problema de saúde pública em todo o mundo. Entre as sequelas neurológicas da NC, as crises convulsivas têm sido descritas como os sintomas mais frequentes. Crises convulsivas sintomáticas agudas resultam, muitas vezes, da degeneração de cistos viáveis; entretanto, nem todos os pacientes com NC e crises agudas ou provocadas desenvolvem epilepsia (i.e., crises recorrentes não provocadas). Pode haver uma relação entre epilepsia e NC, causal ou incidental, devido à alta prevalência de ambas. O potencial epileptogênico dos cistos calcificados assim como a possível associação entre NC e esclerose hipocampal ainda necessitam de futuras pesquisas”. CARPIO, Arturo and ROMO, Matthew L..A relação entre neurocisticercose e epilepsia: um debate interminável. Arq. Neuro-Psiquiatr. [online]. 2014, vol.72, n.5, pp. 383-390. ISSN 0004-282X. <http://dx.doi.org/10.1590/0004-282X20140024>.

Embora os estudos epidemiológicos da relação de causalidade entre a ocorrência das neurocalcificações e de crises epiléticas não sejam conclusivos, tenho que os elementos existentes são suficientes para a formação de um juízo de convencimento para o caso concreto. As testemunhas ouvidas em juízo confirmam que a parte autora não conseguiu se manter nos empregos porque desmaia e cai constantemente, apesar do uso de medicamentos (fls. 110/118 - a respeito dos vínculos empregatícios da parte autora ver CNIS a fls. 119/121).

O laudo social juntado a fls. 60/66 e complementado a fls. 75/77 informa ao juízo que o núcleo familiar ficou sem nenhum rendimento após o óbito, sobrevivendo da caridade alheia. Deste modo, diante do conjunto probatório, restou evidenciada a condição de incapaz da autora anterior à época do óbito, de modo a preencher os requisitos para o restabelecimento da pensão por morte, nos termos deferido em sentença.

O benefício deve ser pago a partir da data do óbito do segurado.

É também devido o abono anual, a teor do art. 40 da Lei nº 8.213/91.

O pagamento das diferenças deve ser acrescido de juros de mora a contar da citação (Súmula 204/STJ).

A correção monetária e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

O INSS é isento de custas processuais, arcando com as demais despesas, inclusive honorários periciais (Res. CJF nºs. 541 e 558/2007), além de reembolsar as custas recolhidas pela parte contrária, o que não é o caso dos autos, ante a gratuidade processual concedida (art. 4º, I e parágrafo único, da Lei 9.289/1996, art. 24-A da Lei 9.028/1995, n.r., e art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/1993).

Com relação aos honorários de advogado, mantenho-os como fixados na r. sentença, em 15% sobre o valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença,

nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado ao benefício ora concedido, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei nº 8.213/91).

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, e § 1º-A, do CPC, *DOU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial*, nos termos da fundamentação acima, para esclarecer os consectários da sentença, e *NEGO SEGUIMENTO à apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*. Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

Publique-se. Intime-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

APELAÇÃO CÍVEL
0000851-62.2006.4.03.6126
(2006.61.26.000851-8)

Apelante: GERALDO RODRIGUES
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
 Classe do Processo: AC 1216624
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. REEXAME DISPOSTO NO ART. 543-B DO CPC. RE 564.354-STF. RECONSIDERAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 564.354, reconheceu a repercussão geral da matéria e entendeu pela possibilidade de aplicação imediata do artigo 14 da EC nº 20/1998 e do artigo 5º da EC nº 41/2003 aos benefícios limitados aos tetos anteriormente estipulados. Aplicabilidade ao caso em análise.
2. Incidência da norma prevista no artigo 543-B, § 3º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.418/06, tendo em vista o julgado do Supremo Tribunal Federal.
3. Análise do pedido à luz da decisão do Recurso Extraordinário nº 564.354. Improcedência reformada.
4. Provimento à apelação da parte autora.

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, em juízo de retratação, nos termos do art. 543-B do CPC, reconsiderar o voto de fls. 71-75 e dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Cuida-se de ação previdenciária com vistas à revisão de benefício previdenciário de aposentadoria especial, aplicando-se como limitador máximo da renda mensal reajustada, após 12/1998, o valor fixado pela EC 20/98, e a partir de 01/2004, o valor fixado pela EC 41/03.

A sentença julgou improcedente o pedido. A parte autora apelou.

Foi proferida decisão monocrática, nos termos do artigo 557 do CPC, a qual negou seguimento ao recurso.

O segurado interpôs agravo legal.

O acórdão de fls. 70-76, da Nona Turma desta Corte, negou provimento ao recurso. Foram opostos embargos declaratórios (fls. 78-79), os quais foram rejeitados (fls. 81-83). Após, foi interposto recurso extraordinário.

Em razão do decidido em RE nº 564.354, vieram-me os autos em obediência à disposição do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de demanda previdenciária em que se pleiteia a revisão de benefício, aplicando-se como limitador máximo após 12/1998, o valor fixado pela EC 20/98, e a partir de 01/2004, o valor fixado pela EC 41/03.

Após a interposição de recurso extraordinário, pela parte autora, retornaram-me os autos para o reexame disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

No caso vertente, às 76, negou-se provimento, por unanimidade, ao agravo interposto pela parte autora contra a decisão monocrática que negou seguimento à apelação, restando mantida a sentença de fls. 45-49, que julgou improcedente o pedido.

Assim, tendo em vista o advento do julgamento sobre o tema discutido nessa demanda, pelo Supremo Tribunal Federal, incide a norma prevista no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 11.418/06:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

(...)

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

Vale salientar, que a questão não comporta digressões, pois, em recente decisão, o STF entendeu pela possibilidade de aplicação imediata do artigo 14 da EC nº 20/1998 e do artigo 5º da EC nº 41/2003 aos benefícios limitados aos tetos anteriormente estipulados:

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL. ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação constitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a

segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução da controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência de retroatividade constitucionalmente vedada.

2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

3. Negado provimento ao recurso extraordinário.

(RE 564.354-Sergipe, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 15-2-2011).

Nesse passo, em juízo de retratação, nos termos do art. 543-B do CPC, adoto como razões de decidir o entendimento acima consignado e à luz do julgado do Recurso Extraordinário nº 564.354, reconsidero meu voto proferido às fls. 71-75.

O benefício da parte autora, com NB 85.913.529-2, concedido em 20.12.89, teve sua renda mensal inicial fixada em NCz\$ 3.315,66. Todavia, em virtude do artigo 144 da Lei 8.213/91, quando do recálculo, a RMI teve seu valor limitado ao teto, apesar de o salário de benefício ter sido apurado em quantia superior (fls. 03).

Nesse contexto, devem ser observados os novos valores tetos determinados pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03 no reajustamento do benefício da parte autora.

Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, entendida esta como a somatória das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Visando à futura execução do julgado, observo que sobre as prestações vencidas incidirá correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08.4.1981 (Súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça), a partir de cada vencimento (Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal da Terceira Região), e pelo mesmo critério de atualização dos benefícios previdenciários previsto na legislação respectiva, o qual está resumido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal. Sobre esses valores incidirão juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força do art. 1.062 do Código Civil anterior e art. 219 do Código de Processo Civil. A partir do novo Código Civil, serão devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 deste último diploma, e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Após a Lei 11.960, de 29.06.2009, deve ser utilizada a taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. (STJ - SEXTA TURMA, REsp 1099134/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011).

Para o pagamento das diferenças havidas deve ser observada a prescrição quinquenal parcelar. Determino o desconto de todos os valores pagos na esfera administrativa.

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do art. 543-B do CPC, acolho o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, e em novo julgamento, *reconsidero o voto de fls. 71-75*, a fim de dar provimento à apelação da parte autora e determinar o reajuste de seu benefício pelos limitadores trazidos nas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03, observada a prescrição quinquenal parcelar e descontados todos os valores pagos na esfera administrativa. Consectários legais conforme fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0025890-82.2006.4.03.9999

(2006.03.99.025890-7)

Agravantes: PEDRO MARTIN E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 295/301

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE MATÃO - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR

Classe de Processo: AC 1129327

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/04/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS LEGAIS DO AUTOR E DO INSS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. CONVERSÃO DE TEMPO DE ATIVIDADE ESPECIAL EM COMUM. RUÍDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO TÉCNICA. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE ESPECIAL. TRATORISTA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA.

1. Hipótese em que a decisão impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, do Código de Processo Civil.

2. A comprovação da exposição do segurado aos agentes prejudiciais à saúde, deve ser aferida de acordo com o enquadramento do ramo de atividade exercida e das relações de agentes nocivos previstos no Quadro referido pelo artigo 2º do Decreto nº 53.831/64, nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080/79 e nos Anexos IV do Decreto nº 2.172/97 e do Decreto nº 3.048/99, exceto para a atividade em que há a exposição ao agente físico ruído, sendo necessária a comprovação do efetivo risco, perigo ou insalubridade.

3. Não restou configurado julgamento *extra petita*, no que tange ao período de 01/11/1987 a 30/06/1992, como tempo de atividade especial convertida em comum, porquanto o caráter social da norma previdenciária requer interpretação finalística, ou seja, em conformidade com os seus objetivos. Precedente do STJ.

4. Impõe-se a manutenção da decisão monocrática, de maneira que a parte autora faz jus ao benefício de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição até a data do requerimento administrativo.

5. Agravos legais desprovidos.

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 AOS AGRAVOS LEGAIS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de abril de 2015.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravos legais interpostos pela parte autora, bem como pelo INSS, contra r. decisão monocrática que, nos termos do art. 557, do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar arguida e deu parcial provimento à apelação do Autor, para reconhecer os períodos de 02/01/66 a 30/12/69 e 06/01/73 a 30/12/79, como laborado em atividade rural, e de 01/11/87 a 30/06/92, em atividade especial, convertido em comum, assim como concedeu a aposentadoria por tempo de serviço proporcional, a partir de 11/09/2002 e condenou a autarquia ao pagamento de honorários advocatícios (fls. 295/301).

A parte autora, preliminarmente, alega ocorrência de cerceamento de defesa, em razão de não ter sido realizada prova pericial em relação ao período de 15/07/1983 a 31/10/1987, trabalhado em caráter insalubre na Central Citrus Indústria e Comércio Ltda.

Ademais, salienta que, no curso do processo judicial, obteve administrativamente aposentadoria por idade (NB 138.653.845-8), razão pela qual deve constar na decisão agravada o direito à opção pelo benefício mais vantajoso (fls. 306/308).

Por sua vez, o INSS requer a reforma da referida decisão, sob o argumento de que houve julgamento *extra petita*, uma vez que o Autor requereu, na exordial, o reconhecimento do período de 01/05/1994 a 05/03/1997, em atividade especial desempenhada como auxiliar prensista e prensista. Todavia, restou reconhecido o interregno de 01/11/1987 a 30/06/1992, de atividade especial laborada como tratorista (fls. 309/307).

Por fim, na hipótese de manutenção do reconhecimento do mencionado período, sustenta que a atividade de tratorista não está enquadrada como atividade especial nos decretos vigentes à época, bem como não restou comprovada a efetiva exposição a agente agressivo.

Ambas as partes, suscitam, ainda, o prequestionamento legal para eventual interposição dos recursos cabíveis à espécie.

Apresento os recursos em mesa a fim de que sejam analisados pelo Colegiado.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

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

Primeiramente, passo à análise da pretensão recursal do Autor.

Não lhe assiste razão, no tocante ao cerceamento de defesa.

Depreende-se dos autos que a r. decisão monocrática ora impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Destaca-se que a parte agravante apenas reitera as alegações trazidas anteriormente, não apresentando argumentos relevantes para reforma da r. decisão agravada.

Com efeito, a utilização do agravo previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, deve necessariamente enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal

Federal, ou de Tribunal Superior. Por tal razão, mostra-se inviável a alteração do julgado quando o agravante deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE.

1. Carece de fundamento o agravo do art. 557, § 1º, do CPC, cujas razões não enfrentam diretamente os argumentos que respaldaram a decisão agravada.

2. Agravo regimental improvido.

(STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 622488/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 14.11.2006, DJ de 23.11.2006, p. 00238).

Na hipótese de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição à parte autora, que já percebe aposentadoria por idade, deverá o INSS possibilitar-lhe a opção pelo mais vantajoso.

A propósito, passo ao exame do recurso interposto pela autarquia-Ré.

Todavia, não lhe assiste razão.

Com efeito, verifico que, no tocante ao pedido de reconhecimento de atividade especial, não há que se falar em julgamento *extra petita*.

Isso porque, conforme consta da petição inicial (item 3 - fl. 04), o Autor alega ter laborado na empresa Marchesan Implementos Agrícolas Tatu S/A, como auxiliar prensista e prensista, no período de 01/05/1994 a 05/03/1997, ficando exposto a diversos agentes agressivos, incluindo ruído acima de 80 dB.

Salienta, ainda, que demais interregnos (competências de 06/89 a 06/90, 10/90 a 04/92 e em 04/95), trabalhados nas empresas Cemibra e Marchesan, foram convertidos na esfera administrativa.

Por derradeiro, no pedido de fls. 09/10, item II, “c”, requer a conversão do período laborado em atividades especiais como auxiliar de prensista e prensista, para a referida empresa, no período de 01/05/1994 a 05/03/1997.

Cumprе ressaltar que, após a apresentação da contestação do Réu (fls. 189/194), assim como da réplica (fls. 196/204) e da designação de audiência de instrução e julgamento (fl. 208), a parte autora protocolou petição alegando ocorrência de um grande lapso na elaboração da inicial, de modo que os itens 2, 3, 4 e 5 deveriam ser corrigidos (fls. 212/213).

No ponto que interessa, no novo item 4, alega ter prestado serviços na Central Citrus e Comércio Ltda., nos períodos de 15/07/83 a 31/10/87 e de 01/11/87 a 30/06/92, como auxiliar de serviços gerais e tratorista, sendo que ficava exposto a ruído acima da 80 dB.

Por sua vez, o INSS não concordou com as correções propostas, porquanto implicaria em modificação da descrição dos fatos e, conseqüentemente, do pedido, razão pela qual requereu o prosseguimento do feito com a realização da audiência designada (fl. 226).

Não obstante, ocorre que, na decisão agravada, foram apreciados os pedidos relativos às atividades desempenhadas pelo Autor nas funções de auxiliar de serviços, no período de 15/07/83 a 31/10/87, e de tratorista no interregno de 01/11/87 a 30/06/92.

Dessa forma, ante a ausência de comprovação técnica exigida para a caracterização, como especial, da atividade desenvolvida com exposição ao agente nocivo ruído, o período de 15/07/83 a 31/10/87 foi considerado como tempo de serviço comum.

Por sua vez, o tempo de atividade como tratorista, de 01/11/87 a 30/06/92, foi enquadrado

como insalubre por equiparação àquelas atividades elencadas no Decreto nº 53.831/64, item 2.4.4 e no Decreto nº 83.080/79, anexo I, itens 2.4.2 e 2.5.3, pois o rol é exemplificativo e não taxativo, passível, portanto, de conversão em comum.

Ademais, a Circular nº 8, de 12 de janeiro de 1983, do extinto INPS equiparou a atividade de tratorista com a de motorista, dispondo que: “Face ao pronunciamento da Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho proferido no processo Mtb - 113.064/80 cabe ser considerada a atividade de tratorista para fins de aposentadoria especial, como enquadramento, por analogia, no código 2.4.2 do quadro II anexo ao Decreto nº 83.080/79”.

Nesse sentido, o posicionamento da 7ª Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS. ART. 557 DO CPC. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADES ESPECIAIS. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. - Com relação à profissão de tratorista, exercida comprovadamente nos intervalos de 13.01.1989 a 04.04.1998 e 04.01.1999 a 14.09.2010 (conforme PPP, documentos e depoimentos testemunhais), cumpre consignar que, embora não conste nos anexos dos Decretos nº 53.831/1964 e nº 83.080/1979 como especial, se devidamente comprovado o exercício da profissão de tratorista pela parte autora, é de se reconhecer o respectivo tempo laborado como atividade especial, enquadrada, por analogia, no código 2.4.4 do Decreto nº 53.831/1964 e no código 2.4.2 do Anexo II do Decreto nº 83.080/1979. É o que ocorre no presente caso, motivo porque tais períodos serão computados como labor de natureza especial. - A Circular nº 8, de 12 de janeiro de 1983, do antigo INPS equiparou a atividade de tratorista com a de motorista, dispondo que: “Face ao pronunciamento da Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho proferido no processo Mtb - 113.064/80 cabe ser considerada a atividade de tratorista para fins de aposentadoria especial, como enquadramento, por analogia, no código 2.4.2 do quadro II anexo ao Decreto nº 83.080/79”. - Comprovados mais de 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço e o cumprimento da carência, em conformidade com o art. 142 da Lei nº 8.213/91, o autor faz jus ao benefício de Aposentadoria por Tempo de Serviço Integral. - Os argumentos trazidos pelo Agravante não são capazes de desconstituir a Decisão agravada. - Agravo desprovido. (TRF - 3ª Região, 7ª Turma, ApelReex nº 2012.03.99.009052-8, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, j. 19/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 27/11/2014).

Cumprе ressaltar, ainda, ser pacífico o entendimento na Corte Superior, quanto ao reconhecimento do tempo de serviço especial, em face apenas do enquadramento na categoria profissional, antes da edição da Lei nº 9.032/95 (v.g. STJ, 3ª Seção, AR nº 2745/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 24/04/2013, DJe 08/05/2013).

Por conseguinte, somados os períodos reconhecidos como exercidos em atividade rural e em atividade especial convertido em comum, com os períodos de trabalho comprovados em CTPS e no sistema CNIS, foi concedida a aposentadoria por tempo de serviço proporcional, a partir da DER, condenando a autarquia ao pagamento de honorários advocatícios.

No caso em tela, verifico que não houve alteração do pedido, qual seja, a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, mas, tão somente, a alteração da causa de pedir, em razão da realidade dos fatos, ora narrados na petição de fls. 212/213.

Desse modo, consoante o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em face do caráter social da Lei de Benefícios, que merece interpretação finalística, em conformidade com seus objetivos, entendo plausível seja o pedido julgado segundo a realidade dos fatos (v.g. STJ, 3ª Seção, EREsp nº 320.207/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 27/04/2005, DJ

11/05/2005, p. 162).

Sendo assim, não há que se falar em julgamento *extra petita*, razão pela qual deve ser mantido o reconhecimento do período de 01/11/87 a 30/06/92 como tempo de atividade especial convertido em comum, pelas razões acima expostas.

Por fim, somando-se os períodos de atividade comum comprovados pela cópia da CTPS (fl. 68), os constantes no CNIS, bem como os de atividade rural reconhecidos judicialmente, que não foram impugnados pelo INSS no agravo legal, obtém-se um total de 31 anos, 09 meses e 30 dias, de modo que o Autor faz jus à concessão de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, até a data do requerimento administrativo (11/09/2002).

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos agravos legais.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0054125-88.2008.4.03.9999

(2008.03.99.054125-0)

Agravante: ANTONIO ALVES

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: ANTONIO ALVES E OUTROS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE SERTÃOZINHO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: AC 1369171

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2015

EMENTA

AGRAVO DO ARTIGO 557 DO CPC. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE RENDA MENSAL INICIAL. DECADÊNCIA. PRAZO. ARTIGO 103 DA LEI Nº 8.213/91. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DO ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523-9/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.303.988/PE, RELATOR O MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, DECISÃO EM 14.03.2012, UNÂNIME. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. RENDA MENSAL INICIAL COM BASE NOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO AGRAVO.

- A Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.06.97, convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97, alterou o artigo 103 da Lei nº 8.212/91, instituindo prazo de decadência de 10 (dez) anos “de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício”.

- O termo inicial do prazo de decadência para os benefícios previdenciários concedidos antes da Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.06.97, é a data de sua entrada em vigor, 28.06.97.

- Entendimento firmado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.303.988/PE, relator o Ministro Teori Albino Zavascki, em 14.03.2012, por votação unânime.

- Juízo modificado - até em defesa do princípio da segurança jurídica -, de modo a afastar a retroação da norma da MP nº 1.523-9/97, que não tem, para a hipótese, como marco inicial o ato de concessão do benefício previdenciário, mas sim a data de sua vigência, projetando-se para o futuro diante de situação presente.

- Decadência pronunciada, decorridos mais de 10 (dez) anos entre a data da vigência da MP nº 1.523-9/97 (28.06.97) e o ajuizamento da ação.

- O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre a questão, ao apreciar o Recurso Extraordinário 626.489/SE em que reconhecida a existência de repercussão geral, por ocasião de julgamento realizado em 16 de outubro de 2013, decidindo que “O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição”.

- Extinção do processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, em relação à revisão dos benefícios titularizados por Antonio Alves, João Benedito e Orlindo Ferreira da Cruz.
- Direito de revisar o benefício da autora Maria de Lourdes Belmino de Oliveira não atingido pela decadência (DIB em 28.05.1999 e ajuizamento em 13.05.2008).
- A aposentadoria por idade (artigo 48 da Lei nº 8.213/91) pressupõe o implemento do requisito etário (65 anos para o homem e 60 para a mulher urbanos e 60 anos para o homem e 55 para a mulher rurais), a qualidade de segurado e a carência (apurada, para os segurados inscritos na Previdência Social Urbana anteriormente a 24.07.1991, segundo a tabela progressiva constante de seu artigo 142, tomando-se por base o ano em que o segurado implementou as condições necessárias à obtenção do benefício).
- Levando-se em conta que compete à empresa arrecadar as contribuições previdenciárias dos segurados empregados a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração e repassando-as ao INSS, a que incumbe a fiscalização do devido recolhimento, é de se admitir como efetuadas as arrecadações relativas ao período de trabalho registrado em CTPS.
- Tomando-se por base o número de contribuições exigido pela tabela que acompanha o artigo 142 da Lei nº 8.213/91 para o ano de 1999, a autora, tendo sido empregada nos interregnos identificados nos autos, cumpriu, efetivamente, o período de carência necessário à obtenção da aposentadoria almejada.
- O termo inicial de pagamento das diferenças deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou ciência da pretensão.
- A correção monetária das diferenças vencidas se dará nos termos da legislação previdenciária, bem como da Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.
- Os juros de mora são devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do artigo 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30.06.2009. A partir de 1º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.
- Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.
- Sendo a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita e figurando no pólo passivo autarquia federal, não há incidência de custas processuais.
- Embora devidas despesas processuais, a teor do artigo 11 da Lei nº 1.060/50 e 27 do Código de Processo Civil, não ocorreu o efetivo desembolso.
- Agravo de fls. 299/303 não conhecido. Agravo parcialmente provido apenas para reconhecer o direito de Maria de Lourdes Belmino de Oliveira ter recalculada a renda mensal inicial de seu benefício com base nos salários-de-contribuição, observados os termos do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, na sua redação original. Mantida a decisão agravada em relação aos demais litisconsortes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhece do agravo de fls. 299/303 e dar parcial provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de abril de 2015.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo interposto pelos autores contra decisão monocrática que, nos termos do artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil, deu provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS, para julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do diploma processual, tendo em vista a ocorrência da decadência.

Requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito para aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. No mérito, sustenta que, tendo sido os benefícios concedidos anteriormente à vigência da MP 1.523-9/97, não há que se falar na sua aplicação. Requer, por fim, que, afastada a decadência, sejam revisados os benefícios.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

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

Inicialmente, deixo de conhecer do agravo interposto pela parte autora em duplicidade (fls. 299-303), em razão da preclusão consumativa operada pela interposição anterior de outro agravo (fls. 262-270), sob pena de ofensa ao princípio da unicidade ou unirrecorribilidade recursal.

Cuida-se de agravo interposto contra decisão monocrática que, nos termos do artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil, deu provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS, para julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do diploma processual, tendo em vista a ocorrência da decadência.

Às fls. 262-270, assim decidi:

O INSS alega a decadência do direito dos autores de revisar seus benefícios.

Com relação aos institutos da prescrição e decadência, o artigo 103 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, dispunha que, sem “(...) prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes”.

A Lei nº 9.528/97 alterou o dispositivo acima, instituindo prazo decadencial para a revisão de ato de concessão de benefício, mantendo a prescrição para as hipóteses de recebimento

de prestações vencidas, restituições ou diferenças, salvaguardado o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. Confirma-se:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil”.

Com a Lei nº 9.711/98, alterou-se o *caput* do artigo 103, reduzindo-se para cinco anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato concessório de benefício.

Por fim, num quadro de litigiosidade disseminada, a Medida Provisória nº 138, de 19 de novembro de 2003, convertida na Lei 10.839, de 05 de fevereiro de 2004, alterou novamente o *caput* do artigo 103, para restabelecer o prazo decadencial de dez anos.

Traçada a evolução da legislação, cabe lembrar que esta Corte e o Superior Tribunal de Justiça já vinham decidindo que as alterações introduzidas pelas Leis de números 9.528/97 e 9.711/98 só incidiriam sobre os benefícios concedidos sob sua égide, não podendo retroagir para alcançar situações pretéritas, já consolidadas pelo direito adquirido. Nesse sentido, por exemplo: “PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTE DE BENEFÍCIO. ART. 103, DA LEI 8.213/91. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/97. PRAZO DECADENCIAL.

- O prazo de decadência instituído pelo artigo 103, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Medida Provisória nº 1.523/97, não se aplica aos pedidos de revisão de benefícios ajuizados antes de sua vigência, pois o novo regramento não tem aplicação retroativa.

- Recurso especial não conhecido”.

(STJ, RESP 254969, 6ª T., rel. Vicente Leal, v.u., DJ 11/09/2000, p. 302)

“PREVIDENCIÁRIO - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO DE FEVEREIRO DE 1994 - INCIDÊNCIA DO IRSM - PARCIAL PROCEDÊNCIA - DECADÊNCIA - REAJUSTE DE JUNHO DE 1999 - IMPROCEDÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS - APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.

- Inaplicável à espécie o art. 103 da Lei 8213/91, com a redação trazida pelas leis 9528/97 e 9711/98, uma vez que a novel legislação passa a ter efeitos tão-somente sobre os benefícios que vierem a se iniciar sob sua égide, não podendo incidir sobre situações já consolidadas pelo direito adquirido.

(...)”

(TRF 3ª Região, AC 2000.03.99.057724-5, 7ª T., rel. Eva Regina, v.u., DJU 15/10/2003, p. 285)

“PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - DECISÃO SUJEITA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, OBRIGATÓRIO - PRELIMINAR REJEITADA - CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL - ART. 202 DA CF - INCIDÊNCIA DO IRSM DE FEVEREIRO/94 (39,67%), NOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO DO PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO - LEI 8880/94 - CORREÇÃO MONETÁRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSOS E REMESSA OFICIAL, TIDA COMO INTERPOSTA, IMPROVIDOS.

1. Por força da MP nº 1561-6, de 13/06/97, transformada na Lei nº 9469, de 10/07/97, a decisão monocrática está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

2. Rejeitada a preliminar de decadência, vez que inaplicável, à espécie, o art. 103 da Lei 8213/91, com a redação trazida pelas leis 9528/97 e 9711/98. A novel legislação passa a ter efeitos, tão-somente, sobre os benefícios que vierem a se iniciar sob sua égide, não podendo incidir sobre situações já consolidadas pelo direito adquirido.

Nas ações previdenciárias o que prescreve são as prestações anteriores ao quinquênio legal que antecede a propositura da ação. O direito ao benefício e à sua revisão é imprescritível. (...)” (TRF 3ª Região, AC 2003.03.99.007788-2, 5ª T., rel. Ramza Tartuce, v.u., DJU 19/08/2003, p. 441)

A rigor, discutível pudesse o legislador fixar um prazo decadencial no caso de revisão de renda mensal inicial. Independente dos nomes que se dão às coisas, com efeito, há que se verificar, numa interpretação sistemática, se o termo introduzido por determinado diploma está de acordo com o correspondente instituto jurídico.

Apesar de a doutrina revelar algumas divergências acerca da prescrição e da decadência, chegou-se a um consenso no sentido de que a primeira incide nas ações onde se exige uma prestação, donde se conclui que seu afastamento dá ensejo, na hipótese de procedência da demanda, a uma sentença condenatória. A decadência, por sua vez, incide nas ações em que se visa à modificação de uma situação jurídica e nas ações constitutivas com prazo especial de exercício fixado em lei, levando seu afastamento, também na hipótese de procedência da demanda, a uma sentença declaratória ou constitutiva.

Assim, no rumo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prazo de decadência - principiado pela Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.06.97, depois de sucessivas reedições convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.1997, alterando o artigo 103 da Lei nº 8.213/91 -, não se aplica aos pedidos de revisão de benefícios ajuizados antes de sua vigência.

Vale dizer, os benefícios previdenciários concedidos até 28.06.1997, data da entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.523/-9/1997, não estariam sujeitos à decadência.

Ocorre que a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião de questão de ordem suscitada do Recurso Especial nº 1.303.988/PE, resolveu, em 16.02.2012, “afetar o julgamento do feito à Egrégia Primeira Seção”, relevante a matéria e com o fim de prevenir divergência entre as Turmas.

Sobreveio, então, a ementa do acórdão, da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki, conforme decisão unânime, de 14 de março de 2012, da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça: “PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário.

Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DL 28/08/06).

3. Recurso especial provido”.

Recurso Extraordinário foi interposto pelos autores da ação de revisão de renda mensal inicial da aposentadoria, sobrestando-se o processo até decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 626.489/SE, que trata da mesma controvérsia.

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em 17.09.2010, “reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada”, vencidos os Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello.

Ementou o Ministro Ayres Britto, relator:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DECADENCIAL. MEDIDA PROVISÓRIA 1.523, DE 27/06/1997. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À RESPECTIVA VIGÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. SEGURANÇA JURÍDICA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA.

Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de aplicação do prazo decadencial estabelecido pela Medida Provisória 1.523/1997 aos benefícios previdenciários concedidos antes da respectiva vigência.”

Enquanto o Supremo Tribunal Federal não decide sobre o ponto, o Superior do Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.303.988/PE, apreciando a matéria infraconstitucional, modificou seu entendimento, agora para o fim de adotar a contagem do prazo decadencial para os benefícios concedidos antes de 1997; desse modo, o item 2 da ementa do acórdão: “2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DL 28/08/06)”.

O Direito exige a demarcação de tempo, porque tem por fim alcançar a pacificação das relações sociais.

Por meio de ordenamento jurídico, submetido a controle, normas são estabelecidas para que não prevaleça o interesse individual em confronto com o bem coletivo; é o que impede que o sujeito titular de direito individual venha a exercê-lo a qualquer tempo; ou, na aplicação prática, que aquele que teve seu direito supostamente violado venha a reclamá-lo independentemente do tempo que passa.

Os institutos da decadência e da prescrição foram criados para preservar a segurança jurídica, fixando a lei prazos para o exercício da pretensão por parte do titular do direito violado. Não exercido o direito no limite temporal estabelecido, diz-se que ocorreu a sua extinção pela ocorrência da decadência; há, de fato, a perda do próprio direito.

Resolver conflitos e intranquilidades constitui-se no fim maior do Direito, que, quando trata da aquisição ou extinção de direitos, utiliza a técnica de fixação de prazos, evitando, com isso, a eternização de ações inerentes ao seu titular.

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei atinge situações futuras e tem sua baliza firmada no respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.

Antes da Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.06.1997, a redação original do artigo 103 da Lei nº 8.213/91 não previa prazo de decadência para a revisão de benefício previdenciário.

A Medida Provisória nº 1.523-9/1997, convertida na Lei nº 9.528/97 - após toda a evolução legislativa noticiada -, estabeleceu em dez anos o prazo de decadência “de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”.

O Superior Tribunal de Justiça, e este Tribunal Federal, adotaram entendimento no sentido de que não havia contagem de prazo de decadência para os benefícios concedidos antes do advento da Medida Provisória nº 1.523-9/97; porque, é fato, seu texto, alterando o artigo 103 da Lei nº 8.213/91, não daria margem à retroação.

Veio, como já reproduzida a ementa do acórdão do REsp nº 1.303.988/PE, orientação no rumo de que o prazo decadencial, para as relações jurídicas constituídas antes da MP 1.523-9/97, seria contado a partir de sua vigência.

O que fez o Superior Tribunal de Justiça foi adotar a mesma regra interpretativa dada ao artigo 54 da Lei nº 9.784/99, que instituiu prazo de decadência para a Administração rever seus atos; deliberou que também estariam submetidas à decadência as relações jurídicas constituídas antes do advento da Lei nº 9.784/99.

Não diviso, com a interpretação, violação ao princípio da irretroatividade da lei (MS nº 9.112/DF, Corte Especial, rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 14.11.2005).

Na hipótese da MP 1.523-9/97, em que se está diante de prazo decadencial destinado ao titular do benefício previdenciário, a modificação de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça conduz à sua aceitação.

E assim é levando em conta o princípio da segurança jurídica.

Ao Judiciário cabe zelar por bem demasiadamente caro, como se apresenta a segurança jurídica. A realização de um mínimo de segurança constitui condição para que possa haver justiça. O direito é concebido “para ao menos estabelecer alguma segurança no passado que confira a cada um o direito de projetar sua vida no futuro, de fazer suas escolhas, suas apostas, em face do imponderável” (Eduardo Talamini, Coisa Julgada e sua Revisão, RT, 2005, p. 596).

Citado por José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, para Jorge Reinado Vanossi, em *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, a segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Nesse passo, de pronto, diga-se, nada recomenda as constantes alterações legislativas impostas pelo legislador ao artigo 103 da Lei nº 8.213/91.

Quando foi decidido que o prazo de decadência, conforme a Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.06.97, alterando o artigo 103 da Lei nº 8.213/91, não se aplicava aos pedidos de revisão de benefícios ajuizados antes de sua vigência, levou-se em conta o princípio da irretroatividade da lei.

Do mesmo modo, para que se entenda que os benefícios concedidos antes da vigência da MP 1.523-9/97 também estão sujeitos ao prazo decadencial, o juízo, igualmente, tende para asseverar que não há retroatividade da norma, porque, seu teor, não veio colher relações jurídicas pretéritas.

Com efeito, retirou-se interpretação em consonância com a mesma interpretação dada ao artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

Vale dizer, não há, com o teor da MP 1.523-9/97, retroatividade da norma, que somente ocorreria se dispusesse e colhesse o ato de concessão, propriamente; se do ato de concessão do benefício previdenciário fosse contado o prazo decadencial.

Não é o que ocorre quando se decide que serão, sim, os benefícios concedidos antes da vigência da MP 1.523-9/97 atingidos, mas que o prazo decadencial será contado a partir da vigência da nova legislação; fato pretérito é considerado (a data da concessão do benefício), porém a legislação projeta-se para o futuro, trazendo situação presente (a vigência da novel legislação). Isto é, a vigência da referida medida provisória é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, significando sua aplicação para o futuro, não intervindo no ato que concedeu o benefício previdenciário.

Outra razão que se dá para fortalecer a MP 1.523-9/97 está no fato de se igualar os beneficiários da Previdência Social. Explica Gabriel Brum Teixeira (Os benefícios previdenciários anteriores à Medida Provisória 1.523-9/1997 e o prazo decadencial para a revisão do ato administrativo de concessão. Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, nº 8, agosto/2010): “Por que blindar os benefícios concedidos anteriormente à MP 1.523-9/1997, assegurando-lhes a possibilidade de, *ad aeternum*, serem revistos judicialmente no que se refere ao ato de que importou na sua concessão, e reconhecer a fluência da decadência aqueles deferidos após este marco? Não se vê como decisivo o fato de uns serem anteriores a 27/06/1997 e outros

serem anteriores a 27/06/1997 e outros serem posteriores a essa data; nem parece legítimo tão simplório fator de discrimen. Sobretudo quando àqueles benefícios mais antigos os dez anos serão contados tão somente a partir da vigência da nova lei, pro futuro, sem surpresa a ninguém porque a contagem não retroagiu de modo algum.”

O princípio da segurança justifica aderir ao novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Considerando as DIBs das aposentadorias por idade em 29.04.1992 (Antonio Alves), 21.02.1995 (João Benedito), 28.05.1999 (Maria de Lourdes Belmino de Oliveira) e 21.09.1995 (Orlando Ferreira da Cruz), e 28.06.1997 o início da vigência da MP 1.523-9/1997, ajuizada a ação em 13.05.2008, ocorreu a decadência, a ensejar, assim, a extinção do processo nos moldes do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Na mesma linha, os precedentes colhidos à unanimidade no âmbito desta Seção especializada: “PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. REVISÃO. ATO DE CONCESSÃO. RENDA MENSAL INICIAL. RETROAÇÃO A 02.07.1989. TETO DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. LEI Nº 6.950/97. DECADÊNCIA. LEI Nº 9.528/97 E Nº 10.839/2004. DIB EM DATA ANTERIOR. APLICABILIDADE. ART. 210 DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO DE OFÍCIO. ART. 269, IV, CPC.

1 - A controvérsia que ensejou o conhecimento dos presentes embargos infringentes diz respeito ao acolhimento do pretendido direito ao recálculo de aposentadoria por tempo de serviço, concedida sob a égide da Lei nº 8.213/91, estabelecendo-se a data de seu início em 02 de julho de 1989 e considerando-se o teto de 20 salários mínimos, atualizados segundo as regras vigentes até então (Lei nº 6.950/81), para o cálculo dos salários de contribuição.

2 - Por se tratar de questão de ordem pública, a decadência pode ser reconhecida em qualquer grau de jurisdição, independentemente, inclusive, de requerimento expresse da parte.

3 - É de se admitir o cabimento de embargos infringentes, mesmo no caso em que a matéria não tenha sido objeto de divergência, nem de reforma da sentença recorrida, nas hipóteses de se tratar de questão de ordem pública.

4 - Considerando-se a existência de direito intertemporal, mesmo nos casos dos benefícios concedidos em data anterior à vigência da Medida Provisória nº 1.523/97 (convertida na Lei nº 9.528/97), admite-se a decadência, iniciando-se o cômputo do prazo decenal na data de entrada em vigor da referida norma legal.

5 - Pretende a embargada questionar o ato de concessão da aposentadoria, pelo que incide o prazo decadencial estabelecido em lei. Sendo assim, como a presente ação foi ajuizada apenas em 16.12.2009, mais de 10 anos após 28.06.1997, de rigor a resolução do mérito com enfoque no art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

6 - Decadência reconhecida de ofício. Processo extinto, com resolução do mérito. Embargos infringentes prejudicados.”

(Embargos Infringentes nº 0017273-33.2009.4.03.6183/SP, rel. Desembargador Federal Nelson Bernardes, j. em 24.1.2013, D. E. de 7.2.2013)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. DECADÊNCIA. PRAZO DECENAL A CONTAR DA MP 1.523/97. OCORRÊNCIA.

I - Não obstante a discussão acerca da aplicação ou não da decadência do direito de ação concernente à revisão de benefício previdenciário não esteja colocada nos limites da divergência, cabe ponderar que tal questão, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser conhecida, mesmo na hipótese de ausência de provocação das partes, em sede de embargos infringentes.

II - Em relação aos benefícios concedidos anteriormente ao advento da Medida Provisória nº 1.523/97, a orientação do STJ foi pacificada no sentido de que o prazo decadencial para sua revisão tem como termo inicial o da vigência da referida MP (28.06.1997),

III - A norma que altera a disciplina da decadência, com efeitos mais benéficos aos segurados, deve ser aplicada mesmo às hipóteses constituídas anteriormente à sua vigência, como é o caso da MP nº 138, de 19.11.2003, convertida na Lei nº 10.839/2004, que restabeleceu o prazo de

decadência para dez anos, que havia sido reduzido para cinco anos a partir da edição da MP nº 1.663-15/98, convertida na Lei nº 9.711/98.

IV - Os benefícios deferidos antes de 27 de junho de 1997 estão sujeitos a prazo decadencial de dez anos contados da data em que entrou em vigor a norma fixando o prazo decadencial decenal, qual seja, 28.06.1997, de modo que o direito do segurado de pleitear a sua revisão expirou em 28.06.2007; b) os benefícios deferidos a partir de 28.06.1997 estão submetidos ao prazo decadencial de dez anos, contados do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

V - Tendo em vista que o demandante percebe aposentadoria por tempo de serviço deferida em 09.09.1994 e que a presente ação foi ajuizada em 20.04.2010, não tendo havido pedido de revisão na seara administrativa, verifica-se efetivamente a incidência da decadência de seu direito de pleitear o recálculo da renda mensal do benefício de que é titular.

VI - Embargos infringentes a que se dá provimento, para acolher a preliminar de decadência, com extinção do processo, com resolução do mérito (art. 269, IV, do CPC)."

(Embargos Infringentes nº 0004558-22.2010.4.03.6183/SP, rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. em 22.11.2012, D. E. de 3.12.2012)

Diante da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, não se justifica a condenação da parte autora ao pagamento da verba honorária e custas processuais, consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte (AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., j. 10.05.06; AR nº 96.03.088643-2/SP, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v.u., j. 24.05.06).

Posto isso, com fundamento no artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil, reconheço a decadência arguida e dou provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação, para julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do diploma processual.

Decorrido o prazo recursal, baixem os autos ao juízo de origem.

Int.

(grifo)

Considerando o pedido de sobrestamento do feito, registra-se a superveniente pá de cal lançada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a questão, ao apreciar o Recurso Extraordinário 626.489/SE em que reconhecida a existência de repercussão geral, por ocasião de julgamento realizado em 16 de outubro de 2013 sob relatoria do Ministro Roberto Barroso, com acórdão ainda pendente de publicação oficial mas cujo teor encontra-se transcrito no Informativo 725/STF, assim ementado:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA.

1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.
2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.
3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição.
4. Inexiste direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.

Dessa forma, nenhum reparo merece a decisão agravada no tocante aos benefícios titularizados por Antonio Alves, João Benedito e Orlindo Ferreira da Cruz.

A decisão mostra-se, no entanto, equivocada em relação à Maria de Lourdes Belmino de Oliveira. Beneficiária de aposentadoria por idade com DIB em 28.05.1999, considerando a propositura da ação em 13.05.2008, não há que se falar em decadência.

Dessa forma, no tocante à referida autora, analisa-se o mérito propriamente dito.

A agravante pretende a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por idade de que é titular (NB 41/112.922.161-7), concedida no valor mínimo, para que seja recalculada com base nos salários-de-contribuição. Requer o pagamento das diferenças, observada a prescrição quinquenal.

A autora, nascida em 01.03.1944, comprovou a sua condição de trabalhadora rural por meio de CTPS, com vínculos empregatícios em atividade rural nos períodos de 19.01.1976 a 17.03.1976, 22.05.1976 a 16.02.1977, 08.04.1980 a 13.12.1980, 15.12.1980 a 07.03.1981, 16.08.1982 a 15.12.1982, 02.01.1984 a 04.01.1985, 07.01.1985 a 15.12.1986, 10.05.1989 a 31.10.1989, 01.03.1990 a 31.10.1990, 17.01.1991 a 06.12.1991, 06.01.1992 a 17.12.1992, 04.01.1993 a 22.12.1994 e de 03.01.1994 a 28.05.1999 (fls. 58-68). Manteve apenas um vínculo de natureza urbana, como lavadeira, no intervalo de 01.03.1987 a 22.08.1988 (fl. 67).

Fazendo jus à redução prevista no artigo 48, §1º, da Lei nº 8.213/91, implementou 55 anos de idade em 1999. Deve, portanto, demonstrar o recolhimento de, no mínimo, 108 (cento e oito) contribuições previdenciárias.

Conforme planilha de cálculo, cuja juntada ora determino, a autora totaliza 18 anos, 09 meses e 07 dias trabalhados (excluído o período de atividade urbana), restando cumprido o período de carência necessário à obtenção da aposentadoria almejada.

Registre-se que, *in casu*, diferentemente das situações em que desenvolvida a atividade no campo em regime de economia familiar, nos termos do artigo 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91, facultados os recolhimentos a cargo do próprio segurado especial, bem como daquelas em que o rurícola cumpre suas atividades na informalidade, sem registro de contrato de trabalho, às quais se impõe observar a legislação de regência - "O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondente, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento" -, trata-se de empregada, cujos registros junto aos estabelecimentos rurais em que laborou a partir de 10 de junho de 1969 encontram-se estampados em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social, ao abrigo, portanto, desde o início, da Lei nº 3.807/60 (art. 79, I), em que obrigatório o recolhimento das contribuições previdenciárias a cargo do empregador, não se permitindo falar, em casos tais, em descumprimento da carência exigida para o aproveitamento do tempo de serviço respectivo.

Na esteira do exposto, precedentes da 3ª Seção deste Tribunal Regional Federal:

AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ARTIGO 485, INCISO V. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHADOR RURAL. CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES A CARGO DO EMPREGADOR. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INEXISTÊNCIA.

- Preenchimento dos requisitos legais, necessários à apresentação da petição inicial em juízo, decorrendo, da narração dos fatos, o pedido de rescisão do julgado.
- Desnecessidade de prequestionamento do ponto controvertido. Ação rescisória não é recurso, inexistindo tal óbice para seu ajuizamento.

- Proposta a demanda dentro do biênio previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil, a demora na citação por motivos alheios à vontade do autor, inerentes ao mecanismo da Justiça, impede o reconhecimento da decadência. Inteligência da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.
- Matéria preliminar rejeitada.
- Tratando-se de trabalhador rural que, anteriormente à vigência da Lei nº 8.213/91, desenvolveu atividades no campo na qualidade de empregado, com registros em carteira de trabalho correspondentes aos períodos laborados, não se permite falar em descumprimento da carência necessária à concessão de aposentadoria por tempo de serviço.
- Recolhimento das contribuições previdenciárias cujo ônus recai sobre o empregador, a teor do disposto na Lei nº 4.213/63, posteriormente corroborada pela Lei Complementar nº 11/71. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, da 3ª Seção desta Corte e dos demais Tribunais Regionais Federais.
- Ação rescisória que se julga improcedente.
(Ação Rescisória 2000.03.00.051484-4, rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. em 28.11.2007, DJ de 8.2.2008)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

I - Verifica-se que o fundamento adotado pelo v. acórdão rescindendo para a reforma da sentença de 1º grau foi a admissão de fato que os autos evidenciam inexistente, ou seja, o tempo de serviço reconhecido no r. juízo *a quo* foi afastado pelo acórdão em questão por terem sido considerados vagos depoimentos inexistentes.

II - Os documentos constantes dos autos (CTPS, entre outros) são suficientes para comprovar o tempo de serviço prestado pelo autor na condição de rurícola, por mais de 35 anos.

III - Ação rescisória cujo pedido se julga procedente. Ação subjacente cujo pedido se julga procedente.

(Ação Rescisória 1999.03.00.000014-5, rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. em 13.06.2007, DJ de 3.8.2007)

Desta forma, implementado o requisito etário e cumprida a carência legal, patente o direito de obter o benefício de aposentadoria por idade com base nas contribuições previdenciárias recolhidas e não em valor correspondente ao mínimo.

A renda mensal inicial deverá ser recalculada na forma do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, haja vista que a DIB é anterior à alteração promovida pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999.

O termo inicial de pagamento das diferenças deve ser fixado na data da citação (13.07.2009), ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão da autora.

A correção monetária das diferenças vencidas se dará nos termos da legislação previdenciária, bem como da Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.

Os juros de mora são devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do artigo 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30.06.2009. A partir de 1º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e juros, os índices oficiais de remuneração básica

e juros aplicados à caderneta de poupança nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Com relação aos honorários de advogado, fixo-os em 10% sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Tendo em vista tratar-se de autarquia federal e litigar a autora sob o pálio da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação em custas processuais.

Quanto às despesas processuais, embora sejam devidas, a teor do artigo 11 da Lei nº 1.060/50 e 27 do Código de Processo Civil, não ocorreu o efetivo desembolso, visto que a autora é beneficiária da justiça gratuita.

Posto isso, não conheço do agravo legal de fls. 299/303 e dou parcial provimento ao agravo interposto com fulcro no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, apenas para reconhecer o direito de Maria de Lourdes Belmino de Oliveira ter recalculada a renda mensal inicial de seu benefício com base nos salários-de-contribuição, observados os termos do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, na sua redação original. Mantida a decisão agravada em relação aos demais litisconsortes.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0 013795-80.2010.4.03.6183
(2010.61.83.013795-1)

Apelante: CARMO CAROPRESSO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: AC 1648482

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/03/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B, § 3º, DO CPC. REVISÃO. DIREITO ADQUIRIDO AO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. DECADÊNCIA.

1. Incidente de juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC.
2. O Pleno do Colendo Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento do direito adquirido ao melhor benefício, com maior renda mensal inicial possível, direito submetido, contudo, à decadência e à prescrição.
3. O prazo decadencial estipulado no artigo 103 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-9, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, constitui um instituto de direito material, de forma a não poder referida norma incidir sobre situações que foram constituídas anteriormente ao seu advento. Todavia, isso não quer dizer que o legislador esteja impedido de modificar o sistema normativo no que toca ao futuro, considerando a inexistência de direito adquirido à manutenção de regime jurídico.
4. No que toca aos benefícios concedidos anteriormente ao advento da referida Medida Provisória nº 1.523/97, o prazo decadencial para a revisão do ato concessório tem como termo inicial a data de sua vigência, no caso, 28/06/1997, e sua extinção em 28/06/2007.
5. Em juízo de retratação (art. 543-B, §3º, do CPC), de ofício, julgo extinto o processo, em face da declaração da decadência, nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, restando, prejudicada a análise do agravo da parte autora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo de retratação (art. 543-B, §3º, do CPC), de ofício, julgar extinto o processo, restando prejudicada a análise do agravo interposto pela parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de março de 2015.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA (Relatora):

Trata-se de incidente de retratação encaminhado pela Excelentíssima Desembargadora Federal Vice-Presidente desta Corte, nos termos do art. 543-B, §3º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o C. STF, ao apreciar recurso extraordinário representativo de controvérsia, na forma prevista no art. 543-B do CPC, assentou o entendimento de que é direito do segurado a opção pelo benefício mais vantajoso, com a maior renda mensal inicial possível, se requerido em algum momento anterior, respeitadas a decadência e a prescrição.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA (Relatora):

A decisão de fls. 69/71vº negou seguimento à apelação da parte autora para manter a sentença improcedência do pedido de revisão da renda mensal do benefício NB nº 047.976.199-0 (DIB 13/01/1992).

Em sede de agravo (fls.73/77) a parte autora alega, em síntese, seu direito adquirido ao cálculo da sua renda mensal inicial e a opção pela mais vantajosa. Foi negado provimento (fls. 82/87vº).

Foi interposto recurso extraordinário (fls. 89/99).

A respeito da matéria, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar Recurso Extraordinário nº 630501/RS, firmado sob o regime de R repercussão geral, na sessão de 21/02/2013, publicado no DJe, em 26/08/2013, de relatoria da Ministra ELLEN GRACIE, relator do acórdão Ministro MARCO AURÉLIO, assentou o entendimento no sentido de que o segurado do regime geral da previdência social tem direito adquirido ao melhor benefício, com a maior renda mensal inicial possível, aplicáveis no entanto, a decadência e a prescrição.

Nesse sentido, no tocante à decadência, observe-se que, em sua redação original, dispunha o art. 103 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

Art. 103. Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes.

Portanto, no que toca a decadência, referido artigo nada dispunha. Sua previsão abarcava apenas o prazo de prescrição para a cobrança de prestações não pagas nem reclamadas na época própria.

O instituto da decadência para a revisão do ato da concessão do benefício surgiu em 27/06/1997 com o advento da nona reedição da Medida Provisória nº 1.523-9, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, passando o dispositivo legal acima mencionado, *in verbis*, a ter a seguinte redação:

Art. 103. É de 10 anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que

tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único - Prescreve em 5 anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

A jurisprudência desta Corte orientou-se no sentido de que o prazo decadencial estipulado no art. 103 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, constituía uma inovação, sendo aplicada somente aos atos de concessão emanados após sua vigência. Confirma-se: (AC nº 2000.002093-8/SP, TRF 3ª R., Relatora Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE, 5ª T., un., j. 25/03/02, DJU 25/03/03).

No entanto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, adotando posição divergente, orientou-se no sentido de que o prazo decadencial para a revisão do ato concessório, no que toca aos benefícios concedidos anteriormente ao advento da referida Medida Provisória nº 1.523/97, tem como termo inicial a data de sua vigência, no caso, 28/06/1997. É o que se depreende do seguinte precedente:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”.

2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Fischer, DL 28/08/06).

3. Recurso especial provido. (REsp nº 1.303.988/PE, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE de 21/03/2012).

Extraí-se do precedente acima transcrito que o prazo decadencial constitui um instituto de direito material e, assim sendo, a norma superveniente não pode incidir sobre tempo passado, impedindo assim a revisão do benefício, mas está apta a incidir sobre o tempo futuro, a contar do seu advento.

Por outro lado, dando nova redação ao art. 103 da Lei nº 8.213/91, a M.P. nº 1.663-15, de 22/10/98, convertida pela Lei nº 9.711, de 20/11/1998, determinou ser de 5 (cinco) anos o referido prazo decadencial para revisão do ato de concessão de benefício, gerando efeitos mais prejudiciais aos segurados, não podendo ser aplicada as hipóteses constituídas em sua vigência, considerando que a MP nº 138, de 19/11/03, convertida na Lei nº 10.839/04, restabeleceu o prazo de decadência para 10 (dez) anos.

Portanto, a norma que altera a disciplina, com efeitos mais benéficos aos segurados, deve ser aplicada mesmo às hipóteses constituídas anteriormente à sua vigência.

Revendo posicionamento anteriormente adotado, chega-se, portanto, às seguintes conclusões:

a) os benefícios concedidos antes de 27 de junho de 1997 estão sujeitos a prazo decadencial de 10 (dez) anos, contados da data em que entrou em vigor a norma, fixando o termo decadencial decenal em 28/06/1997, cujo direito de pleitear a revisão expirou em 28/06/2007;

b) os benefícios concedidos a partir de 28/06/1997 estão submetidos ao prazo decadencial de 10 (dez) anos, contados do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POSTERIOR À ALTERAÇÃO DO ART. 103 DA LEI Nº 8.213/91, IMPLEMENTADA PELA MP 1.523-9/97. VERIFICAÇÃO DE DECADÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A redação original da Lei de Benefícios (8.213/91) não trazia prazo decadencial para que os segurados pleiteassem a revisão do ato de concessão de seus benefícios, de modo que, a qualquer instante, poderiam proceder a tal requerimento, fazendo ressurgir discussões sobre atos que, na maioria das vezes, tinham se aperfeiçoado há muito tempo.

2. Tal “lacuna”, entretanto, foi suprida por meio da MP 1.523-9/97, com início de vigência em 28.06.1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/97, que inseriu o instituto da decadência nas relações jurídico-previdenciárias, através da modificação do texto do artigo 103 da Lei 8.213/91.

3. O prazo de decadência inicial de 10 (dez) anos foi diminuído, através da MP 1.663-15 de 22.10.1998, posteriormente convertida na Lei 9.711/98, para 5 (cinco) anos, sendo, posteriormente, restabelecido o prazo anterior, de 10 (dez) anos, através da MP 138 de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004.

4. Andou bem o legislador ao instituir no campo previdenciário o instituto da decadência, pois afastou deste ramo jurídico a insegurança então existente, iniciando-se a correr o prazo decadencial a partir da vigência da MP 1.523-9 em 28.06.1997.

5. O benefício de aposentadoria por invalidez foi concedido em 01 de março de 1999 e a presente ação, ajuizada em 11 de março de 2009, portanto, mais de dez anos após o início da contagem do prazo decadencial.

6. Apelação improvida. (TRF 5ª R., AC-Proc 2009.84.00.002070-3, Relator Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, DJE de 30/04/2010, p. 115).

Considerando, no caso, que o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição foi concedido à parte autora em 13/01/1992 (fl. 30), o prazo decenal para revisão dos critérios de cálculo da renda mensal inicial do referido benefício encerrou-se em 28/06/2007, ou seja, anteriormente ao ajuizamento da ação, que se deu em 10/11/2010.

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, §3º, do Código de Processo Civil, *de ofício*, **JULGO EXTINTO O PROCESSO**, em face da declaração da decadência, nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, na forma da fundamentação adotada, restando, prejudicada a análise do agravo da parte autora.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0006056-96.2011.4.03.6126

(2011.61.26.006056-1)

Agravante: JOSÉ LENISSON SILVA MEIRA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 265/270

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: ApelReex 1803558

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REVISÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO PARCIAL DE PERÍODOS LABORADOS EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

- Agravo legal da decisão, que com fulcro no artigo 557, §1º-A, do CPC, deu parcial provimento ao reexame necessário e à apelação autárquica, para excluir da condenação o reconhecimento da especialidade da atividade, no interstício de 06/03/1997 a 18/07/1997, determinar a incidência da prescrição quinquenal e estabelecer os critérios de incidência dos juros de mora e correção monetária, conforme fundamentado. Nos termos do artigo 557, §1º-A, do CPC, deu parcial provimento à apelação do autor, apenas para fixar o termo inicial da renda mensal revisada, na data do requerimento administrativo, manteve, no mais, o *decisum*.

- Sustenta que deve ser reconhecido como especial o período de 06/03/1997 a 18/07/1997, no qual ficou exposto de forma habitual e permanente, como comprova formulário SB-40/DSS-8030, à sílica, ácidos e outros agentes durante sua atividade, que está enquadrada no código 1.2.12, quadro anexo I do Decreto 83.080/79. Além disso, pede: a fixação do termo inicial da incidência dos juros moratórios de 1% ao mês desde a data do requerimento do benefício até o efetivo pagamento pelo agravado; o afastamento da prescrição quinquenal e da aplicação da Lei 11.960/09; e a fixação dos honorários em 20%.

- Requer que seja reconsiderada a decisão, ou, caso mantida, sejam os autos apresentados em mesa para julgamento.

- É possível o reconhecimento da atividade especial nos interstícios de: 01/11/1995 a 05/03/1997 - técnico ceramista - Nome da empresa: Porcelana Rex S/A. - Ramo de atividade que explora: Indústria de porcelanas - Atividades que executa: "Como técnico ceramista controla toda a matéria-prima durante o recebimento, fazendo análise desses materiais para certificar-se de que estão dentro dos padrões de produção. Faz análises físicas de materiais *in natura* e industrializados. Prepara soluções ácidas e utiliza-se de choque térmico em peças incandescentes, resfriando-as da temperatura de 800°C para 20°C." - agentes agressivos: Os agentes *in natura* contêm sílica em altas quantidades, como é o caso do quartzo, argila, caulim, feldspato, dolomita e os agentes industrializados são ácidos como corantes, ácido sulfúrico, ácido fosfórico,

ácido bórico, talco, álcool polivinílico, mobilcer e outros, sendo que a exposição dava-se com agentes 100% puros, ou seja extremamente agressivos, de modo habitual e permanente - formulário.

- A atividade desenvolvida pelo autor enquadra-se no item 1.2.10 do Decreto nº 53.831/64, que contemplava os serviços e atividades profissionais, com exposição a poeiras minerais nocivas e as operações industriais com desprendimento de poeiras capazes de fazer mal à saúde - Sílica, carvão, cimento, asbesto e talco, privilegiando os trabalhos permanentes nesse ambiente.

- Além do que, a atividade enquadra-se no item 1.2.12, do Anexo I, do Decreto nº 83.080/79, e item 1.0.18, do Decreto nº 2.172/97, que contemplam os trabalhos com sílica livre, silicatos, carvão cimento e amianto, privilegiando os trabalhos de moagem e manipulação de sílica na indústria de vidros e porcelanas, sendo inegável a especialidade da atividade exercida.

- Foi reconhecida a especialidade do labor, até 05/03/1997, tendo em vista que a legislação previdenciária passou a exigir, a partir de 05/03/1997, o laudo técnico para a comprovação das condições agressivas no ambiente de trabalho.

- O Decreto de nº 2.172/97, ao regulamentar a Medida Provisória nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, determinou que somente a efetiva comprovação da exposição do segurado a agentes nocivos à saúde, por laudo técnico (arts. 58, §§ 1 e 2º da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97), poderia caracterizar a especialidade da atividade.

- A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.

- Os juros moratórios serão devidos a contar da citação e até a data da conta de liquidação que deu origem ao precatório ou à Requisição de Pequeno Valor - RPV.

- A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a sentença.

- As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso.

- O benefício com a renda mensal inicial revisada é de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, com RMI fixada nos termos do art. 53, inciso II, da Lei nº 8.213/91 e DIB em 08/05/2003 (data do requerimento administrativo), respeitada a prescrição quinquenal, considerado especial, o período de 01/11/1995 a 05/03/1997.

- Decisão monocrática com fundamento no artigo 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à 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 pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

- 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, 13 de abril de 2015.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

A parte autora interpõe agravo legal da decisão, proferida a fls. 265/270, que com fulcro no artigo 557, §1º-A, do CPC, deu parcial provimento ao reexame necessário e à apelação autárquica, para excluir da condenação o reconhecimento da especialidade da atividade, no interstício de 06/03/1997 a 18/07/1997, determinar a incidência da prescrição quinquenal e estabelecer os critérios de incidência dos juros de mora e correção monetária, conforme fundamentado. Nos termos do artigo 557, §1º-A, do CPC, deu parcial provimento à apelação do autor, apenas para fixar o termo inicial da renda mensal revisada, na data do requerimento administrativo, manteve, no mais, *o decisum*.

Sustenta, em síntese, que deve ser reconhecido como especial o período de 06/03/1997 a 18/07/1997, no qual ficou exposto de forma habitual e permanente, como comprova formulário SB-40/DSS-8030, à sílica, ácidos e outros agentes durante sua atividade, que está enquadrada no código 1.2.12, quadro anexo I do Decreto 83.080/79. Além disso, pede: a fixação do termo inicial da incidência dos juros moratórios de 1% ao mês desde a data do requerimento do benefício até o efetivo pagamento pelo agravado; o afastamento da prescrição quinquenal e da aplicação da Lei 11.960/09; e a fixação dos honorários em 20%. Requer que 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 partes agravantes.

Neste caso, o julgado dispôs expressamente:

Cuida-se de pedido de revisão de aposentadoria por tempo de contribuição.

A sentença, após negar provimento aos embargos declaratórios interposto pela parte autora, julgou procedente em parte o pedido, devendo a autarquia determinar a conversão em comum do trabalho prestado em condições especiais pelo autor, na empresa Porcelana Rex S/A (01/11/1995 a 18/07/1997), alterando-se o coeficiente para 85% sobre o salário-de-benefício, consoante fundamentação. Fixou a sucumbência recíproca. Isentou de custas.

A decisão foi submetida ao reexame necessário.

Inconformadas, as partes apenam.

O autor requer a fixação do termo inicial da renda mensal revisada, na data do requerimento administrativo, com o pagamento das diferenças daí advindas, corrigidas monetariamente e com juros de mora de 1% ao mês, desde a data do requerimento administrativo. Requer, ainda, a incidência do fator previdenciário apenas sobre as parcelas da renda decorrente da atividade comum, isentando-se os períodos de atividade especial. Pede, caso mantida a condenação, a majoração da honorária.

A Autarquia Federal, por sua vez, sustenta, em síntese, que não restou comprovada a especialidade da atividade, conforme determina a legislação previdenciária. Pede, caso mantida a condenação, a incidência da prescrição quinquenal.

Recebidos e processados os recursos, 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 reconhecimento do período de trabalho, especificado na inicial, prestado em condições agressivas e a sua conversão, para somado ao tempo de serviço incontroverso, propiciar a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria. O tema - atividade especial e sua conversão -, palco de debates infundáveis, está disciplinado pelos arts. 57, 58 e seus §§ da Lei nº 8.213/91, para os períodos laborados posteriormente à sua vigência e, para os pretéritos, pelo art. 35 § 2º da antiga CLPS.

Observe-se que a possibilidade dessa conversão não sofreu alteração alguma, desde que foi acrescido o § 4º ao art. 9º, da Lei nº 5.890 de 08/06/1973, até a edição da MP nº 1.663-10/98 que revogava o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, e deu azo à edição das OS 600/98 e 612/98. A partir de então, apenas teriam direito à conversão os trabalhadores que tivessem adquirido direito à aposentadoria até 28/05/1998. Depois de acirradas discussões, a questão pacificou-se através da alteração do art. 70 do Decreto nº 3.048 de 06/05/99, cujo § 2º hoje tem a seguinte redação: As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período. (Incluído pelo Decreto nº 4.827 de 03/09/2003).

Não obstante o Decreto nº 6.945, de 21 de agosto de 2009, tenha revogado o Decreto nº 4.827/03, que alterou a redação do artigo 70, não foi editada norma alguma que discipline a questão de modo diverso do entendimento aqui adotado.

Por outro lado, o benefício é regido pela lei em vigor no momento em que reunidos os requisitos para sua fruição, e mesmo em se tratando de direitos de aquisição complexa a lei mais gravosa não pode retroagir exigindo outros elementos comprobatórios do exercício da atividade insalubre, antes não exigidos, sob pena de agressão à segurança jurídica.

Fica afastado, ainda, o argumento, segundo o qual somente em 1980 surgiu a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, pois o que interessa é a natureza da atividade exercida em determinado período, sendo que as regras de conversão serão aquelas em vigor à data em que se efetive o respectivo cômputo.

Na espécie, questiona-se o período de 01/11/1995 a 18/07/1997, pelo que ambas as legislações (tanto a antiga CLPS, quanto a Lei nº 8.213/91), com as respectivas alterações, incidem sobre o respectivo cômputo, inclusive quanto às exigências de sua comprovação.

É possível o reconhecimento da atividade especial nos interstícios de:

- 01/11/1995 a 05/03/1997 - técnico ceramista - Nome da empresa: Porcelana Rex S/A. - Ramo de atividade que explora: Indústria de porcelanas - Atividades que executa: "Como técnico ceramista controla toda a matéria-prima durante o recebimento, fazendo análise desses materiais para certificar-se de que estão dentro dos padrões de produção. Faz análises físicas de materiais *in natura* e industrializados. Prepara soluções ácidas e utiliza-se de choque térmico em peças incandescentes, resfriando-as da temperatura de 800°C para 20°C." - agentes agressivos: Os agentes *in natura* contêm sílica em altas quantidades, como é o caso do quartzo,

argila, caulim, feldspato, dolomita e os agentes industrializados são ácidos como corantes, ácido sulfúrico, ácido fosfórico, ácido bórico, talco, álcool polivinílico, mobilcer e outros, sendo que a exposição dava-se com agentes 100% puros, ou seja extremamente agressivos, de modo habitual e permanente - formulário (fls. 39).

A atividade desenvolvida pelo autor enquadra-se no item 1.2.10 do Decreto nº 53.831/64, que contemplava os serviços e atividades profissionais, com exposição a poeiras minerais nocivas e as operações industriais com desprendimento de poeiras capazes de fazer mal à saúde - Sílica, carvão, cimento, asbesto e talco, privilegiando os trabalhos permanentes nesse ambiente. Além do que, a atividade enquadra-se no item 1.2.12, do Anexo I, do Decreto nº 83.080/79, e item 1.0.18, do Decreto nº 2.172/97, que contemplam os trabalhos com sílica livre, silicatos, carvão cimento e amianto, privilegiando os trabalhos de moagem e manipulação de sílica na indústria de vidros e porcelanas, sendo inegável a especialidade da atividade exercida.

Foi reconhecida a especialidade do labor, até 05/03/1997, tendo em vista que a legislação previdenciária passou a exigir, a partir de 05/03/1997, o laudo técnico para a comprovação das condições agressivas no ambiente de trabalho.

O Decreto de nº 2.172/97, ao regulamentar a Medida Provisória nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, determinou que somente a efetiva comprovação da exposição do segurado a agentes nocivos à saúde, por laudo técnico (arts. 58, §§ 1 e 2º da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97), poderia caracterizar a especialidade da atividade.

Confira-se a orientação desta C.Corte sobre o tema.

“PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE COMUM EM ESPECIAL. REQUISITOS LEGAIS. ATIVIDADE INSALUBRE. EXPOSIÇÃO PERMANENTE A AGENTES AGRESSIVOS. DECLARAÇÃO DA EMPRESA. ADMISSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRÉ-QUESTIONAMENTO. 1. (...)

3. Até a edição da Lei nº 9.032/95, em 29.04.95, deve-se levar em conta a disciplina estabelecida pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, os quais admitem como meio de prova para a caracterização da condição especial da atividade exercida o registro efetuado em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS da função expressamente considerada especial, sem prejuízo de outros meios de prova.

4. Após o advento da Lei nº 9.032/95, passou a ser exigida a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos em caráter permanente. No entanto, tendo em vista que a Lei não estabeleceu a forma em que deverá ser comprovada exposição aos agentes agressivos, é forçoso salientar que tal poderá dar-se através da apresentação do informativo SB-40 ou do DSS-8030, sem limitação a outros meios probatórios. Assim, somente a partir de 05.03.97, data da edição do Decreto nº 2.172/97, regulamentando a Medida Provisória nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, tornou-se exigível a apresentação do laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida.

5. O Autor trouxe aos autos os seguintes documentos: o formulário SB-40 (fls. 16/17), o que comprova a especialidade do trabalho desenvolvido de 24.06.69 a 27.10.69 como auxiliar de laboratório e de 15.06.70 a 28.11.73 como realizador de serviços diversos submetendo-se o Autor a trabalho expostos a agentes agressivos como ruído, amônia, ácido fosfórico, soda cáustica etc, de modo que em ambos os casos o Autor esteve exposto a agentes agressivos e insalubres. Além do mais, o laudo constante de fls. 21/25 e a prova testemunhal juntada às fls. 85/89, igualmente informa que o Autor estava exposto no período acima, a agentes agressivos na forma ali documentada.

6. Os honorários advocatícios foram arbitrados de forma a remunerar adequadamente o profissional e estão em consonância com o disposto no artigo 20, §3º, alíneas ‘a’ e ‘c’, do Código de Processo Civil, devendo ser mantida a r. sentença nesse sentido.

7. Inocorrência de violação aos dispositivos legais objetados no recurso a justificar o pré-questionamento suscitado em apelação.

8. Apelação do Réu em parte não conhecida, e, na parte conhecida, não provida.”

(Origem: TRF 3ª Região; Classe: AC - Apelação Cível nº 950450; Processo: 2002.61.17.000690-

4; UF: SP; Órgão Julgador: Sétima Turma; Data da decisão: 28/11/2005; Fonte: DJ; Data: 02/02/2006; Página: 289; Relator: ANTONIO CEDENHO).

Assim, o autor faz jus ao cômputo da atividade especial, com a respectiva conversão, no interstício mencionado.

Nesse sentido, destaco:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE EXERCIDA EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM. POSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que o direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado, sendo lícita a sua conversão em tempo de serviço comum, não podendo sofrer qualquer restrição imposta pela legislação posterior, em respeito ao princípio do direito adquirido.

2. Até 05/03/1997, data da publicação do Decreto nº 2.172, que regulamentou a Lei nº 9.032/95 e a MP 1.523/96 (convertida na Lei 9.528/97), a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais, em virtude da exposição de agentes nocivos à saúde e à integridade física dos segurados, dava-se pelo simples enquadramento da atividade exercida no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 e, posteriormente, do Decreto 611/92. (...)

3. A parte autora, por ter exercido atividade em condições especiais (exposição a agentes nocivos à saúde ou integridade física), comprovada nos termos da legislação vigente à época da prestação do serviço, possui direito adquirido à conversão do tempo especial em comum, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido.”

(STJ - Superior Tribunal de Justiça - RESP 200301094776 - RESP - Recurso Especial - 551917 - Sexta Turma - DJE DATA: 15/09/2008 - rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura).

É verdade que, a partir de 1978, as empresas passaram a fornecer os equipamentos de Proteção Individual - EPI's, aqueles pessoalmente postos à disposição do trabalhador, como protetor auricular, capacete, óculos especiais e outros, destinado a diminuir ou evitar, em alguns casos, os efeitos danosos provenientes dos agentes agressivos.

Utilizados para atenuar os efeitos prejudiciais da exposição a esses agentes, contudo, não têm o condão de desnaturar atividade prestada, até porque, o ambiente de trabalho permanecia agressivo ao trabalhador, que poderia apenas resguarda-se de um mal maior.

A orientação desta Corte tem sido firme neste sentido.

Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TESTEMUNHAS. DECLARAÇÃO DE EX-EMPREGADOR. ATIVIDADE ESPECIAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DIREITO ADQUIRIDO. COMPROVAÇÃO MEDIANTE LAUDO TÉCNICO. EPI. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRESCINDÍVEL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - (...)

VI - O uso de equipamento de proteção individual - EPI não descaracteriza a natureza especial da atividade, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos.

VII - O caráter insalubre ou perigoso da atividade exercida, por si só, autoriza que o período seja considerado como tempo de serviço especial para fins previdenciários, independentemente do direito trabalhista que o segurado possa ter à percepção do adicional correspondente.

VIII - Não faz jus o autor à aposentadoria por tempo de serviço, vez que não atinge o tempo mínimo necessário para a obtenção do benefício.

IX - Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com suas despesas, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

X - Remessa oficial e apelação do réu parcialmente providas.”

(Origem: Tribunal - Terceira Região; Classe: AC - Apelação Cível - 936417; Processo: 199961020082444; UF: SP; Órgão Julgador: Décima Turma; Data da decisão: 26/10/2004; Fonte: DJU, Data: 29/11/2004, página: 397. Data Publicação: 29/11/2004; Relator: Juiz SERGIO NASCIMENTO).

Assentados esses aspectos, tem-se que o autor faz jus à revisão do percentual a ser aplicado no cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

De acordo com o art. 53, inciso II, da Lei nº 8.213/91, em vigor na época da concessão do benefício em 12/06/1997, a renda mensal da aposentadoria por tempo de serviço deverá corresponder para o homem a 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, acrescida de 6% (seis por cento), para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço.

O termo inicial do benefício, com o valor da renda mensal inicial revisado, deve ser fixado na data do requerimento administrativo em 08/05/2003 - fls. 122, respeitada a prescrição quinquenal, considerando-se que o benefício foi deferido em 27/05/2005 e a ação foi ajuizada em 19/10/2011.

Cumpra registrar que a Lei nº 9.876/99 deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 8.213/91, prevendo, em seu inciso I, a seguir transcrito, a utilização do fator previdenciário na apuração do salário de benefício, para os benefícios de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição.

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;”

A respeito da legalidade do fator previdenciário, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2111/DF, onde foi requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos - CNTM e requeridos o Congresso Nacional e o Presidente da República, o seguinte:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, *CAPUT*, INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual ‘sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora’, não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3o da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar ‘os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações’. Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91,

a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1o e 7o, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida ‘aos termos da lei’, a que se referem o *caput* e o § 7o do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2o da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao *caput* e ao parágrafo 7o do novo art. 201.

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no ‘caput’ do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91.

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar.”

(STF - ADI-MC 2111 - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - julgamento em 16.03.2000 - rel. Min. Sydney Sanches).

Não é diverso o entendimento adotado por esta E. Corte, conforme julgados que destaco: “PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, *prima facie*, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Apelação da parte autora improvida.”

(TRF - 3ª Região - AC 200961030000328 - AC - Apelação Cível - 1426209 - Décima Turma - DJF3 CJ1 data:13/04/2010, pág.: 1617 - rel. Juiz Sérgio Nascimento).

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO

LEGAL DESPROVIDO.

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria 'unicamente controvertida de direito', autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea 'a' da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo *caput* do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F.).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(TRF - 3ª Região - AC 200961830073600 - AC - Apelação Cível - 1476282 - Sétima Turma - DJF3 CJ1 data:17/03/2010, pág.: 600 - rel. Juíza Eva Regina).

Dessa forma, não merece reparos o cálculo do salário-de-benefício efetivado pela Autarquia, quanto à incidência do fator previdenciário, porquanto adstrito ao comando legal, cuja observância é medida que se impõe.

A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor.

Os juros moratórios serão devidos a contar da citação e até a data da conta de liquidação que deu origem ao precatório ou à Requisição de Pequeno Valor - RPV.

A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a sentença.

As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso.

Pelas razões expostas, com fulcro no artigo 557, §1º-A, do CPC, dou parcial provimento ao reexame necessário e à apelação autárquica, para excluir da condenação o reconhecimento da especialidade da atividade, no interstício de 06/03/1997 a 18/07/1997, determinar a incidência da prescrição quinquenal e estabelecer os critérios de incidência dos juros de mora e correção

monetária, conforme fundamentado. Nos termos do artigo 557, §1º-A, do CPC, dou parcial provimento à apelação do autor, apenas para fixar o termo inicial da renda mensal revisada, n a data do requerimento administrativo, mantendo, no mais, o *decisum*.

O benefício com a renda mensal inicial revisada é de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, com RMI fixada nos termos do art. 53, inciso II, da Lei nº 8.213/91 e DIB em 08/05/2003 (data do requerimento administrativo), respeitada a prescrição quinquenal, considerado especial, o período de 01/11/1995 a 05/03/1997.

P.I., baixando os autos, oportunamente, à Vara de origem.

Cumprе ressaltar que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, 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.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Neste sentido, 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, incorre 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 Regional, 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.

Neste sentido, cabe colecionar o julgado que porta a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ESTADUAL DE 1ª INSTÂNCIA EM VIRTUDE DE GREVE DOS SERVIDORES - INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO NÃO COMPROVADA - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A Portaria nº 5.914/2001 do Conselho da Magistratura, que suspendeu os prazos na Justiça Estadual em virtude da greve de seus servidores, não interferiu nos prazos processuais a serem observados perante à Justiça Federal.

2. O agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de que os autos estavam indisponíveis devido a greve dos servidores da justiça estadual, a demonstrar a ocorrência de evento de força maior, a justificar a interposição do agravo fora do prazo legal.

3. Consoante entendimento jurisprudencial do STJ a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, o que não ocorreu nos autos.

4. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

5. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

6. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

7. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - AG 145.845 - autos nº 2002.03.00.000931-9-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 18.03.2003 - p. 388).

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.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES

0009686-84.2011.4.03.9999

(2011.03.99.009686-1)

Agravante: MARIA IGNEZ BRIKI TREVISAN

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 288/292

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargada: MARIA IGNEZ BRIKI TREVISAN

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BROTAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: EI 1609331

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA. APLICABILIDADE DO ART. 557 DO CPC. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. MISERABILIDADE COMPROVADA. GRUPO FAMILIAR. COMPOSIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO. PREVALÊNCIA DO VOTO CONDUTOR. RECURSO PROVIDO. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS.

I - Cabível o julgamento monocrático do recurso, considerando a orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Egrégia 3ª Seção, alinhada à jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido da ausência de impedimento legal ao julgamento dos embargos infringentes com base no artigo 557 do CPC. Precedentes. Preliminar afastada.

II - o artigo 530 do Código de Processo Civil limita a cognição admitida nos embargos infringentes à matéria objeto do dissenso verificado no julgamento da apelação que reformou integralmente a sentença de mérito, sob pena de subversão ao princípio do Juiz natural e do devido processo legal e indevida subtração da competência recursal das Turmas no julgamento dos recursos de apelação.

III - O dissenso verificado no julgamento do recurso de apelação ficou adstrito à questão da miserabilidade do grupo familiar a que pertence a parte autora, de forma a limitar a devolução na via dos presentes embargos infringentes.

IV - Acertado o entendimento proferido no voto condutor, no sentido de ser incabível a inclusão, no grupo familiar da autora, de sua filha casada, o genro e o neto, por formarem estes grupo familiar distinto, ainda que habitem o mesmo imóvel, conclusão que decorre da exegese do § 1º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, tanto em sua redação atual, conferida pela Lei nº 12.435/11, como na anterior, para fins de concessão do benefício de prestação continuada.

V - Hipótese em que o grupo familiar é composto tão somente pela parte autora e seu cônjuge, cuja manutenção é provida exclusivamente com os rendimentos do benefício de aposentadoria por idade de que é titular este último, no valor de um salário mínimo, o qual, nos termos do artigo 34, par. único do Estatuto do Idoso, não pode ser computado para fins de apuração da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, interpretação conforme o julgamento do RE 580.963-PR, em que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu ser incabível a discriminação entre os

beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo.

VI - Aplicação objetiva da regra do artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, concluindo-se ser a renda *per capita* do grupo familiar inferior ao limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, com o que é de ser reconhecido o direito da agravante ao benefício assistencial postulado, em consonância com a orientação jurisprudencial firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (REsp 1.112.557/MG).

IV - Preliminar rejeitada. Agravo legal provido. Embargos Infringentes improvidos.

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 preliminar e dar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de abril de 2015.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal interposto por Maria Ignez Briki Trevisan contra a decisão monocrática terminativa proferida pelo Exmo. Juiz Federal Douglas Camarinha, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC (fls. 288/292), que deu provimento aos embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para fazer prevalecer o voto vencido proferido no julgamento da Apelação Cível e julgar improcedente o pedido versando a concessão de benefício assistencial previsto no artigo 203, V da Constituição Federal.

Em sede do recurso de apelação interposto da parte autora, o E. Des. Federal Nelson Bernardes proferiu a decisão terminativa de fls. 236/240, acolhendo o recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial. O INSS interpôs agravo legal, tendo a Egrégia Nona Turma desta Corte, por maioria de votos, negado provimento ao recurso.

O INSS interpôs os presentes Embargos Infringentes, buscando fazer prevalecer o douto voto vencido proferido no julgamento do agravo legal, da lavra do Eminentíssimo Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, a fim de manter a sentença de improcedência do pedido.

A decisão terminativa ora agravada acolheu os embargos infringentes e afastou a situação de pobreza no caso concreto, requisito previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, com base na orientação firmada pelo Colendo STF no julgamento da ADIN nº 1.232-1-DF, reconhecendo que, embora ultrapassada a renda *per capita* limite, a condição de miserabilidade pode ser aferida por outros meios probatórios aptos a demonstrar a carência de recursos para a subsistência do núcleo familiar. No caso sob exame, o estudo social, datado de 24.04.2008, constatou que o núcleo familiar é integrado pela autora, seu marido, filha, genro e neto, residentes em imóvel próprio com sete cômodos (quatro quartos), possuem automóvel e plano de saúde, sendo a renda familiar composta pela remuneração do genro, no valor de R\$ 859,00, somado à aposentadoria por idade do seu cônjuge, no valor de um salário mínimo (à época equivalente a R\$ 415,00), com despesas em medicamentos no valor aproximado de R\$ 200,00.

Concluiu, assim, que o genro da parte autora integra o núcleo familiar e possui remuneração superior ao valor do salário mínimo, não configurando o quadro de miserabilidade exigido para a concessão do benefício mesmo levando-se em conta as despesas com medicamentos mencionadas.

Nas razões do agravo legal, sustenta a agravante, em preliminar, não ser aplicável a regra do art. 557 do Código de Processo Civil para o julgamento monocrático dos embargos infringentes. No mérito, afirma que o laudo social comprova a vida simples da e os problemas de saúde devido à idade avançada, situação que onera em muito o orçamento familiar. Quanto à composição da renda familiar, invoca o artigo 34 do Estatuto do Idoso para excluir de seu cômputo o benefício previdenciário recebido por seu cônjuge, afirmando ainda que o genro da agravante não pode ser considerado como integrante do grupo familiar, considerando a definição de entidade familiar prevista no § 1º do artigo 20 da Lei 8.742/93. Pugna pela prevalência do entendimento firmado no voto condutor da apelação cível no sentido do reconhecimento da miserabilidade da autora.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

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

A decisão agravada foi proferida nos termos seguintes:

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (fls. 262/265), em face do v. acórdão proferido pela C. Nona Turma desta E. Corte Regional (fl. 251) que, por maioria, negou provimento ao agravo legal interposto pela autarquia, mantendo decisão monocrática proferida com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, que negou seguimento ao agravo retido do INSS e deu provimento à apelação da parte autora para reconhecer o direito ao benefício de assistencial social previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, reformando a sentença.

O v. acórdão embargado foi proferido nos termos do relatório e voto do e. Desembargador Federal Nelson Bernardes (Relator), que foi acompanhado pelo e. Juiz Federal Convocado Souza Ribeiro, vencido o e. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, que negava provimento ao recurso.

Opostos, pelo INSS, embargos de declaração, restaram prejudicados em razão da juntada do voto vencido às fls. 256/259, vez que a omissão se cingia a sua ausência.

Busca o embargante a prevalência do voto vencido de fls. 256/259, alegando, em síntese, não restar atendido o requisito de miserabilidade necessário à concessão do benefício, instituído pelo § 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93. Sustenta a não observância da decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.232-1/DF, violando, por conseguinte, o disposto no parágrafo único, do art. 20, da Lei nº 9.868/99, tendo em vista o efeito vinculante da decisão. Por fim, afirma a impossibilidade de aplicação analógica do Estatuto do Idoso (art. 34 da Lei nº 10.741/2003).

Admitidos os embargos infringentes (fl. 266).

Contrarrazões às fls. 268/285.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o breve relatório, decido.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 557 do CPC.

Por oportuno, saliente-se que a E. Terceira Seção desta Corte já decidiu, reiteradas vezes, no

sentido da viabilidade de aplicação do artigo 557 do CPC aos embargos infringentes: EI 933476, Processo: 0002476-71.2000.4.03.6117/SP, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 09/02/2012, TRF3 27/02/2012; EI 432353, Processo: 98.03.067222-3/SP, Rel. Walter do Amaral, j. 09/06/2011, DJF3 16/06/2011, p. 69; e EI 595383, Processo: 2000.03.99.030182-3/SP, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, Terceira Seção, j. 10/12/2009, DJF3 14/01/2010, p. 57.

Feitas essas ponderações, passo ao exame dos embargos infringentes.

A divergência cinge-se à condição de miserabilidade da autora, requisito exigido para a concessão do benefício assistencial, instituído pelo § 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93.

O v. acórdão, da lavra da e. Desembargador Federal Nelson Bernardes (Relatora), objeto dos embargos infringentes foi assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL (ART. 557, §1º, DO CPC). PODERES DO RELATOR. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS.

1 - É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com ‘súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária ‘à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’ (art. 557, *caput* e §1º-A, do CPC).

2 - O denominado agravo legal (art. 557, §1º, do CPC) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

3 - Decisão que não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

4 - Agravo improvido”.

Por oportuno, do voto condutor evidencio:

“A decisão recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

(...)

De acordo com o laudo pericial de fls. 115/121, a autora é portadora de hipertensão arterial, diabetes e reumatismo, incapacitando-a total e permanentemente.

A ausência de condições de prover o seu próprio sustento ou tê-lo provido pela sua família fora demonstrada no presente caso. O estudo social realizado em 24 de abril de 2008 (fls. 111/112) informou ser o núcleo familiar composto pela requerente e seu marido, os quais residem em imóvel próprio composto por sete cômodos.

Ressalto que a filha, o genro e o neto da autora, os quais residem sob o mesmo teto, não são considerados integrantes do núcleo familiar, para os fins do disposto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, conforme já fundamentado no corpo desta decisão.

A renda familiar decorre da aposentadoria por idade de seu cônjuge, no valor de um salário mínimo, conforme informações extraídas do Sistema Dataprev de fl. 232/233.

A diligente assistente social consignou que a família possui despesas com medicamentos no importe de aproximadamente R\$200,00, o que compromete significativamente o orçamento. Portanto, entendendo sobejamente comprovada, pelo conjunto fático-probatório, a condição de vulnerabilidade econômica do autor, ensejando-lhe, assim, a concessão do benefício pleiteado. De rigor, portanto, a reforma da sentença monocrática.

(...)

Ante o exposto, nos termos do art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo retido e dou provimento à apelação para reformar a sentença monocrática, na forma acima fundamentada. Concedo a tutela específica.

Sem recurso, baixem os autos à Vara de origem.”

(...)

No caso dos autos, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de po-

der, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

Ademais, não houve por parte do julgado impugnado, declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal, razão pela qual se revela desnecessária a observância da cláusula de reserva de Plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal.

A normação referenciada tem sua aplicação restrita à hipótese de controle difuso, em que deva ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o que não ocorreu no presente caso.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo.

O r. voto vencido, proferido pelo e. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, de outra feita, traçou diretrizes diversas para a questão sub judice, cujo excerto, por oportuno, transcrevo (fls. 256/259):

“(…)

Em conclusão, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros, como deflui da legislação acima citada.

A Autarquia-apelante alega não terem sido demonstrados os requisitos ensejadores ao benefício.

O estudo social (F. 111/112) revela que a parte autora reside com o seu marido, filha, genro e neto.

Informa, ainda, que a renda familiar é proveniente da remuneração de seu genro, no valor de R\$ 859,00, somados à aposentadoria de seu esposo, no valor de um salário-mínimo.

Além disso, residem em imóvel próprio, composto de sete cômodos, sendo quatro quartos, sala, copa, cozinha. Há informação de que a família *possui um automóvel* e plano de saúde com a funerária.

Destarte, depreende-se dos autos que a parte autora tem acesso *aos mínimos sociais*, o que *afasta a condição de miserabilidade* que enseja a percepção do benefício.

A respeito, é relevante destacar o fato de que o amparo assistencial não depender de nenhuma contribuição do benefício a ser custeado por toda a sociedade, destinando-se. Portanto, somente àqueles indivíduos que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade social e, por não possuírem nenhuma fonte de recursos, devem ter sua miserabilidade atenuada com o auxílio financeiro prestado pelo Estado.

(…)

Em decorrência concluo pelo não preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada, previsto no artigo 20, da Lei nº 8.742/93, impondo-se a manutenção da decisão e primeira instância.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL E EM NOVO JULGAMENTO NÃO CONHEÇO DO AGRAVO RETIDO, POIS NÃO REITERADO E, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO”.

Inclino-me pela adoção da tese adotada no voto vencido.

O benefício assistencial em apreço está previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 8.742/93.

Segundo estabelece o art. 203, V, da Carta Magna, a assistência social será prestada 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”.

A Lei nº 8.742/93 deu eficácia ao inciso V do art. 203 da Constituição Federal, ao dispor, em seu art. 20, acerca das condições para a concessão do benefício assistencial, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambos as hipóteses, comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem tê-la provida por sua família.

O requisito etário, para fins de concessão do benefício, inicialmente fixado em 70 (setenta)

anos, foi reduzido para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei nº 9.720/98, a partir de 01.01.98 e, posteriormente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

O art. 20 da Lei nº 8.742/93 estabelece, para os efeitos da concessão do benefício assistencial, o conceito de família (§ 1º), de pessoa portadora de deficiência (§2º) e, ainda, de miserabilidade (§3ª):

“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. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 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.* (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 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)

§ 3º *Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.* (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Quanto ao requisito de miserabilidade, cumpre assinalar que o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 já teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 1.232-1-DF, no entanto, a aferição de tal condição pode ser feita por outros meios que não a renda per capita familiar.

Desta forma, uma vez ultrapassado o limite estabelecido pela norma (renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo), é perfeitamente possível utilizar-se de outros meios probatórios para demonstrar a carência de recursos para a subsistência, conforme precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 203, V, DA CF/88, § 3º, DA LEI 8.742/93. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES 7 E 83/STJ. PRECEDENTES.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não-superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial.

2. A reapreciação do contexto fático-probatório em que se baseou o Tribunal de origem para deferir o benefício pleiteado, pela via do recurso especial, esbarra no óbice do enunciado sumular nº 7/STJ.

3. Agravo Regimental improvido”.

(STJ, AgRg no RESP 529.928, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª S., j. 06.12.2005, DJ 03.04.2006).

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

2. O art. 34 da Lei nº 10.741/2003 veda o cômputo do valor do benefício de prestação continuada percebido por qualquer membro da família no cálculo da renda per capita mensal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento”.

(STJ, RESP 841.060, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 12.06.2007, DJ 25.06.2007).

Neste diapasão, não há que se considerar o critério previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade.

De outro lado, quanto ao conceito de família, o art. 20 da Lei nº 8.742/93 fazia remissão ao disposto no art. 16 da Lei de Benefícios que, em seu inciso II, considerava “o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido” - “ou que tenha deficiência intelectual ou mental que a torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente”.

Com o advento da Lei nº 12.470, de 31.08.2011, que alterou dispositivos da Lei nº 8.742/93, inclusive trazendo o conceito de família, não mais se faz necessária a remissão à Lei de Benefícios, esclarecendo que essa “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” (art. 20, § 1º). O legislador privilegiou o entendimento mais extensivo acerca do grupo familiar, incluindo, dentre outros, todos os irmãos solteiros, independente da idade, que residam sob o mesmo teto com o postulante. Contudo, embora ampliado o conceito legal, ainda não reflete a realidade, sendo de conhecimento comum que, em núcleos humildes, outros parentes residem sob o mesmo teto e compõem o grupo familiar, de maneira que não podem ser desconsiderados para fins do disposto no art. 20 da Lei nº 8.472/93.

Assim, não se pode afastar o juízo de valor do magistrado para aferir, no caso em concreto, a existência ou não da miserabilidade, considerando parentes que não fazem parte do conceito legal de família, mas que convivem sob o mesmo teto com o postulante.

Ademais, não se deve olvidar que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem como, nos termos do art. 5º da Lei Introdução do Código Civil. Nesse sentido, julgados desta C. Corte:

“EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO ASSISTENCIAL. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. LEI Nº 8.742/93. CONDIÇÃO DE POBREZA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DO AMPARO.

- Os pressupostos legais necessários à concessão do benefício assistencial, a teor do disposto no artigo 20 da Lei nº 8.742/93 são: ser pessoa com deficiência ou idoso (com 65 anos ou mais) e comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela família.

- A Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011, alterou dispositivos da lei nº 8.742/93, inclusive trazendo o conceito de família - não sendo mais necessária a remissão à Lei de Benefícios - esclarecendo que essa “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’.

- *A tentativa de delimitação do conceito discutido acaba por ignorar a dinâmica das relações familiares no país, sendo de conhecimento comum que outros parentes - avós, tios, sobrinhos - residem sob o mesmo teto e compõem uma ‘família’, não se afastando o juízo de valor do magistrado para aferir, em cada caso concreto, a existência de miserabilidade.*

- Requisito para a implementação do benefício de amparo assistencial não satisfeito; família detentora de condições econômicas de prover a manutenção.

- A parte autora não se encontra desamparada, haja vista que seu pai e sua irmã exercem atividade laborativa, com emprego fixo, bem como residem em moradia cedida pelo empregador do genitor.

- Embargos infringentes providos”.

(TRF 3ª Região, Terceira Seção, EI 0013742-12.2005.4.03.6107, Rel. JUÍZA CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN, j. 02/12/2011, e-DJF3 13/12/2011)

“Direito Constitucional. Benefício Assistencial. Miserabilidade. Ausência. Benefício Indeferido. Apelação. Aplicação do art. 557, do Cód. Processo Civil. Possibilidade. Agravo a que se nega provimento.

1. É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

2. O r. decisum agravado, aplicando o direito ao caso concreto, deu ao art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93, conforme a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.720/98, o alcance necessário para garantir a eficácia do art. 203, V, da Constituição Federal, não havendo falar, desta forma, em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou mesmo os princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil, sobretudo contextualizando as disposições da Lei 8.742/1993 com a legislação superveniente (em especial a aplicação analógica do art. 34 da Lei 10.741/2003, mesmo para casos que não envolvam idosos, à luz da isonomia). Entendimento semelhante vem sendo esposado por este E.TRF há mais de uma década, o que, de per si, autoriza a aplicação do art. 557, *caput*, para a hipótese sub judice.

3. Afastada a afirmação de que filho maior, solteiro, não compõe o núcleo familiar para auferimento de renda per capita. A jurisprudência tem analisado como possível a alteração do conceito de núcleo familiar como sendo o conjunto de pessoas que residem sob o mesmo teto (Precedentes: AC 200903990312824 -TRF3 R - Oitava Turma - Rel Des. Marianina Galante - DJF3 CJ1 06/10/2010 - p. 695 ///AC 200703990458226 - TRF3 R - Sétima Turma - Rel. Des. Leide Polo - DJF3 CJ1 30/03/2010 - p. 902 /// AC 200161240035087 - TRF3 R - Sétima Turma - Rel. Des. Antonio Cedenho - DJU 15/09/2005 - p. 445).

4. Não merece reparos a decisão recorrida que, analisando os elementos de fatos exibidos nestes autos, bem como as provas neles produzidas, reconheceu a ausência dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial requerido.

5. Presentes os pressupostos previstos pelo art. 557, do Cód. Processo Civil, deve ser mantida a r. decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

6. Agravo legal a que se nega provimento”.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AC 0005839-27.1999.4.03.6109, Rel. Juiz Fed. Convocado CARLOS FRANCISCO, j. 14/03/2011, e-DJF3 18/03/2011)

In casu, no que se refere à condição de hipossuficiência, limite da divergência, o estudo social (fls. 111/112), realizado em 24.04.2008, constatou-se que o núcleo familiar é composto pela autora, seu marido, filha, genro e neto. Residem em imóvel próprio, composto de sete cômodos, sendo quatro quartos, sala, copa, cozinha. Há informação de que a família possui um automóvel e plano de saúde com a funerária. A renda familiar é proveniente da remuneração do genro, no valor de R\$ 859,00, somados à aposentadoria por idade de seu esposo (CNIS de fls. 232/233), no valor de um salário-mínimo. A assistente social consignou que a família possui despesas com medicamentos no importe de aproximadamente R\$ 200,00.

Por oportuno, registro que o salário-mínimo à época do estudo social equivalia a R\$ 415,00. Na espécie, em que pesem as despesas mencionadas nos autos, merece destaque o fato de o genro da requerente estar empregado e receber salário superior ao valor mínimo, devendo ser considerado como integrante do núcleo familiar.

A par das considerações acima, porquanto da apreciação do contexto fático-probatório, entendendo não restar configurado quadro de miserabilidade a ensejar a concessão do benefício assistencial.

Isto posto, com supedâneo no art. 557, § 1º-A, do CPC, DOU PROVIMENTO aos embargos infringentes, a fim de prevalecer o voto vencido.

Cumpridas as formalidades legais e decorrido o prazo recursal, certificando-se o trânsito em julgado, encaminhem-se o feito ao digno Juízo de Primeiro Grau.

Publique-se. Intimem-se.

Inicialmente, não compartilho da tese a possibilidade de julgamento monocrático dos embargos infringentes, em virtude da própria essência do recurso, qual seja, a de integrar mais julgadores para a análise de recurso em que não ocorreu unanimidade na turma julgadora. Contudo, a questão fica superada pela própria interposição deste agravo legal e sua submissão ao colegiado, bem como em se considerando a orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Egrégia 3ª Seção, no sentido da ausência de impedimento legal ao julgamento dos embargos infringentes com base no artigo 557 do CPC, consoante os julgados que trago à colação:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. RECURSO IMPROVIDO.

I - O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, mediante a Emenda Regimental nº 12, de 18 de dezembro de 2012, dispôs no artigo 260, § 3º, incisos I e II, a possibilidade de julgamento monocrático de Embargos Infringentes, quando a matéria versada nos autos amoldar-se às exigências previstas no *caput* ou § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil.

II - A prova documental foi complementada pela oitiva de testemunhas, que corroboraram o período necessário à concessão da aposentadoria por idade rural.

III - Não se pode esperar que depoimentos testemunhais de pessoas simples, com pouca instrução e idade avançada, possam colmatar matematicamente eventual início de prova material apresentado.,

IV - A prova testemunhal deve ser apta a influir na formação do convencimento do Magistrado. Porém, cabe atentar que somente a totalidade do conjunto probatório é que permite inferir o exercício do labor rural pelo tempo necessário à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

V - O fato de alguém receber benefício assistencial não é fator impeditivo à concessão de benefício previdenciário, mormente considerando ser aquele de ordem transitória, já que somente poderá ser recebido enquanto permanecerem as condições autorizadoras para tanto.

VI - A vedação legal é quanto ao recebimento conjunto de benefício assistencial e benefício previdenciário, a teor do que dispõe o artigo 20, § 4º, da Lei nº 8.742/1993, o que não é o caso dos autos, eis que a aposentadoria por idade rural passou a ser percebida quando já cessado o recebimento do benefício assistencial.

VII - O Órgão Colegiado não deve modificar a decisão do Relator, quando devidamente fundamentada e que não padeça dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, capazes de gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

VIII - Recurso improvido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 97.03.055580-2, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 27/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/03/2014)

AGRAVO EM EMBARGOS INFRINGENTES INTERPOSTOS CONTRA ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME DE TURMA. DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, COM FULCRO NO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL, CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS FIXADOS NA CITAÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE. LEI 10666/03. IRRELEVÂNCIA. Não existe impedimento à aplicação do Art. 557 do CPC no julgamento monocrático de embargos infringentes, uma vez que o próprio dispositivo não os excepciona. O Art. 557, § 1º-A, do CPC exige súmula ou jurisprudência dominante, e não uníssona, de modo que o fato de haver divergência sobre a matéria neste Regional, conforme restou constatado no julgamento não unânime da apelação, não afasta a aplicação desse permissivo processual. Advento da Lei 10666/03. Não houve verdadeira inovação legislativa nessa seara, porquanto as interpretações das regras existentes já autorizavam a concessão do benefício nessas circunstâncias, razão pela qual não há que se conclamar contra a retroatividade da Lei 10.666/03 para fins de fixação do termo inicial do benefício, pois de retroatividade não se trata. A citada lei é que aportou tardiamente no ordenamento jurídico, declarando o que uma interpretação sistemática e teleológica das leis já existentes prediziam. Não possui o condão, entretanto, a aparente inauguração legislativa de excepcionar a firme jurisprudência no sentido que o termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação, na ausência de prévio requerimento administrativo, pois somente a contar desse ato processual o INSS tomou ciência do pedido do segurado, incidindo, por conseguinte, nesse momento, a correção monetária e os juros de mora. Agravo ao qual se nega provimento. (EI 00104319520004036104, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/04/2011 PÁGINA: 38 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Quanto à questão de fundo, o artigo 530 do Código de Processo Civil limita a cognição admitida nos embargos infringentes à matéria objeto do dissenso verificado no julgamento da apelação que reformou integralmente a sentença de mérito, sob pena de subversão ao princípio do Juiz natural e do devido processo legal e indevida subtração da competência recursal das Turmas no julgamento dos recursos de apelação, consoante a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, estampada nos arestos seguintes:

EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 195, § 7º, DA CF/88. VOTO VENCIDO PELA IMPROCEDÊNCIA DA APELAÇÃO. FUNDAMENTOS. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA PELO EMBARGANTE OU PELOS JULGADORES. I - Esta Corte Superior já deixou assentado em diversas oportunidades que, em se tratando de embargos infringentes, os limites de sua devolução são aferidos a partir da diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória, não ficando o Órgão Julgador adstrito às razões expostas no voto vencido, nem o recorrente obrigado a repetir tal fundamentação. Precedentes: REsp nº 858.906/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 08.11.2006; REsp nº 709743/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 06.03.2006; REsp nº 361.688/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 18/03/2002; e REsp nº 148.652/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 28/05/2001. II - Agravo regimental improvido. (STJ - Primeira Turma, AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 922542, Processo: 200700238498 UF: RS, Relator(a) Francisco Falcão, Data da decisão: 05/06/2007, DJ DATA:21/06/2007, pg:303)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO-CONHECIDOS. RAZÕES QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES DA DIVERGÊNCIA. CONHECIMENTO PARCIAL. ACÓRDÃO CASSADO.

1. Havendo contradição supostamente ocorrida no julgamento dos embargos de declaração,

deve o recorrente opor novos embargos de declaração para a supressão do vício. Precedentes.

2. O que traça os limites cognitivos dos embargos infringentes, nos termos do art. 530 do CPC, é a divergência estabelecida pelo voto vencido. Por isso que as razões dos embargos devem-se limitar à divergência, visando a prevalência desta.

3. Porém, o fato de as razões do recurso ultrapassarem a divergência, por si só, não enseja o seu não-conhecimento, senão na parte que extravasa a conclusão do voto vencido. Ou seja, em caso de desrespeito aos limites do voto dissidente, os embargos infringentes devem ser conhecidos parcialmente, para que se proceda ao julgamento da parte que se harmoniza com a divergência.

4. Recursos especiais conhecidos em parte e, na extensão, providos.

RESP 200302269028, RESP - RECURSO ESPECIAL - 615201 LUIS FELIPE SALOMÃO
QUARTA TURMA DJE DATA:19/04/2010

No caso sob exame, o dissenso verificado no julgamento do recurso de apelação ficou adstrito à questão da miserabilidade do grupo familiar a que pertence a parte autora, de forma a limitar a devolução na via dos presentes embargos infringentes.

Passo ao exame do recurso.

O agravo legal merece provimento.

A decisão monocrática ora agravada se fez em afronta à orientação jurisprudencial consolidada acerca da matéria.

A decisão agravada acolheu os infringentes, alinhando-se ao voto dissidente para reconhecer o não preenchimento do requisito da miserabilidade previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, ausente na hipótese situação de extrema vulnerabilidade social, considerando as conclusões do estudo social no sentido de ser a renda familiar se composta pela remuneração do genro e da aposentadoria do cônjuge da autora, concluindo ter a autora acesso aos mínimos sociais (automóvel, plano de saúde com funerária), de modo a afastar a necessidade de auxílio financeiro do Estado, não visando o benefício a complementação de renda, com vistas a propiciar maior conforto e comodidade.

No entanto, entendo acertado o entendimento proferido no douto voto condutor, no sentido de ser incabível a inclusão, no grupo familiar da autora, de sua filha, o genro e o neto, por formarem estes grupo familiar distinto, ainda que habitem o mesmo imóvel.

Tal conclusão decorre da exegese do § 1º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, tanto em sua redação atual, conferida pela Lei nº 12.435/11, como na anterior, excluindo a filha casada e o genro, assim como o neto, da composição do grupo familiar para fins de concessão do benefício de prestação continuada.

Decorre daí que o grupo familiar a ser considerado no presente caso é composto tão somente pela parte autora e seu cônjuge, cuja manutenção é provida exclusivamente com os rendimentos do benefício de aposentadoria por idade de que é titular este último, no valor de um salário mínimo.

Nos termos do artigo 34, par. único do Estatuto do Idoso, o benefício de valor mínimo concedido a qualquer membro da família não pode ser computado para fins de apuração da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, interpretação conforme o julgamento do RE 580.963-PR, em que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu ser incabível a discriminação entre os beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. (RE 580963, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-225 Divulg 13-11-2013 Public 14-11-2013)

Assim, uma vez ausente renda computável para fins de apuração da miserabilidade da parte autora, impõe-se a aplicação objetiva da regra do artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, concluindo-se que a renda *per capita* do grupo familiar é inferior ao limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, com o reconhecimento do direito da agravante ao benefício assistencial postulado, em consonância com a orientação jurisprudencial firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de o julgador, ao analisar o caso concreto, lançar mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

2. “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 $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.” (REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 20/11/2009).

3. “Em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade, deve ser excluído do cálculo da renda familiar per capita qualquer benefício de valor mínimo recebido por maior de 65 anos, independentemente se assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso.” (Pet 2.203/PE, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 11/10/2011).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1394595/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 09/05/2012)

Ante o exposto, REJEITO A PRELIMINAR E DOU PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL para NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0000176-19.2012.4.03.6117

(2012.61.17.000176-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 89/90v

Interessado: LAUDECIR DA SILVA

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

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MARISA CUCIO

Classe do Processo: AC 1774662

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2015

EMENTA

AGRAVO DO ART. 557, § 1º DO CPC. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE DURANTE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - A demora na implantação do benefício previdenciário, na esfera administrativa ou judicial, obriga o (a) trabalhador (a), apesar dos problemas de saúde incapacitantes, a continuar a trabalhar para garantir a subsistência, colocando em risco sua integridade física e agravando suas enfermidades.

II - A perícia judicial é meio de prova admitido no ordenamento jurídico, hábil para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação. Tendo em vista que não foram refutadas pelo INSS as conclusões do perito, vindo a autarquia, é de se reconhecer a incapacidade laboral do autor, ainda que durante o período no qual há contribuições no CNIS.

III - Portanto, o benefício é devido também no período em que o autor exerceu atividade remunerada.

IV - Decisão que não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este Tribunal.

V - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de abril de 2015.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO (Relatora):

Agravo legal interposto pelo INSS contra decisão monocrática que deu provimento à apelação do exequente.

A autarquia alega que para pagamento dos atrasados do auxílio-doença há a necessidade de desconto dos valores recebidos pelo exequente durante o período em que exercia atividade remunerada.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO (Relatora):

O INSS alega que o exercício de atividade remunerada faz presumir a ausência de incapacidade para o trabalho, razão pela qual não seria devido benefício por incapacidade no período.

A respeito, reitero as razões já expostas na própria decisão monocrática:

Apelação do exequente em embargos à execução de título judicial, que foram julgados procedentes, declarando-se extinta a execução, nos termos do art.741, II, do CPC. O embargado/apelante foi condenado ao pagamento de honorários de sucumbência de 10% (dez por cento) do valor da execução, suspensa a exigibilidade em razão da justiça gratuita deferida nos autos principais.

O exequente sustenta que não há incompatibilidade entre percepção de benefício por incapacidade e exercício de atividade remunerada, simultaneamente, pois se viu obrigado a trabalhar para manter sua subsistência enquanto aguardava a sentença de mérito no processo de conhecimento.

Processado o recurso, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Aplicável, aqui, a regra inserta no art. 557 do CPC.

DO TÍTULO EXECUTIVO.

No processo de conhecimento, o INSS foi condenado a pagar:

- auxílio-doença a partir da DER (Data da Entrada do Requerimento), em 04/02/2004;
- parcelas em atraso corrigidas monetariamente a partir dos respectivos vencimentos, nos termos do Provimento 26/01 da COGE, Súmulas 148 do STJ e 08 desta Corte;
- juros legais de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação, até a entrada em vigor do novo CC, quando passará a 12% (doze por cento) ao ano, e, a partir da vigência da Lei 11.960/09, a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança;
- honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da condenação, não incidindo sobre as parcelas vincendas após a prolação da sentença (Súmula 111 do STJ).

Foi concedida a antecipação parcial dos efeitos da tutela.

Após recursos às instâncias superiores, o trânsito em julgado ocorreu em 01/09/2011, e foi certificado em 13/09/2011, às fls.243 do processo de conhecimento.

O benefício NB 31/560563740-8 foi implantado com DIB em 04/02/2004, DIP em 17/01/2007 e RMI de R\$ 774,50.

DA EXECUÇÃO.

Iniciou-se a liquidação do julgado com a apresentação da conta pelo autor, às fls.248/249, onde se apurou:

- parcelas no período de 04/02/2004 a 17/01/2007, atualizadas monetariamente até dezembro de 2011: R\$ 62.474,86 (sessenta e dois mil quatrocentos e setenta e quatro reais e oitenta e seis centavos);
- honorários de sucumbência: R\$ 6.247,49 (seis mil duzentos e quarenta e sete reais e quarenta e nove centavos);
- valor total da execução igual a R\$ 68.722,35 (sessenta e oito mil setecentos e vinte e dois reais e trinta e cinco centavos).

Citado na forma do art. 730 do CPC (fls.252), o INSS opôs embargos à execução, sustentando que o auxílio-doença foi implantado com DIB em 04/02/2004 e com início de pagamento em 17/01/2007, mas consta do CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais) que o embargado auferiu remunerações no período de fevereiro de 2004 a abril de 2007. Haveria, portanto, incompatibilidade entre percepção de benefício por incapacidade e exercício de atividade remunerada, sob pena de enriquecimento ilícito.

A autarquia requereu a procedência dos embargos, para que se declarasse a inexistência de créditos em favor do exequente.

Após manifestação da contadoria judicial de primeira instância, os embargos foram julgados procedentes, declarando-se extinta a execução em face da incompatibilidade entre percepção de benefício por incapacidade e exercício de atividade remunerada.

Irresignado, apela o exequente.

DA INCAPACIDADE E DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL.

Prevalecem as conclusões do perito judicial, as quais auxiliaram o juiz de primeiro grau na formação de seu convencimento, e lhe permitiram delimitar o período de incapacidade.

Assim, entendo que a manutenção da atividade habitual ocorreu porque o requerimento de auxílio-doença foi indevidamente indeferido na esfera administrativa, obrigando o segurado a continuar a trabalhar para garantir sua própria subsistência, apesar dos problemas de saúde incapacitantes, colocando em risco sua integridade física e agravando suas enfermidades. Portanto, o benefício é devido também no período em que o autor exerceu atividade remunerada.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART.557, § 1º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. EXECUÇÃO DO JULGADO.

I.O fato da autora ter continuado a efetuar o recolhimento de contribuições previdenciárias demonstra, tão somente, a manutenção de sua qualidade de segurada, diante da resistência do requerido no pagamento do benefício, mesmo com laudo pericial favorável. Por seu turno, não há como se inferir que tenha efetivamente exercido atividade laborativa no período alegado, não existindo prova de vínculo empregatício e percepção de remuneração salarial.

II. Agravo do INSS desprovido (art.557, § 1º, do CPC).”

(TRF 3ª R., 10ª Turma, AI 201103000037651, DJF3 CJ1 04.05.2011, p. 2352, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento).

Portanto, o exequente faz jus aos valores do benefício também durante o período em que exerceu atividade remunerada (01/02/2004 a 30/04/2007).

DOU PROVIMENTO à apelação.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

A decisão apreciou todas as questões suscitadas, não se encontrando ilegalidade e/ou abuso de poder.

Nesse sentido, o posicionamento firmado no Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.000520-2 pela Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, *in* RTRF 49/112:

Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

É o voto.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000905-81.2013.4.03.6126
(2013.61.26.000905-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA PRANEVITCH ATANAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe de Processo: AC 1987421
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. EVENTUAL FRAUDE NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DISCUSSÃO EM OUTRO FEITO. COMPENSAÇÃO INDEVIDA, EXCETO NO PERÍODO EM QUE RECEBER PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Segundo o enunciado da Súmula nº 490 do e. STJ: “A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentença ilíquidas.”

II - A qualidade de segurado do *de cujus* é inquestionável, tendo em vista que ele era titular do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição por ocasião de seu óbito.

III - A condição de dependente da demandante em relação ao de cujus restou evidenciada por meio das certidões de casamento e de óbito, tornando-se desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, já que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependente arrolada no inciso I do mesmo dispositivo.

IV - Do endereço declinado na inicial e consignado em correspondências destinadas à parte autora com aquele constante da certidão de óbito e lançado em fatura da conta de luz em nome do falecido, verifica-se que ambos possuíam o mesmo domicílio no momento do óbito (Rua Erechim, nº 243, Santo André/SP). Outrossim, há nos autos procuração outorgada pela autora e pelo de cujus, datada de 13.10.2011, outorgando poderes para seus procuradores vender imóvel. Ademais, as testemunhas ouvidas em Juízo foram unânimes em afirmar que a autora e o *de cujus* mantiveram o vínculo conjugal até a data do óbito, não havendo separação do casal.

V - Não cabe perquirir, nos presentes autos, a existência ou não de fraude na concessão do benefício assistencial em favor da autora. A rigor, trata-se de fato diverso, que não integra o objeto da causa em discussão, ensejando a propositura de ação autônoma pela autarquia previdenciária. Na verdade, somente com a instauração de processo judicial específico, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, é possível apurar a ocorrência ou não de dolo na conduta da parte autora, que teria omitido seu casamento para o fim de receber o benefício assistencial. Insta salientar que não há notícia acerca da conclusão do inquérito policial então instaurado, tampouco sobre

eventual recebimento de denúncia criminal envolvendo a parte autora.

VI - É indevida a compensação dos valores recebidos a título de benefício assistencial, excetuando-se, apenas, o período que coincidir com o recebimento da pensão por morte, ante a impossibilidade de cumulação dos aludidos benefícios, na forma do art. 20, §4º, da Lei nº 8.742/93.

VII - Em relação ao termo inicial do benefício, deve ser mantida a r. sentença, que o fixou a contar da data de entrada do requerimento administrativo (26.04.2012), tendo em vista a superação do prazo de 30 (trinta) dias entre a data do óbito (10.03.2012) e a data de apresentação do aludido requerimento, nos termos do art. 74, inciso II, da Lei nº 8.213/91, devendo ser descontadas as prestações recebidas a título de benefício assistencial (NB 536.563.477-9).

VIII - A correção monetária incide sobre as diferenças em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 deve ser considerado o INPC como índice de atualização dos débitos previdenciários, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003, c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006, não se aplicando no que tange à correção monetária as disposições da Lei 11.960/09 (AgRg no REsp 1285274/CE - Resp 1270439/PR).

IX - Os juros de mora são aplicados na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

X - A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às diferenças vencidas até a data da prolação da r. sentença recorrida, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, em sua nova redação e de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte, fixando-se o percentual em 15%, nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

XI - Apelação do INSS desprovida. Remessa oficial tida por interposta parcialmente provida. Recurso adesivo da parte autora parcialmente provido.

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, dar parcial provimento à remessa oficial tida por interposta e dar parcial provimento ao recurso adesivo interposto pela parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de abril de 2015.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de apelação e de recurso adesivo de sentença pela qual foi julgado parcialmente procedente pedido em ação previdenciária, condenando o réu a conceder à autora o benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de Hermínio Atanas, ocorrido em 10.03.2012, a contar da data do requerimento administrativo. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento

das prestações em atraso, com correção e juros a partir da citação, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal (Resolução 134 do CJF), podendo compensar todos os valores com tudo que foi pago a título de benefício assistencial desde julho de 2009, sendo que, na hipótese de se apurar saldo credor em favor do INSS, este poderá descontar 30% (trinta por cento) do valor do benefício de pensão por morte. Ante sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários advocatícios. Restou deferida a antecipação dos efeitos da tutela, para que o réu promovesse a implantação do benefício em epígrafe com o simultâneo cancelamento do benefício assistencial, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no importe de 1/30 do valor do benefício. Não houve condenação ao pagamento de custas processuais. Foi determinada a expedição de ofício ao Ministério Público Federal, para que se procedesse às investigações acerca dos requerimentos de benefício assistencial formulados pela parte autora, bem como dos nomes e dos telefones dados na audiência em que foi prolatada a sentença, com o fito de apurar eventual cometimento do crime de estelionato previdenciário.

Opostos embargos de declaração pela parte autora (fls. 181/184), estes foram desprovidos pela decisão de fls. 186/187.

Às fls. 191/192, foi noticiada a implantação do benefício em comento.

Objetiva o réu a reforma parcial da r. sentença, pleiteando a fixação da data de início do benefício na data da própria sentença, bem como o cômputo de juros de mora na mesma ocasião, tendo em vista que o requerimento administrativo foi indeferido corretamente, ante a ocorrência de fraude no recebimento de LOAS.

Por seu turno, interpôs a parte autora recurso adesivo, alegando que não agiu com má-fé ao receber o benefício assistencial; que em face do caráter alimentar, tornam-se irrepetíveis as parcelas recebidas. Requer, por fim, que seja afastada a compensação dos valores recebidos a título de benefício assistencial, com a condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios no importe de até 20% sobre o valor da causa ou da condenação sobre parcelas vencidas até a prolação da r. sentença ou do v. acórdão, ou ainda fixado por arbitramento.

Contrarrazões da parte autora às fls. 229/241.

Contrarrazões do réu às fls. 244.

Na sequência, ofertou o Ministério Público Federal parecer às fls. 249/250, opinando pelo desprovidimento dos recursos interpostos pela parte autora e pelo INSS.

Pelo despacho de fl. 252, foi determinada a expedição de ofício à Procuradoria da República em São Bernardo do Campo, solicitando informações acerca do andamento do inquérito policial (autos nº 3414.2014.000002-7), que fora instaurado com o escopo de apurar eventual prática de crime de estelionato previdenciário pela parte autora, tendo sido carreados aos autos cópias dos depoimentos do envolvidos (fls. 255/263).

Manifestação da parte autora às fls. 267/268.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Da remessa oficial tida por interposta.

De início, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentença ilíquidas.

Do mérito.

Objetiva a autora a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, na qualidade de esposa de Hermínio Atanas, falecido em 10.03.2012, conforme certidão de óbito de fl. 25.

A qualidade de segurado do *de cujus* é inquestionável, tendo em vista que ele era titular do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição por ocasião de seu óbito (fls. 34).

De outra parte, a condição de dependente da demandante em relação ao *de cujus* restou evidenciada por meio das certidões de casamento (fl. 23) e de óbito (fl. 25), tornando-se desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, já que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependente arrolada no inciso I do mesmo dispositivo.

Artigo 16 - São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

.....
§ 4º - A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Importante ressaltar que as demais provas acostadas aos autos corroboram a manutenção do vínculo conjugal até a data do evento morte, não se cogitando na ocorrência de separação de fato.

Com efeito, do cotejo do endereço declinado na inicial e consignado em correspondências destinadas à parte autora (fls. 57/62) com aquele constante da certidão de óbito e lançado em fatura da conta de luz em nome do falecido (fls. 29/30), verifica-se que ambos possuíam o mesmo domicílio no momento do óbito (Rua Erechim, nº 243, Santo André/SP). Outrossim, há nos autos procuração outorgada pela autora e pelo *de cujus*, datada de 13.10.2011, outorgando poderes para José Carlos Marlia e Regina Mercês Atanas Marlia vender imóvel (fls. 100/101). Ademais, as testemunhas ouvidas em Juízo (fls. 172/176; mídia digital) foram unânimes em afirmar que a autora e o *de cujus* mantiveram o vínculo conjugal até a data do óbito, não havendo separação do casal.

Resta, pois, evidenciado o direito da parte autora ao benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de Hermínio Atanas.

Por outro lado, não cabe perquirir, nos presentes autos, a existência ou não de fraude na concessão do benefício assistencial em favor da autora. A rigor, trata-se de fato diverso, que não integra o objeto da causa em discussão, ensejando a propositura de ação autônoma pela autarquia previdenciária. Na verdade, somente com a instauração de processo judicial específico, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, é possível apurar a ocorrência ou não de dolo na conduta da parte autora, que teria omitido seu casamento para o fim de receber o benefício assistencial. Insta salientar que não há notícia acerca da conclusão do in-

quérito policial então instaurado, tampouco sobre eventual recebimento de denúncia criminal envolvendo a parte autora.

Em síntese, penso ser indevida a compensação dos valores recebidos a título de benefício assistencial, excetuando-se, apenas, o período que coincidir com o recebimento da pensão por morte, ante a impossibilidade de cumulação dos aludidos benefícios, na forma do art. 20, §4º, da Lei nº 8.742/93.

Em relação ao termo inicial do benefício, deve ser mantida a r. sentença, que o fixou a contar da data de entrada do requerimento administrativo (26.04.2012), tendo em vista a superação do prazo de 30 (trinta) dias entre a data do óbito (10.03.2012) e a data de apresentação do aludido requerimento, nos termos do art. 74, inciso II, da Lei nº 8.213/91, devendo ser descontadas as prestações recebidas a título de benefício assistencial (NB 536.563.477-9).

Cumprе explicitar os critérios de aplicação da correção monetária e dos juros de mora.

A correção monetária incide sobre as diferenças em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 deve ser considerado o INPC como índice de atualização dos débitos previdenciários, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003, c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006, não se aplicando no que tange à correção monetária as disposições da Lei 11.960/09 (AgRg no REsp 1285274/CE - Resp 1270439/PR).

Os juros de mora são aplicados na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às diferenças vencidas até a data da prolação da r. sentença recorrida, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, em sua nova redação e de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte, fixando-se o percentual em 15%, nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

Prejudicada a questão relativa à multa diária, tendo em vista a inexistência de mora na implantação do benefício.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação do INSS, dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta*, para que as verbas acessórias sejam calculadas na forma acima explicitada e *dou parcial provimento ao recurso adesivo da parte autora*, para que seja afastada a compensação das prestações recebidas a título de benefício assistencial, excetuando-se o período que coincidir com o recebimento da pensão por morte, bem como para fixar os honorários advocatícios em 15% sobre o valor das diferenças vencidas até a data de prolação da sentença recorrida. As parcelas recebidas por força da antecipação dos efeitos da tutela deverão ser compensadas por ocasião da liquidação do julgado.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0037280-05.2013.4.03.9999

(2013.03.99.037280-0)

Embargante: JOSE APARECIDO DOMINGUES

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 292/295

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE SANTA CRUZ DO RIO PARDO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AC 1910387

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/03/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO LEGAL. REEXAME DISPOSTO NO ART. 543-C DO CPC. RESP nº 1.369.165/SP. JULGAMENTO RECONSIDERADO.

1. Nos termos dos precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não cabe recurso de embargos de declaração interposto de decisão monocrática, devendo ser conhecidos como agravo legal quando se quer atribuir efeitos infringentes à decisão embargada, com base nos princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. O STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.369.165 definiu que, na ausência de requerimento administrativo, o termo inicial do benefício por incapacidade deve corresponder à data da citação válida da autarquia previdenciária.

3. Incidência da norma prevista no artigo 543-C, com a redação dada pela Lei nº 11.672/06, tendo em vista o julgado do STJ.

4. Análise do pedido à luz da recente decisão proferida no recurso especial mencionado determina a fixação do termo inicial do benefício na data da citação.

4. Reconsiderada a decisão para em novo julgamento, dar provimento ao agravo legal do(a) autor(a), condenando o INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez desde a data da citação (22/06/2005).

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, com fundamento no artigo 543-C, do CPC, em juízo de retratação, dar provimento ao agravo legal do(a) autor(a), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de março de 2015.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para obtenção de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, desde o ajuizamento da ação.

O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, ao fundamento de ausência de comprovação da atividade rural, e condenou-o ao pagamento das custas e despesas judiciais, observado o art. 12 da Lei 1.060/50.

Em apelação, o(a) autor(a) sustentou terem sido preenchidos os requisitos para o deferimento dos benefícios pleiteados e pede a reforma da sentença.

Em julgamento monocrático de fls. 292/295, nos termos do artigo 557 do CPC, deu-se provimento à apelação para julgar procedente o pedido de concessão de aposentadoria por invalidez, desde o laudo pericial (24/10/2011).

O(A) autor(a) opôs embargos de declaração, alegando a existência de vício na fixação do termo inicial do benefício que deve corresponder à data da citação (22/06/2005- fl. 52).

O acórdão de fls. 306/309, desta Nona Turma recebeu os embargos de declaração como agravo legal e, por unanimidade, negou-lhe provimento.

Após, a autora interpôs recurso especial.

Em razão do decidido no RESP nº 1.369.165/SP vieram os autos em obediência à disposição do art. 543-C, § 7º, II, do CPC (fl. 326), em 20/10/2014.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

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, cumpre observar o entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual são incabíveis embargos de declaração interpostos de decisão monocrática do Relator, podendo ser conhecidos como agravo regimental ou legal quando tiverem propósitos infringentes, com base nos princípios da economia processual e da fungibilidade.

Nesse sentido seguem os seguintes julgados:

DIREITO PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. IMPROVIMENTO.

1. Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Reclamante, alegando contradição na decisão monocrática que negou seguimento à Reclamação ajuizada.
 2. Com base no princípio da fungibilidade, deve ser conhecido como agravo o recurso interposto.
 3. Irretocável é a decisão que negou seguimento à reclamação, eis que ficou evidenciado o cumprimento do julgado, não havendo a alegada contradição indicada nas razões recursais.
 4. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, e como tal improvido.
- (Rcl 5150 ED, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-01 PP-00217)

RECEBIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE, ECONOMIA PROCESSUAL E DA

INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. DECISÃO QUE DETERMINOU A SUBIDA DO RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO REGIMENTAL. DESCABIMENTO. ART. 258, § 2º, DO RISTJ.

1. Os embargos de declaração formulados contra decisão monocrática de relator podem ser recebidos como agravo regimental, tendo em vista a aplicação dos princípios da fungibilidade recursal, da economia processual e da instrumentalidade das formas.

2. É irrecorrível a decisão do relator que dá provimento a recurso de agravo de instrumento para determinar a subida do recurso especial inadmitido na origem, a teor do que preceitua o art. 258, § 2º, do RISTJ.

3. Na espécie, o apontado vício de representação processual da empresa agravante não se encontra evidenciado nos autos, razão pela qual é de ser mantida a decisão que deu provimento ao agravo e determinou a subida dos autos do recurso especial.

4. Agravo regimental não provido.

(EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.332.421 - RS, Rel. Min. Castro Meira, Dje de 10/12/2010).

Desse modo, os embargos de declaração devem ser apreciados como agravo legal.

Às fls. 306/309, foi negado provimento ao recurso interposto contra a decisão monocrática que fixou o termo inicial do benefício na data do laudo pericial.

Assim, tendo em vista o julgamento pelo STJ, incide a norma prevista no art. 543 -C, §7º, II e §8º, do CPC, com redação dada pela Lei 11.672/08:

Art. 543 -C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

(...)

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

II. serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do §7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

Passo ao reexame do recurso interposto pelo(a) autor(a).

No que se refere ao termo inicial dos benefícios por incapacidade, o STJ firmou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO NA VIA JUDICIAL. AUSÊNCIA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. ART. 219, *CAPUT*, DO CPC. CITAÇÃO VÁLIDA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA.

1. Com a finalidade para a qual é destinado o recurso especial submetido a julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC, define-se: A citação válida informa o litígio, constitui em mora a autarquia previdenciária federal e deve ser considerada como termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida na via judicial quando ausente a prévia postulação administrativa.

2. Recurso especial do INSS não provido.

(REsp 1369165/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 07/03/2014)

Assim, deve o termo inicial do benefício ser fixado na data da citação.

Em juízo de retratação, nos termos do art. 543-C do CPC, em novo julgamento, DOU PROVIMENTO ao agravo legal, condenando o INSS a pagar o benefício de aposentadoria por invalidez desde a data da citação (22/06/2005 - fl. 52).

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0013497-47.2014.4.03.9999

(2014.03.99.013497-8)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FOLHAS 115/116v
Apelante: ANISIA VILARINS DA LUZ
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PORTO FERREIRA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AC 1968082
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2015

EMENTA

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE GENITOR. INCAPACIDADE ANTERIOR À DATA DO ÓBITO. COMPROVADA A QUALIDADE DE DEPENDENTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA.

I - Comprovada, no presente feito, a qualidade de dependente da parte autora. O filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz é beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado, nos termos do art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

II - A dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do referido artigo.

III - Preenchidos, *in casu*, os requisitos necessários à concessão da pensão por morte, há de ser concedido o benefício.

IV - O art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

V - 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 recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de março de 2015.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto contra a decisão proferida, nos termos do art. 557 do CPC que, nos autos da ação em que se pleiteia a concessão de pensão por morte decorrente do falecimento de genitora, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, deu provimento à apelação da parte autora para condenar o INSS ao pagamento do benefício de pensão por morte, acrescido de correção monetária e juros de mora.

Inconformada, agravou a autarquia, pleiteando a reforma da decisão, alegando a “ausência de comprovação da condição de dependente do Autor em relação ao seu falecido genitor, posto que já estava emancipado por ocasião do óbito, bem como pelo fato da invalidez não ter sido anterior à emancipação” (fls. 119vº).

É o breve relatório.

À mesa.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

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

Razão não assiste à agravante.

Conforme decidi a fls. 115/116vº, *in verbis*:

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando a concessão de pensão por morte em decorrência do falecimento de genitora, ocorrido em 16/5/12. Foram deferidos à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apelou a parte autora, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa para que seja “realizada as provas testemunhais e documentais e a complementação do laudo pericial com as respostas aos quesitos da apelante e conseqüentemente Anulação da sentença” (fls. 102). No mérito, sustenta o preenchimento dos requisitos legais e pleiteia a reforma da R. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Inicialmente, não merece prosperar a alegação de cerceamento de defesa arguida por ausência de realização da prova testemunhal, tendo em vista que a comprovação da alegada deficiência da parte autora demanda prova pericial, a qual foi devidamente produzida, conforme disposto no art. 400, inc. II, do Código de Processo Civil.

Cumprе ressaltar ainda que, em face do princípio do poder de livre convencimento motivado do juiz quanto à apreciação das provas - expresso no art. 131 do CPC -, pode o magistrado, ao analisar o conjunto probatório, concluir pela dispensa da prova testemunhal. Nesse sentido já se pronunciou o C. STJ (AgRg no Ag. nº 554.905/RS, 3ª Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25/5/04, v.u., DJ 02/8/04).

Passo ao exame do mérito.

Trata-se de ação previdenciária em que se pleiteia a concessão de pensão por morte decorrente do falecimento de genitora. Tendo o óbito ocorrido em 16/5/12 (fls. 17), são aplicáveis as disposições da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, *in verbis*:

(...)

Da leitura do dispositivo legal depreende-se que os requisitos para a concessão da pensão por morte compreendem a comprovação da qualidade de segurado do instituidor da pensão e a dependência dos beneficiários.

Relativamente à prova da condição de segurado, encontra-se acostado aos autos o extrato do INFBEN - Informações do Benefício (fls. 18), que comprova que, à época do óbito, a “de cujus” recebia Aposentadoria por Idade, NB nº 063.451.036-3, DIB 1º/9/93, mantendo, portanto, a qualidade de segurado.

No que tange à dependência econômica, impede transcrever o art. 16 da Lei nº 8.213/91:

(...)

Tratando-se de filha maior de 21 anos que pleiteia pensão por morte de genitora, deve comprovar que era inválida à época do óbito, consoante dispõe o inciso I do art. 16, da Lei nº 8.213/91.

In casu, a alegada incapacidade restou comprovada pela perícia médica, conforme parecer técnico elaborado pelo Perito (fls. 70/72). Afirmou o esculápio encarregado do exame que a parte autora apresenta “Distrofia muscular progressiva (G71.0)”, “Periciando relata que há 35 anos iniciou com dificuldade de deambulação. Com a piora do quadro clínico procurou ajuda médica e foi diagnosticado como distrofia muscular progressiva. Foi aposentada aos 18 anos de idade por invalidez. Atualmente em cadeira de rodas, não consegue deambular e depende integralmente da ajuda de terceiros para atividades da vida diária (se alimentar, vestir e higienizar)” (fls. 71). Concluiu que “Frente aos documentos apresentados pela pericianda e exame clínico por mim realizado, concluo que a mesma está definitivamente incapaz para quaisquer atividades laborativas e depende integralmente de terceiros para os atos básicos da vida” (fls. 72).

Dessa forma, deve ser concedido o benefício pleiteado na exordial.

No tocante à carência, dispõe o art. 26 da Lei nº 8.213/91:

(...)

Independe, portanto, a demonstração do período de carência para a concessão da pensão por morte.

Não obstante o entendimento de que o termo inicial deva ser fixado na data do óbito, tendo sido efetuado requerimento da pensão por morte no prazo previsto no inc. I, do art. 74, da Lei nº 8.213/91 (29/5/12 - fls. 40), fixo-o a partir do requerimento administrativo, em observância aos limites do pedido inicial.

A correção monetária sobre as prestações vencidas deve incidir nos termos da Resolução nº 267, de 2 de dezembro de 2013, do C. Conselho da Justiça Federal.

Os juros moratórios devem incidir a partir da citação (art. 219, do CPC), à razão de 0,5% ao mês até 10/1/03. A partir da vigência do Código Civil de 2002, deverão ser computados em 1% ao mês até 30/6/09 e, após, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. A partir de maio de 2012, deve ser observada a MP nº 567/12, convertida na Lei nº 12.703, de 7/8/12.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ.

Ante o exposto, e com fundamento no art. 557, do CPC, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, dou provimento à apelação da parte autora para condenar o INSS ao pagamento do benefício de pensão por morte, a partir da data do requerimento administrativo em 29/5/12, acrescido de correção monetária e juros de mora na forma acima indicada.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de Origem. Int. (grifos meus)

Quadra mencionar que o fato de a parte autora, nascida em 30/12/64, receber o benefício de aposentadoria por invalidez desde 1º/9/87 não obsta à percepção da pensão por morte, tendo em vista que o art. 124 da Lei nº 8.213/91 não veda o recebimento conjunto de aposentadoria e pensão. Por fim, ressalto que à época do óbito (16/5/12) a parte autora já era considerada

incapaz, uma vez que percebia benefício por incapacidade.

Observo que o art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar 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, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

Direito Processual Civil



AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0016496-65.2012.4.03.0000

(2012.03.00.016496-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: BIANCA DELPHIM (incapaz)

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: AI 477107

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/04/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGIMENTAL. CABIMENTO DO AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

I - Incabível agravo regimental contra decisão terminativa da Vice-Presidência que julgou prejudicado o recurso especial interposto contra v. acórdão proferido nos autos de agravo de instrumento manejado contra decisão que deferiu antecipação de tutela em ação de rito ordinário.

II - A Vice-Presidência atua por delegação dos Tribunais Superiores no exercício do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais e, assim, qualquer empeco ao processamento desses recursos deve ser submetido à apreciação dos Tribunais Superiores, os destinatários dos recursos excepcionais.

III - A decisão da Vice-Presidência, que julga prejudicado o agravo de instrumento e, por conseguinte, os recursos excepcionais nele interpostos, é passível de apreciação pelos Tribunais Superiores, com o manejo do agravo nos próprios autos, previsto no art. 544, do Código de Processo Civil.

IV - O Regimento Interno desta Corte Regional não prevê hipótese de interposição de agravo regimental contra decisão da Vice-Presidência. A ausência de previsão regimental não pode ser suprida em virtude do posicionamento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de criação de norma de processo e também de recursos em seu Regimento, após o advento da Constituição da República de 1988. Tal conclusão, em muito maior grau, deve ser adotada, igualmente, pelos tribunais de apelação.

V - Agravo regimental não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do relatório e voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Vice-Presidente), que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Votaram os Desembargadores Federais NERY JÚNIOR, MARISA SANTOS, JOHONSOM DI SALVO, ALDA BASTO, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), FAUSTO DE SANCTIS (convocado para compor quórum), PAULO FONTES (convocado para compor quórum), MÔNICA NOBRE (convocada para compor quórum), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), MÁRCIO MORAES, BAPTISTA PEREIRA, NEWTON DE LUCCA e PEIXOTO JÚNIOR.

Farão declarações de voto os Desembargadores Federais NERY JÚNIOR e JOHONSOM DI SALVO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental, interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, com fulcro nos arts. 250 e 251, do Regimento Interno desta Corte, contra decisão terminativa da Vice-Presidência, que julgou prejudicado o recurso especial interposto contra v. acórdão proferido nos autos de agravo de instrumento manejado contra decisão que deferiu antecipação de tutela em ação de rito ordinário destinada à obtenção de benefício previdenciário - pensão por morte.

Sustenta o agravante o cabimento do agravo regimental e, no mérito, que, conquanto tenha sido prolatada sentença nos autos principais, dos quais tirado o recurso prejudicado, não existe prejuízo à apreciação do recurso de agravo e do juízo de admissibilidade do recurso excepcional nele interposto, pois, no seu entender, de acordo com a moderna doutrina processualista, a sentença no processo principal não conduz, inexoravelmente, à perda do interesse recursal.

Diz que a questão deve ser solucionada consoante os critérios da hierarquia e da cognição. Pelo primeiro, o agravo de instrumento não teria perdido seu objeto por causa superveniente (sentença) porque não teria força para revogar decisão do tribunal. Pelo segundo critério (cognição), a sentença teria o condão de prejudicar o agravo de instrumento, por se tratar de cognição exauriente a absorver a cognição sumária da decisão interlocutória.

Nessa toada, sustenta que sempre que o quadro fático, existente ao tempo da prolação da decisão agravada, se mantiver inalterado, a prolação de sentença não terá o condão de prejudicar o agravo de instrumento, prevalecendo, assim, o critério da hierarquia. Se a sentença, no entanto, estiver calcada em fatos outros acrescidos no curso do processo, haverá a prejudicialidade do agravo de instrumento.

Conclui que, no caso vertente, a cognição exauriente da sentença não é prejudicial à cognição sumária da decisão agravada, porquanto a sentença proferida tem escora no mesmo quadro fático-probatório que levou à prolação da decisão interlocutória agravada, de forma a prevalecer o critério da hierarquia.

Pugna pela reconsideração da decisão objurgada ou, se acaso mantida, o julgamento a este colegiado para julgamento.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

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

Antes de adentrar ao mérito do recurso interposto pelo INSS, é imperioso analisar o próprio cabimento da medida intentada, máxime à constatação de que o Regimento Interno desta Casa silencia no tocante ao instrumental adequado para a impugnação de decisões unipessoais proferidas no âmbito da Vice-Presidência.

Por ocasião do julgamento, apresentei voto no sentido do cabimento do agravo regimental porquanto, a meu ver, o “silêncio regimental”, com a devida vênia, não parece solução satisfatória na atualidade, em especial à constatação de que o cabedal de competências da Vice-Presidência foi consideravelmente aumentado nos últimos anos, dada a reforma processual promovida pela Lei nº 11.418/06 e subsequentes decisões proferidas pelas Cortes Superiores - às quais me reportarei adiante -, a ampliar enormemente a atuação delegada dos Tribunais de Apelação no exame de recursos excepcionais. A assentada, enfim, revelar-se-ia oportuna e adequada para um exauriente tratamento do tema no âmbito deste Órgão Especial, a propiciar, a meu juízo, uma urgente reforma regimental, apta a conferir maior segurança jurídica a bem do serviço judiciário a nós confiado pela sociedade.

O “silêncio regimental” quanto aos meios de impugnação de decisões da Vice-Presidência parece, a meu juízo, ser decorrência natural do momento histórico em que produzidas as normas desta Casa.

É que, ao tempo da elaboração do Regimento Interno e ao longo dos anos que se seguiram à criação deste Tribunal, sempre se teve em mente que a atividade jurisdicional da Vice-Presidência estava circunscrita a *decidir sobre admissibilidade de recursos especiais e extraordinários* (RITRF3, artigo 22, § 2º, inciso I, alínea “a”, na redação original; artigo 22, inciso II, na redação dada pela Emenda Regimental nº 04, de 12.12.1995), o que, por óbvio, tornava de todo incogitável discriminar recurso “interno” ou regimental para impugnar decisão da Vice-Presidência, ante a previsão na lei processual do “agravo nos próprios autos” (sucumbência do “agravo de instrumento”), previsto no artigo 544 do CPC e artigo 28 da Lei nº 8.038/90, e julgado por órgãos judiciários “externos”, quais sejam o Supremo Tribunal Federal e/ou o Superior Tribunal de Justiça. Noutras palavras: a existência de um recurso tipificado em lei e julgado por órgão “externo” para impugnar as decisões proferidas pela Vice-Presidência justificaria, em princípio, a inexistência de previsão regimental de recurso “interno” para impugnar esses mesmos pronunciamentos.

O cenário na atualidade, porém, é bem outro. Conforme acima salientado, após a reforma processual decorrente da edição da Lei nº 11.418/06, sobrevieram decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a promover uma substancial alteração da sistemática recursal, a implicar, ao cabo, uma ampliação significativa da competência delegada à Vice-Presidência desta Corte e de todos os Tribunais de Apelação.

Refiro-me ao entendimento pacificado tanto pelo Pleno do E. Supremo Tribunal Federal (*Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/02/2010*), como pelo E. Superior Tribunal de Justiça (*Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 1.154.599, Corte Especial, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12/05/2011*) no sentido de que a negativa de seguimento dos recursos excepcionais, quando o acórdão recorrido esteja em consonância com paradigma julgado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia (arts. 543-B e/ou 543-C do CPC), não mais enseja a interposição de agravo a ser julgado por aquelas Cortes Superiores, mas sim *agravo regimental ou interno*, a ser re-

solvido pelo próprio Tribunal *a quo* com vistas a corrigir eventuais equívocos na aplicação do caso paradigmático à espécie.

A modificação na sistemática recursal decorrente do novel entendimento das Cortes Superiores evidenciaria, a meu juízo, a inconveniência que há em se manter intocado o Regimento Interno do Tribunal nos capítulos relativos aos recursos *interna corporis*. Faz-se premente, pois, ajustar o Regimento ao quanto decidido pelo STF e STJ, de modo a se conferir às partes maior segurança e previsibilidade quanto ao correto recurso a ser interposto, caso a caso.

Há mais, porém.

Embora o Regimento Interno sempre tenha limitado a competência jurisdicional da Vice-Presidência às decisões de admissão ou inadmissão de recursos especial e extraordinário, fato é que esse órgão do Tribunal *sempre produziu* decisões unipessoais de natureza diversa, aplicando, por analogia e por imperativo de instrumentalidade, a previsão do artigo 33 do RITRF3, que cuida das competências atribuídas ao Desembargador Federal Relator de recursos julgados pela própria Corte (*v.g. decisão de homologação de desistência de recurso especial/extraordinário; decisão sobre requerimento de extração de carta de sentença; decisão acerca de pedido de habilitação incidental de herdeiros ou dependentes para fins previdenciários, em caso de falecimento do postulante (CPC, artigo 1060; Lei nº 8.213/91, artigo 112); decisão a declarar prejudicado o recurso especial/extraordinário, em hipóteses de carência recursal superveniente; etc*).

É evidente, também aqui, a lacuna regimental, haja vista que é princípio norteador de todo o sistema processual o da *colegialidade*, a impor que toda decisão unipessoal produzida por magistrado componente de um Tribunal seja passível de impugnação e revisão por um órgão colegiado, salvo quando a lei expressamente preveja a irrecorribilidade do pronunciamento (*v.g. despachos de mero expediente - (CPC, artigo 504) ou decisão monocrática de Relator que converte agravo de instrumento em retido (CPC, artigo 527, inciso II, c.c. parágrafo único)*).

Tudo somado, e considerando que a decisão impugnada - que declarou prejudicado o recurso de agravo de instrumento e, via de consequência, o especial nele interposto - foi proferida pela Vice-Presidência tomando de empréstimo os poderes conferidos aos Relatores dos recursos internos (analogia ao artigo 33, XII, do RITRF3), concluo pelo conhecimento do presente agravo, aplicando ao caso, também por analogia, a regra do artigo 250 do RITRF3.

Admitido, pois, o agravo regimental das decisões unipessoais da Vice-Presidência para as quais não seja cabível o agravo para os Tribunais Superiores, vale frisar que a competência para o julgamento do citado recurso, por ora, só pode ser atribuída ao Órgão Especial da Corte, haja vista que não há no Regimento Interno, até aqui, previsão para que o Vice-Presidente do Tribunal submeta recursos tirados de suas decisões unipessoais ao crivo de qualquer das Seções Especializadas do Tribunal, embora presida todas elas (RITRF3, artigo 22, inciso V).

No ponto, vale frisar que a quantidade de agravos regimentais interpostos de decisões unipessoais da Vice-Presidência já é grande e *tende sempre ao crescimento*, o que se dá em razão de o número de precedentes das Cortes Superiores resolvidos sob a sistemática dos artigos 543-B e 543-C do CPC ser maior a cada ano. Por conta disso, penso que a manutenção da competência revisional dessas decisões no âmbito do Órgão Especial seja de todo inconveniente, sobrecarregando o número de feitos atrelados ao mais nobre órgão fracionário do Tribunal, em evidente prejuízo de sua eficiência e altivez.

Penso, pois, que urge reformar o Regimento Interno da Corte não só para o fim de assentar o *cabimento* do agravo regimental das decisões monocráticas proferidas pela Vice-Presidência - com a ressalva daquelas para as quais o sistema processual preveja recurso para

as Cortes Superiores -, mas também para estabelecer a *competência* das Seções Especializadas para o julgamento desses recursos, órgãos esses naturalmente mais vocacionados, v.g., para analisar se tal ou qual precedente paradigmático, resolvido pelo STF ou STJ nos termos do artigo 543-B ou artigo 543-C do CPC, foi bem ou mal aplicado ao caso concreto pela Vice-Presidência.

Vale destacar, em reforço, que providência de idêntico teor foi adotada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que soube inserir em seu Regimento Interno a previsão de cabimento de agravo regimental contra decisões proferidas pela Vice-Presidência a aplicar precedentes dos Tribunais Superiores resolvidos nos termos dos artigos 543-B e 543-C do CPC, indicando-se, ainda, as Seções Especializadas daquela Corte como os órgãos competentes para o julgamento de tal agravo.

O tema posto em debate - cabimento do agravo regimental contra decisões proferidas pela Vice-Presidência que julgam prejudicado recurso por fato superveniente, *in casu* a prolação de sentença, que tornou prejudicado o agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória e no qual foram interpostos recursos excepcionais - ensejou acalorado e profícuo debate entre os E. Desembargadores Federais presentes à sessão de julgamento, os quais concluíram pelo não conhecimento do agravo regimental.

O entendimento prevalecente foi no sentido do não conhecimento do agravo regimental porquanto a Vice-Presidência atua por delegação dos Tribunais Superiores no exercício do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais e, assim, qualquer empecilho ao processamento desses recursos deve ser submetido à apreciação dos Tribunais Superiores, os destinatários dos recursos excepcionais.

Nessa toada, a decisão da Vice-Presidência, que julga prejudicado o agravo de instrumento e, por conseguinte, os recursos excepcionais nele interpostos, deve ser passível de apreciação pelos Tribunais Superiores, por intermédio do manejo do agravo nos próprios autos, previsto no art. 544, do Código de Processo Civil.

Ainda que assim não fosse, outro óbice estaria a impedir o conhecimento do agravo regimental, qual seja a ausência de previsão no Regimento Interno desta Corte Regional, que não poderia ser suprida com a inserção da previsão no Regimento Interno em virtude do posicionamento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de criação de norma de processo e também de recursos em seu Regimento, após o advento da Constituição da República de 1988. Tal conclusão, em muito maior grau, deve ser adotada, igualmente, pelos tribunais de apelação.

Diante de tão sólidos argumentos, curvei-me ao entendimento externado pelos meus eminentes pares e aderi ao posicionamento majoritariamente adotado, no sentido do não conhecimento do agravo regimental.

Pelo exposto, NÃO CONHEÇO do agravo regimental.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR:

Conforme relatório acostado aos autos “trata-se de agravo regimental, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro nos arts. 250 e 251, do

Regimento Interno desta Corte, contra decisão terminativa da Vice-Presidência, que julgou prejudicado o recurso especial interposto contra v. acórdão proferido nos autos de agravo de instrumento manejado contra decisão que deferiu antecipação de tutela em ação de rito ordinário destinada à obtenção de benefício previdenciário - pensão por morte”.

Eminente pares, utilizo-me da presente declaração de voto para reforçar o entendimento lançado pela e. Relatora Vice-Presidente Cecília Marcondes, do qual comungo, no sentido de que por atuar a Vice-Presidência por delegação dos Tribunais Superiores no exercício do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais qualquer obstáculo ao processamento desses recursos deve ser submetido à apreciação dos Tribunais Superiores, destinatários que são dos recursos excepcionais.

Na hipótese dos autos, a pretendida reforma da decisão da Vice-Presidência, julgando prejudicado o agravo de instrumento e, por conseguinte, os recursos excepcionais nele interpostos, deve ser passível de apreciação pelos Tribunais Superiores.

Ante o exposto, sem qualquer dissenso, voto acompanhando a Relatora Vice-Presidente Cecília Marcondes, para não conhecer do agravo regimental.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO:

Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro nos artigos 250 e 251, do Regimento Interno desta Corte, contra decisão terminativa da Vice-Presidência que julgou *prejudicado o recurso especial* interposto contra v. acórdão proferido nos autos de agravo de instrumento manejado contra decisão que deferiu antecipação de tutela em ação de rito ordinário destinada à obtenção de benefício previdenciário - pensão por morte.

Sustenta o agravante o cabimento do agravo regimental e, no mérito, que, conquanto tenha sido prolatada sentença nos autos principais, dos quais tirado o recurso prejudicado, não existe prejuízo à apreciação do recurso de agravo e do juízo de admissibilidade do recurso excepcional nele interposto, pois, no seu entender, de acordo com a moderna doutrina processualista, a sentença no processo principal não conduz, inexoravelmente, à perda do interesse recursal.

Diz que a questão deve ser solucionada consoante os critérios da hierarquia e da cognição. Pelo primeiro, o agravo de instrumento não teria perdido seu objeto por causa superveniente (sentença) porque não teria força para revogar decisão do tribunal. Pelo segundo critério (cognição), a sentença teria o condão de prejudicar o agravo de instrumento, por se tratar de cognição exauriente a absorver a cognição sumária da decisão interlocutória.

Sustenta que sempre que o quadro fático, existente ao tempo da prolação da decisão agravada, se mantiver inalterado a prolação de sentença não terá o condão de prejudicar o agravo de instrumento, prevalecendo, assim, o critério da hierarquia. Se a sentença, no entanto, estiver calcada em fatos outros acrescidos no curso do processo, haverá a prejudicialidade do agravo de instrumento.

Conclui que, no caso vertente, a cognição exauriente da sentença não é prejudicial à

cognição sumária da decisão agravada, porquanto a sentença proferida tem escora no mesmo quadro fático-probatório que levou à prolação da decisão interlocutória agravada, de forma a prevalecer o critério da hierarquia.

Pugna pela reconsideração da decisão objurgada ou, se acaso mantida, o julgamento a este colegiado para julgamento.

O colendo Órgão Especial, em decisão proferida na sessão de julgamento realizada em 28 de janeiro de 2015, por unanimidade não conheceu do agravo regimental (fl. 131).

É o relatório.

Inicialmente, ressalto que o presente agravo regimental está sendo usado *como substitutivo do agravo previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil*.

Verifica-se que a decisão da Vice-Presidência que julga prejudicado o agravo de instrumento e, *por consequência lógica*, também os recursos excepcionais nele interpostos, deve ser passível de apreciação pelos Tribunais Superiores, não cabendo na espécie o manejo de agravo regimental já que a consequência do ato decisório ultrapassa o nível de cognição que, em relação a atos da Vice-Presidência, sobeja para a própria Corte de Apelação Regional.

No sistema processual pátrio não é dado à parte escolher o instrumento com o qual expressará sua irrisignação, cabe-lhe, tão somente, utilizar-se do mecanismo colocado a sua disposição pelo legislador.

Assim, atuando a Vice-Presidência por delegação dos Tribunais Superiores no exercício do juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, qualquer óbice ao processamento deles deve ser submetido à apreciação dos Tribunais Superiores, os quais são os destinatários dos recursos excepcionais, ficando evidente o descabimento do agravo regimental na espécie.

Ante o exposto, *não conheço do agravo regimental*.

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0038839-31.2012.4.03.9999

(2012.03.99.038839-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 85/88

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: ANDRELINA FERREIRA DOS SANTOS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE TEODORO SAMPAIO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe de Processo: AC 1792477

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/03/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE EM RAZÃO DE ERRO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 115 DA LEI Nº 8.213/91. DESCONTO MENSAL DE ATÉ 30% DO VALOR DO BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO. DESCABIMENTO DO DESCONTO.

- Nas hipóteses em que o recebimento de valores indevidos por parte do autor se dá em razão de má-fé do segurado, ou mesmo de equívoco cometido na esfera administrativa é devida, em princípio, a devolução dos valores recebidos erroneamente, desde que tal providência não resulte em redução da renda mensal a patamar inferior ao salário mínimo.

- Os artigos 115 da Lei nº 8.213/1991 e 154 do Decreto nº 3.048/1999 autorizam “desconto administrativo” nos casos de concessão de benefício indevido ou a maior (mesmo que essa situação tenha se dado por erro da Autarquia Previdenciária), fixando como patamar máximo o percentual de 30% (trinta por cento) dos proventos recebidos pelo segurado.

- No caso de pagamento de valores indevidos efetuado por força de determinação judicial, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, entendo que deve haver ponderação entre o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), confronto em que deve preponderar a irrepetibilidade das verbas de natureza alimentar recebidas de boa-fé pelo segurado.

- No caso concreto, a autora é beneficiária de aposentadoria por invalidez no valor do salário mínimo, de modo que a aplicação do percentual de 30% (trinta por cento) de desconto comprometeria a própria finalidade alimentar e de subsistência da prestação previdenciária.

- 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, 09 de março de 2015.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpõe agravo (fls. 91/99), nos termos do artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil, em face da decisão (fls. 85/88), que negou seguimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação autárquica para manter a sentença que julgou improcedente pedido para obstar a cobrança pela autarquia de valores pagos indevidamente à autora, a título de auxílio-doença, bem como devolução dos valores já descontados, em razão de equívoco da Administração.

Sustenta a autarquia-agravante que os benefícios previdenciários possuem regramento próprio, no qual se estabelece a obrigatoriedade de ressarcimento de valores percebidos indevidamente, na forma disposta no artigo 115 da Lei nº 8.213/91.

É o relatório.

Decido.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

A decisão agravada deve ser mantida.

Revedo posicionamento anterior, passei a entender que nas hipóteses em que o recebimento de valores indevidos por parte do autor se dá em razão de má-fé do segurado, ou mesmo de *equívoco cometido na esfera administrativa*, como ocorreu no caso em questão, é devida, em princípio, a devolução dos valores recebidos erroneamente, desde que tal providência não resulte em redução da renda mensal a patamar inferior ao salário mínimo.

Os artigos 115 da Lei nº 8.213/1991 e 154 do Decreto nº 3.048/1999 autorizam “desconto administrativo” nos casos de concessão de benefício indevido ou a maior (mesmo que essa situação tenha se dado por erro da Autarquia Previdenciária), fixando como patamar máximo o percentual de 30% (trinta por cento) dos proventos recebidos pelo segurado.

Válida, nesse passo, a transcrição dos seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO INDEVIDO DO BENEFÍCIO EM VALOR MAIOR. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO. DEVOLUÇÃO. PERCENTUAL DO DESCONTO. 30% DO VALOR DA RENDA MENSAL. ART. 115 DA LEI 8.213/91. ART. 243 DO DECRETO 611/92. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA RAZOABILIDADE. REDUÇÃO DO DESCONTO PARA 5% DO BENEFÍCIO. SENTENÇA MANTIDA.

1. É legítima a redução do valor do benefício pelo INSS, quando detectada irregularidade no cálculo do mesmo, bem como o desconto dos valores pagos a maior, nos termos do art. 115, II, da Lei nº 8.213/91.

2. No caso, além de reduzir o benefício do autor, o INSS promoveu os descontos das quantias pagas a maior no percentual de 30% da renda mensal, ou seja, no patamar máximo previsto no art. 243, do Decreto nº 611/92, o qual permite o desconto em parcelas “não superiores a 30% do valor da renda mensal do benefício”.

3. Diante da natureza alimentar dos benefícios previdenciários e da realidade dos valores que são habitualmente pagos aos segurados, não é razoável supor que essas devoluções sejam feitas mediante o desconto no patamar máximo previsto no Decreto nº 611/92.

4. Reduzir o benefício, pela adequação do seu valor ao efetivamente devido, e ainda mais promover o desconto dos valores pagos indevidamente no percentual de 30%, sem que para o pagamento errôneo tivesse contribuído o beneficiário, de fato, compromete a própria finalidade alimentar da prestação previdenciária.

5. Se de um lado mostra-se harmônico com o princípio da legalidade o desconto de 30%, previsto no Decreto nº 611/92, de outro a fixação do percentual para o desconto no máximo legal ofende ao princípio da razoabilidade que também deve pautar a atividade da Administração.

6. Precedentes deste Tribunal.

7. Honorários advocatícios razoavelmente fixados em 5% (cinco por cento) do valor da causa devidamente corrigido.

8. Apelação e remessa oficial improvidas. Mantida a sentença que reduziu o desconto para 5% (cinco por cento) do valor da renda mensal.

(TRF-1ª Região, AMS 200138010048201/MG, 1ª Turma; Rel. Des. Fed. Antonio Sávio de Oliveira Chaves, Julg. 13.06.2007, DJ 06.08.2007).

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIOS INACUMULÁVEIS. AUSÊNCIA DE PROVA DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. RESTITUIÇÃO. REDUÇÃO DO PERCENTUAL.

1. Tendo o segurado recebido cumulativamente pensão por morte e benefício assistencial, o INSS pode proceder ao desconto dos valores recebidos indevidamente.

2. Não sendo hipótese de má-fé deve o Instituto reduzir o desconto para 15% sobre o valor do benefício, de forma a causar o menor transtorno possível ao impetrante, haja vista tratar-se de verba de caráter alimentar.

(TRF-4ª Região, AMS 20057105008847-8/RS, Turma Suplementar; Rel. Juíza Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, Julg. 28.02.2007, DJ 22.03.2007).

PREVIDENCIÁRIO. DESCONTOS. BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO. VEDAÇÃO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS DESCONTADAS.

- Em se tratando de benefício de valor mínimo, incabível qualquer desconto, sob pena de violação ao disposto no artigo 201, § 2º, da CF/88, na redação dada pela EC nº 20/98. Precedentes desta Corte.

- Como consequência, tratando de benefício de valor correspondente a um salário mínimo, é devida à parte autora a restituição dos valores descontados.

(TRF 4ª Região, Sexta Turma, AC 200271140005561, Julg. 11.06.2008, Rel. Sebastião Ogê Muniz, D.E. 25.07.2008)

Consigno ainda que, nas hipóteses em que o pagamento de valores indevidos é efetuado por força de *determinação judicial, em sede de antecipação dos efeitos da tutela*, entendo que deve haver ponderação entre o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), confronto em que deve preponderar a irrepetibilidade das verbas de natureza alimentar recebidas de boa-fé pelo segurado.

Verifica-se, no caso em tela, que *a autora é beneficiária de aposentadoria por invalidez no valor do salário mínimo* (fl. 17), de modo que a aplicação do percentual de 30% (trinta por cento) de desconto comprometeria a própria finalidade alimentar e de subsistência da prestação previdenciária.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES

0009367-50.2013.4.03.6183

(2013.61.83.009367-5)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Interessado: ANTONIO LAUDECI MANTOVANI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Classe do Processo: EI 1943068

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/03/2015

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E OBSCURIDADE. DESAPOSENTAÇÃO. PROCRASTINAÇÃO DO FEITO POR PARTE DO INSS. APLICAÇÃO DE MULTA EM FAVOR DA PARTE EMBARGADA.

- Desarrazoada a afirmação de omissão na hipótese. Antes de o ente público opor declaratórios, o pronunciamento minoritário já compunha os autos, pelo que bastava ao recorrente compulsá-lo, para conhecer do respectivo conteúdo.

- Inexistência de obscuridade. O recurso é mera repetição de outros anteriormente ofertados.

- *In casu*, as circunstâncias referentes à oposição dos embargos permitem concluir esteja a autarquia federal incorrendo na prática de conduta com vistas ao prolongamento deliberado do trâmite processual, o que, à evidência, não se confunde com lícito direito de recorrer (arts. 14 e 17 do CPC).

- Aplicação, de ofício, da multa do art. 538 do compêndio processual civil, em favor da parte embargada, no importe de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido, desde o ajuizamento do feito, segundo o Provimento "COGE" 64/05.

- Embargos de declaração rejeitados. Aplicada, de ofício, multa.

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 de declaração e condenar, de ofício, o INSS ao pagamento de multa, em favor da parte embargada, no importe de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, corrigido monetariamente, a partir do ajuizamento do feito, segundo o provimento "COGE", nº 64/05, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de março de 2015.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de *embargos declaratórios* do INSS contra acórdão da 3ª Seção, de negativa de provimento de *embargos infringentes* que interpôs de decisão que, por maioria, também desproveu seu *agravo legal*, recurso que manejou para atacar pronunciamento judicial monocrático, “para julgar procedente apenas o pedido de desaposentação, a fim de possibilitar à parte autora seu direito de renúncia para obtenção de benefício mais vantajoso, a ser calculado pelo INSS, com o aproveitamento de todo o tempo de contribuição, sem exigência de devolução dos valores percebidos até a data inicial da nova benesse. *Afastada eventual alegação de decadência.*” (g. n.)

Em resumo, refere que:

- a) verifica-se omissão no julgado, haja vista ausência do teor do voto vencido;
- b) da obscuridade - da impossibilidade de renúncia ao benefício e concessão de nova benesse (desaposentação) - da necessidade de serem previamente restituídas as quantias recebidas pelo autor em razão do benefício renunciado;
- c) constitucionalidade e imperatividade da vedação legal ao emprego das contribuições posteriores à aposentadoria. Compatibilidade do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 com o princípio constitucional da solidariedade. Artigos 3º, I, 40, 194 e 195 da Constituição Federal;
- d) o contribuinte em gozo de aposentadoria pertence a um grupo que apenas contribui para o custeio do sistema, não para a obtenção de aposentadoria;
- e) o artigo 201, § 4º, atual § 11 da CF, remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios;
- f) da autorização constitucional para seleção das prestações oferecidas aos segurados;
- g) a renúncia tal como pretendida implica ofensa aos princípios da segurança jurídica e da legalidade estreita dos atos administrativos (arts. 5º, II e 37, *caput*, CF);
- h) ao aposentar-se em um determinado momento, o segurado fez uma opção por uma renda menor do que poderia vir a receber se adiasse sua aposentadoria para o futuro, mas recebida por mais tempo;
- i) do fator previdenciário;
- j) análise do impacto financeiro da possibilidade de desaposentação do RGPS;
- l) insta salientar que necessária é a devolução antecipada de valores recebidos em razão do benefício renunciado, sob pena de enriquecimento indevido;
- m) vale apontar que o presente recurso se coaduna, ainda, com as orientações talhadas nas súmulas 356 e 282 do STF, perante as quais são indispensáveis os embargos declaratórios para suprir obscuridade e omissão do v. aresto;
- n) nesta trilha, cabível à espécie o entendimento manifestado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao editar o verbete nº 98, de sua súmula: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”;
- o) desta forma, requer o provimento do presente recurso, sanando-se os vícios apontados; inclusive para fins de prequestionamento, possibilitando-se a abertura de instância recursal superior.

É o Relatório.

À mesa.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

A princípio, desarrazoada a afirmação de omissão na hipótese.

Antes de o ente público opor declaratórios, o pronunciamento minoritário já compunha os autos, pelo que bastava ao recorrente compulsá-lo para cientificar-se do respectivo conteúdo (vide fls. 245-247).

Sobre a alegada obscuridade, nenhum dos argumentos trazidos no presente recurso serve a caracterizá-la.

Aliás, peço licença para repetir os motivos expostos pelo Instituto nos diversos instrumentos de irresignação que fez apresentar, salientando consubstanciarem, essencialmente, os mesmos exprimidos nestes embargos:

Agravo - fls. 207-214.

- a) preliminarmente - Decadência - Repercussão Geral reconhecida no RE 626.489/SE;
- b) constitucionalidade e imperatividade da vedação legal ao emprego das contribuições posteriores à aposentadoria;
- c) contribuinte em gozo de aposentadoria - retorno ou permanência em atividade laborativa - contribuições previdenciárias - custeio do sistema e não para obtenção de aposentadoria;
- d) o ato jurídico perfeito não pode ser alterado unilateralmente;
- e) do fator previdenciário;
- f) violação ao art. 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8213/91 - não se trata de mera desaposentação, e
- g) subsidiariamente - necessidade de devolução de todos os valores já recebidos administrativamente, com correção e juros, de uma vez só.

Embargos infringentes, fls. 223-243.

- a) preliminarmente - decadência - repercussão geral reconhecida no re 626.489/se;
- b) constitucionalidade e imperatividade da vedação legal ao emprego das contribuições posteriores à aposentadoria;
- c) contribuinte em gozo de aposentadoria - retorno ou permanência em atividade laborativa - contribuições previdenciárias - custeio do sistema e não para obtenção de aposentadoria.
- d) ao aposentar-se, o segurado fez uma opção por uma renda menor, mas percebida por mais tempo;
- e) o ato jurídico perfeito não pode ser alterado unilateralmente;
- f) violação ao art. 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8213/91 - não se trata de mera desaposentação, e
- g) necessidade de devolução de valores. Enriquecimento ilícito.

O ato decisório que solucionou os infringentes possui fundamentação conforme infra:

Trata-se de embargos infringentes do ente público contra acórdão da 9ª Turma desta Corte, que, por maioria, negou provimento ao agravo que interpôs.

O embargante sustenta o cabimento do recurso, com base na divergência entre o voto proferido pelo Relator, Desembargador Federal Souza Ribeiro (vencedor), no sentido da possibilidade da desaposentação e nova aposentadoria, “sem exigência de devolução dos valores percebidos até a data inicial da nova benesse”, e o prolatado pela Desembargadora Federal Daldice Santana (vencido), para quem a pretensão afigura-se inviável.

Inclino-me pelo voto vencedor.

A priori, não há decadência na espécie.

O art. 103 da Lei 8.213/91, na redação original, referia apenas prescrição, sem nada estabelecer acerca de eventual decadência do direito à revisão de benefício.

A nona reedição da Medida Provisória 1.523, de 27.06.1997 (convertida na Lei 9.528/97), veio instituir prazo decadencial para a revisão em pauta, modificando o art. 103 da Lei 8.213/91 (art. 2º):

“Art. 2º. Ficam restabelecidos o § 4º do art. 86 e o art. 122, e alterados os arts. 11, 16, 48, 55, 57, 58, 75, 86, ‘caput’, 96, 102, 103, 107, 124, 130 e 131 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a seguinte redação:

(...)

‘Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.’”

In casu, desaposentação e rejubilação, contado período suplementar de trabalho, não se confunde com requerimento para simples revisão de beneplácito, situação, essa, sim, abrangida pelo citado art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei 9.528/97).

A propósito:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESAPOSENTAÇÃO. DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL DA NOVA JUBILAÇÃO.

(...)

II - A extensão do disposto no art. 103 da LBPS aos casos de desaposentação é indevida, uma vez que a parte autora pretende o desfazimento do ato de concessão e não a sua revisão.

(...)

VII - Embargos de declaração do INSS e da parte autora rejeitados.” (TRF - 3ª Região, 10ª Turma, AC 1856405, rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, v. u., e-DJF3 25.09.2013) (g. n.)

No mais, o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal refere que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

É certo que a desaposentação não encontra previsão legal, quer para fins de operacionalização quer para fins de impedimento.

Mutatis mutandis, se não é expressamente proibida, o deduzir pretensão para auferi-la constituiria legítimo exercício de direito do particular.

O entrave ao exercício desse direito não é concebível, à luz de artigos tais como 3º, 4º, 5º, incs. XIII e XXXV, 6º, 7º, inc. XXIV, e 201, v. g., a exprimirem princípios e garantias fundamentais (direitos sociais e, mais especificamente, o direito à Previdência Social plena).

Sob outro aspecto, a previdência atrai, inexoravelmente, querença, *in essentia*, continuativa, a se dizer, mediante utilização dos fatores serventes à jubilação primitiva, só que, agora, acrescida de maior lapso temporal e contribuições, a propiciar melhores condições ao requerente, em atenção, justamente, aos preceitos supramencionados.

Outrossim, no que concerne ao art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, tampouco presta-se a infirmar a postulação exprimida.

Mais consentânea exegese do dispositivo legal em comento é a de que apenas configura admoestação àquele que, aposentado, opta por permanecer no exercício de atividade, não se relacionando à situação presentemente controvertida, em que se reivindica somatória de período de labor/contribuições, com vistas a tornar superlativo o precedente beneplácito. Confira-se doutrina de que regras constitucionais ou ordinárias correlatas à hipótese não podem ser aplicadas em desfavor da parte solicitante:

“A desaposentação não possui previsão legal expressa, razão pela qual é negada pelos órgãos administrativos, os quais ainda argumentam pela violação do ato jurídico perfeito e do direito

adquirido.

Todavia, a desaposentação não contraria os citados preceitos constitucionais, que visam a proteção individual, e não podem ser utilizados em desvantagem para o indivíduo e a sociedade. Ademais, a ausência de previsão legal, em verdade, traduz verdadeira possibilidade do indivíduo em demandar o desfazimento de sua aposentadoria, computando-se assim o tempo de contribuição anterior com o novo tempo obtido após o ato de concessão do benefício a ser revertido. O atendimento desta importante demanda social não produz qualquer desequilíbrio atuarial ou financeiro no sistema protetivo, além de atender de maneira adequada os interesses dos segurados.

Após a análise dos principais aspectos da desaposentação, é inevitável concluir-se pela sua legitimidade, seja perante a Constituição, ou mesmo sob o aspecto legal, inexistindo qualquer vedação expressa à opção pelo segurado em desfazer seu ato concessório do benefício previdenciário de aposentadoria, desde que visando prestação melhor, seja no mesmo ou em outro regime previdenciário.

A hermenêutica previdenciária impõe o entendimento mais favorável ao segurado, desde que tal não implique contrariedade à lei ou despesa atuarialmente imprevista. A desaposentação não possui tais impedimentos. Ainda, a ausência de previsão legal permitindo a desaposentação não é obstáculo, pois aos aposentados é permitida qualquer conduta não vedada pela lei ou Constituição.

A desaposentação não prejudica o equilíbrio atuarial do sistema, pois as cotizações posteriores à aquisição do benefício são atuarialmente imprevistas, não sendo levadas em consideração para a fixação dos requisitos de elegibilidade do benefício. Se o segurado continua vertendo contribuições após a obtenção do benefício, não há igualmente vedação atuarial à sua revisão, obedecendo-se assim as premissas jurídicas e atuariais a que se deve submeter a hermenêutica previdenciária.

Não se pode negar a existência da desaposentação com base no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento puro e simples de seu benefício, mas sim a obtenção de nova prestação, mais vantajosa. Este é o verdadeiro conceito da desaposentação.” (ZAMBITTE IBRAHIM, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*, 16ª ed., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 702)

Para além, a devolução de valores não se mostra factível. Preenchidos os requisitos à aposentação, é devida ao segurado a contraprestação respectiva. Por outro lado, não se há de olvidar do caráter alimentar da verba em comento. Ademais, ao voltar a exercer atividade laborativa, foram-lhe descontadas contribuições à Previdência Social (art. 195, § 5º, CF).

Cito julgados convergentes com a tese em foco:

“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 Assusete 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, sub-

metido 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, 1ª Turma, AgRgREsp 1346760, rel. Min. Benedito Gonçalves, v. u., DJe 02.10.2013)

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DECADÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE.

I - Inicialmente, não se conhece do pedido de reconhecimento da decadência do direito de ação, uma vez que tal matéria restou decidida no bojo da decisão monocrática das fls. 139/142 vº, ratificada nos termos do voto condutor, não tendo sido objeto de divergência.

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 - Não há que se falar em devolução dos proventos recebidos, pois, enquanto perdurou a aposentadoria renunciada, os pagamentos efetuados pelo Instituto Previdenciário, de caráter nitidamente alimentar, eram indiscutivelmente devidos, já que advindos de um benefício implantado de forma legítima. Precedente: STJ, Recurso representativo de controvérsia. REsp 1.334.488/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJ: 08/05/2013.

IV - Destarte, deve ser acolhida integralmente a tese esposada no voto condutor, no sentido de se reconhecer o direito à desaposentação, independentemente da devolução dos proventos já pagos em favor da parte segurada.

V - Embargos infringentes parcialmente conhecidos e improvidos.” (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, EI 1931997, rel. Des. Fed. Walter do Amaral, m. v., e-DJF3 24.09.2014)

“EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR.

I - A controvérsia recai sobre a possibilidade de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria por tempo de serviço proporcional, percebida pela parte autora, pela aposentadoria integral, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento.

II - 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 Benjamin, Primeira Seção, DJe 14/05/2013).

III - Não se ignora o julgamento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 661256/SC, Rel. Min. Ayres Britto, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional.

IV - 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).

V - Não há óbice ao julgamento do presente feito.

VI - Desnecessidade de devolução dos valores relativos à aposentadoria renunciada, nos termos do decidido no REsp nº 1.334.488/SC.

VII - Embargos infringentes improvidos.” (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, EI 1873321, rel. Des. Fed. Tania Marangoni, m. v., e-DJF3 09.09.2014)

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DECADÊNCIA. DECISÃO UNÂNIME. NÃO CONHECIMENTO. DESAPOSENTAÇÃO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS. BENEFÍCIO ANTERIOR. DESNECESSIDADE.

1 - Tanto a r. sentença de primeira instância quanto o julgado proferido em âmbito de Turma, este à unanimidade, afastaram a preliminar de decadência. Dessa forma, o debate sugerido pelo embargante sucumbe ante o princípio da dupla conformidade e a ausência dos requisitos específicos do art. 530 do CPC, os quais são restritos exatamente para evitar que a lide avance por tempo indeterminado.

2 - A controvérsia somente estabeleceu-se quanto a ser ou não necessária a devolução do que foi pago ao demandante a título do benefício anterior, questão que, conquanto não aventada diretamente nas razões do recurso sob análise, não chega a lhes ser estranha, na medida em que o INSS discorre acerca do impacto financeiro que provocaria a desaposentação na Previdência Social. Ademais, restou debatida por ambos os votos divergentes a preocupação com o equilíbrio financeiro e atuarial do ente previdenciário, o que, segundo o voto vencido, se daria através da compensação com o que o segurado já recebe.

3 - Afastada a vedação do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, nos termos do v. acórdão embargado, não há que se condicionar o reconhecido direito à desaposentação à devolução das prestações já recebidas por conta de benefício anteriormente deferido, inclusive porque, enquanto aposentado, o segurado fazia jus àquelas parcelas, as quais guardam nítido caráter alimentar.

4 - Embargos infringentes parcialmente conhecidos e, nessa parte, improvidos.” (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, EI 1762095, rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, m. v., e-DJF3 21.05.2014)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e nego provimento aos embargos infringentes.

O que se depreende da situação é que a autarquia federal circunscreve-se, recurso após recurso, a repetir motivação que entende oponível ao raciocínio referente à viabilidade da desaposentação e nova jubilação.

Não obstante, dada a clareza dos atos decisórios a respeito do tema, *ictu oculi*, tem-se que o intuito, agora por força de alegação de existência de mácula prevista no indigitado art. 535, insubsistente, como adrede demonstrado, pretende modificar o deliberado.

Todavia, embargos de declaração não servem para rediscutir a matéria julgada no acórdão embargado (STJ, 1ª T., EDclRO em MS 12.556-GO, rel. Min. Francisco Falcão).

São incabíveis quando utilizados “com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada” (RTJ 164/793).

Encobrimo propósito infringente, devem ser rejeitados: “Os embargos de declaração não são palco para a parte simplesmente se insurgir contra o julgado e requerer sua alteração. Por isso ‘não se admite embargos de declaração com efeitos modificativos quando ausente qualquer dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil’ (STJ-Corte Especial, ED no REsp 437.380, Min. Menezes Direito, j. 20.4.05, DJU 23.5.05).” (NEGRÃO, Theotônio; FERREIRA GOUVÊA, José Roberto; AIDAR BONDIOLI, Luis Guilherme; NAVES DA FONSECA, João Francisco. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 44ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 700)

Outrossim, também para efeito de prequestionamento afiguram-se impróprios, quando não observados, como no caso, os ditames do aludido art. 535. Aliás, acerca do assunto, já se decidiu que: “Mesmo nos embargos de declaração com o fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no artigo 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Este recurso não é meio hábil ao reexame da causa.” (REsp 13843-0/SP-EDcl, rel. Min. Demócrito Reinaldo)

Ainda:

Os embargos prestam-se a esclarecer, se existentes, dúvidas, omissões ou contradições no julgado. *Não para que se adeque a decisão ao entendimento do embargante* (STJ, 1ª T., EDclAgRgREsp 10270-DF, rel. Min. Pedro Aciole, j. 28.8.1991, DJU 23.9.1991, p. 13067). (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 950) (g. n.)

Finalmente, vale a pena ressaltar que:

É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que não viola o CPC 535, 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 controvérsias* (STJ, 1ª T., REsp 990362-SC, rel. Min. Denise Aruda, j. 27.11.2007, v.u., 12.12.2007, p. 414). No mesmo sentido: Inexiste ofensa ao CPC 535, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. *Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão* (STJ, 1ª T., REsp 842735-RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.12.2007, DUJ 5.3.2008, p. 1). (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Op. cit., p. 950) (g. n.)

Essa insistência, aqui em declaratórios, em questionar desmesuradamente decisões desfavoráveis aos repetitivos inconformismos expressados pelo INSS, no meu sentir, não se justifica, ultrapassando os lindes do direito de recorrer.

Para casos que tais, diga-se, dispõem os arts. 14 e 17 do Código de Processo Civil:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra expresso texto de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

No escólio de Nelson Nery, as condutas previstas no art. 17 do citado diploma identificam, positivamente, expressões de ordem subjetiva propostas no art. 14 do mesmo codex, *ipsis litteris*:

Dever das partes e procuradores. Não é ônus mas dever de probidade e lealdade processual, que deve ser observado pelas partes e seus procuradores. Caso a parte ou seu procurador descumpra o dever de probidade, fica sujeita à sanção repressiva do CPC 16 a 18, independentemente do resultado da demanda. O termo “parte” deve ser entendido em seu sentido lato, significando todo aquele que participa do processo, incluindo-se o assistente, o oponente, o litisdenunciado, o chamado ao processo (Arruda Alvim, CPCC, II, 122).

(...)

Conceito de litigância de má-fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma mal-dosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14. (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 365 e 371, notas 2 e 1 aos arts. 14 e 17 do CPC, respectivamente)

Na hipótese, a desmedida reiteração de assunto superado permite, data venia, concluir esteja a autarquia incorrendo na prática de conduta com vistas ao prolongamento deliberado do trâmite processual, o que, à evidência, não se confunde com lídimo direito de recorrer.

Destarte, não obstante esteja a multa, de forma geral, disposta no art. 18 do compêndio processual civil, incide o parágrafo único do art. 538 do CPC, haja vista que específico para os embargos de declaração, motivo pelo qual aplico, de ofício, em favor da parte embargada, multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, corrigido monetariamente, a partir do ajuizamento do feito, segundo o Provimento “COGE” 64/05.

Julgados nesse rumo:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIOS - DISCUSSÃO SOBRE POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA PROCESSUAL A ENTE PÚBLICO (INCRA) - ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER.

1. O INCRA, em patente abuso do direito de recorrer, volta a insistir em questão já julgada, tanto por decisão monocrática, quanto na Segunda Turma, em sede de agravo regimental; qual seja, a questão da incidência da Súmula 07/STJ ao caso dos autos.
2. Não-configuração das hipóteses do art. 535 do CPC, mas sim do art. 538, parágrafo único, do diploma processual, por terem sido os embargos utilizados de forma manifestamente protelatória.

3. Em que pese a existência de precedentes e posicionamento no sentido da impossibilidade de se condenar o ente público ao pagamento de multa, por litigância de má-fé ou por recurso manifestamente abusivo, uma vez que não se poderia obrigá-lo a tanto porque é isento de todo e qualquer tipo de custas processuais, não se há de coadunar com esta posição, pois “custas processuais” não se confundem de modo algum com o caráter penalizante e educador da multa processual.

4. Assim, mais do que mera possibilidade, porém, é dever do magistrado aplicar a multa destacada no parágrafo único do art. 538 do CPC, por ser atribuição do ofício do juiz coibir todo o tipo de chicana processual.

5. À causa, em 8.1.2001, atribui-se o valor de R\$ 88.158,58 (oitenta e oito mil, cento e cinquenta e oito reais e cinquenta e oito centavos). Mostra-se perfeitamente razoável, para este caso de recurso manifestamente protelatório, a imposição de multa no patamar de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, tudo com espeque no art. 538, parágrafo único, do CPC. Embargos declaratórios rejeitados. Aplicação de multa processual no importe de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa. (STJ, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, EDclAgRgREsp 908.224, v. u., DJU 15.02.2008, p. 00084)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EMPRESA INCORPORADORA. INCLUSÃO, NA BASE DE CÁLCULOS DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, DAS CONTRIBUIÇÕES DAS EMPRESAS INCORPORADAS. ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INTUITO PROTETATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EMBARGOS NÃO-CONHECIDOS.

1. Embargos de declaração opostos sob o pretexto de existência de erro material no julgado pois “...restando assentado pelas instâncias ordinárias que os recolhimentos só foram apresentados quando da execução do julgado, torna-se inequívoca a sua exclusão, não pelo argumento de que as empresas incorporadas deveriam pleitear a sua compensação/repetição em nome próprio, mas sim, em face de impossibilidade de execução fora do alcance da coisa julgada”.

2. Não se conhece de embargos de declaração manejados com o intento exclusivo de procrastinar o feito. No caso, a referida ação de conhecimento autuada sob o nº 94.0017830-1, após o início da execução dos honorários advocatícios nos próprios autos da ação de conhecimento, foi reautuada sob nova classe tomando o nº 2000.2535-3, tudo nos termos do Regimento Interno do TRF da 1ª Região, conforme comprovam movimentações em anexo. Ressaltando, portanto, que tal fato não tem o condão de comprovar, como pretende o embargante, que as guias dos “...recolhimentos só foram apresentadas quando da execução do julgado”...

3. Caracterizada a litigância de má-fé do INSS e o evidente intuito de tumultuar, procrastinar o processo e induzir a erro este Colegiado mediante o uso indevido destes embargos declaratórios, deve a autarquia embargante ser condenada na sanção cominada no artigo 18 c/c a multa do artigo 538, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

4. Embargos não-conhecidos. (STJ, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, EDclREsp 645.455, v. u., DJU 17.10.2005, p. 00182)

Na 3ª Seção deste Regional:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE E OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA: APLICAÇÃO DO ART. 285-A, CPC. PROCRASTINAÇÃO DO FEITO POR PARTE DO INSS. APLICAÇÃO DE MULTA EM FAVOR DA PARTE EMBARGADA.

- O acórdão não se apresenta omisso, ininteligível e/ou padecente de qualquer dificuldade interpretativa. Ao revés, expressa, ictu oculi, e de maneira hialina, o juízo de convencimento do Órgão julgador.

- Na verdade, a parte embargante quer imprimir caráter de infringência aos declaratórios.

- *In casu*, as circunstâncias referentes à oposição dos embargos permitem concluir esteja a

autarquia federal incorrendo na prática de conduta com vistas ao prolongamento deliberado do trâmite processual, o que, à evidência, não se confunde com lícito direito de recorrer (arts. 14 e 17 do CPC).

- Aplicação, de ofício, da multa do art. 538 do compêndio processual civil, em favor da parte embargada, no importe de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido, desde o ajuizamento do feito, segundo o Provimento “COGE” 64/05.

- Embargos de declaração rejeitados. Aplicada, de ofício, multa. (EDclAR 4704, rel. Des. Fed. David Dantas, m. v., e-DJF3 11.12.2014)

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. NÃO CARACTERIZADA. EFEITO INFRINGENTE. MULTA. 1% DA CAUSA.

1 - A questão da inadmissibilidade dos embargos infringentes já foi exaustivamente analisada nestes autos, sendo que em todas as decisões proferidas o resultado foi no sentido da impossibilidade de seu manejo em razão da interpretação literal do art. 530 do CPC.

2 - Inadmissibilidade de reexame da causa, por meio de embargos de declaração, para conformar o julgado ao entendimento da parte embargante. Caráter nitidamente infringente.

3 - Reconhecido o caráter protelatório do presente recurso, aplicada multa ao autor no valor de 1% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do disposto no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4 - Embargos de declaração rejeitados. (EDclAR 1267, rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, v. u., e-DJF3 26.03.2014)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO SOBRE TEMA MINUCIOSAMENTE ABORDADO PELO ACÓRDÃO - RECURSO MANIFESTAMENTE PROTRELATÓRIO - IMPOSIÇÃO DE MULTA DE 1% (UM POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CAUSA CORRIGIDO DESDE O AJUIZAMENTO (ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC).

1) O acórdão foi bastante claro, não só sobre o fato da prova indiciária da atividade rural situar-se no ano 2000, mas, também, sobre a controvérsia reinante no STJ acerca da exigência de que ela abarque todo o período de prova.

2) Se o ponto sobre o qual a autarquia alega ter havido omissão mereceu expressa abordagem pelo colegiado, e, mesmo assim, opõe embargos de declaração para que, novamente, volte a se pronunciar sobre o tema, é de se concluir que o objetivo do recurso não é aclarar - e nem mesmo prequestionar - mas procrastinar, indevidamente, o andamento do feito, razão pela qual é de se condená-la a pagar ao réu a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa corrigido desde o ajuizamento (art. 538, parágrafo único, do CPC).

3) Embargos de declaração improvidos, com imposição de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa corrigido desde o ajuizamento. (EDclAgRgAR 8165, rel. Des. Fed. Marisa Santos, v. u., e-DJF3 21.08.2013)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO NÃO CONFIGURADAS. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. Basta uma leitura atenta aos fundamentos do respectivo decisum para constatar que houve pronunciamento sobre todas as questões suscitadas.

2. A pretensão de revisão do julgado, concedendo aos presentes embargos caráter infringente, revela-se inadmissível, quando a decisão assentou que: “Não há dispositivos expressos na Lei Complementar nº 11/71 acerca do termo inicial do benefício da pensão nem contém qualquer condicionamento de sua concessão ao prévio requerimento administrativo”. Outrossim na disciplina da Lei Complementar nº 16/73 o seu artigo 8º expressamente estabeleceu a data inicial do benefício de pensão, dispondo: “São fixadas como datas em que passam a ser devidas as mensalidades relativas aos benefícios de que tratam a ser devidas as mensalidades

relativas aos benefícios de que tratam os artigos 4º, 5º e 6º, da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, a da entrada do requerimento para a aposentadoria por velhice, a do respectivo laudo médico no que respeita à aposentadoria por invalidez, e aquela da ocorrência do óbito, quanto à pensão” (grifei).

3. Os embargos declaratórios não se prestam à revisão do julgado, porque tenha este, à óptica do recorrente, trazido decisão contrária a posicionamentos doutrinários ou jurisprudenciais que tem como corretos, ou o mandamento da lei que vê aplicável à espécie ou porque contenha equivocada análise das provas acostadas. O juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

4. Cumpre asseverar, ainda, que o escopo de pré-questionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil. Tendo em vista a não configuração de nenhum deles, a rejeição do presente recurso integrativo é medida que se impõe. (STJ; EADRES 200901235613; 1ª Seção, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. em 25.11.2009; DJE 30.11.2009)

5. Ressalta-se que embargos declaratórios que não se revelem pertinentes à luz do art. 535 do Código de Processo Civil, podem representar ausência de comportamento ético-jurídico na sua utilização, capaz de sujeitar o interponente ao pagamento de multa devida por procrastinação, e violação dos consagrados princípios que obrigam às partes atuar no processo com lealdade e boa-fé, conforme preceitua o artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

6. Embargos de declaração não providos. (EDclAR 223, rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, v. u., e-DJF3 04.07.2012)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONDENADO, DE OFÍCIO, O INSS AO PAGAMENTO DE MULTA, EM FAVOR DA PARTE EMBARGADA, NO IMPORTE DE 1% (UM POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CAUSA, CORRIGIDO MONETARIAMENTE, A PARTIR DO AJUIZAMENTO DO FEITO, SEGUNDO O PROVIMENTO “COGE” 64/05.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0001555-69.2014.4.03.6102

(2014.61.02.001555-0)

Agravante: ERIBERTO JOSÉ PRONESTINO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 120/121

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: ERIBERTO JOSÉ PRONESTINO

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe do Processo: AMS 353816

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). PODERES DO RELATOR. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS. RESSARCIMENTO DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. PERMISSÃO. PRECEDENTES DO E. STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1 - É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC).

2 - O denominado agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

3 - Não se desconhece a existência de corrente jurisprudencial que rechaça a devolução de valores na hipótese de terem sido estes recebidos de boa-fé, decorrentes de tutela antecipada posteriormente revogada. Todavia, em recente decisão proferida em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (REsp nº 1.416.294/RS, 1ª Seção, pendente de publicação), o Colendo Superior Tribunal de Justiça acabou por firmar orientação em sentido contrário, carreando ao titular do direito patrimonial a responsabilidade de restituir o numerário auferido, no caso de revogação do provimento antecipatório.

4. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de março de 2015.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de *agravo* legal (art. 557, § 1º, do CPC) oposto por ERIBERTO JOSÉ PRONESTINO em face da decisão monocrática de fls. 120/121, que deu provimento à apelação do INSS, à remessa oficial, permitindo ao INSS que proceda ao desconto no benefício do impetrante da parcela correspondente a até 30% (trinta por cento), de forma a permitir o ressarcimento dos valores que lhe foram indevidamente pagos.

Razões recursais às fls. 124/127, oportunidade em que o Impetrante sustenta não serem devidos os valores pretendidos pelo INSS, na medida em que foram recebidos de boa-fé e por força de decisão judicial. Por fim, alega que se trata de verba com cunho alimentar.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

A decisão ora recorrida, no particular, encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

Vistos, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil.

O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, destinado a proteger direito líquido e certo da violação efetiva ou iminente, praticada com ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público), diretamente relacionada à coação, de vez que investida nas prerrogativas necessárias a ordenar, praticar ou ainda retificar a irregularidade impugnada, a teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 1.533/51 e art. 1º da atual Lei nº 12.016/09.

No caso *sub examen*, noticia o *writ* ter o impetrante ajuizado demanda em face do INSS, perante o Juizado Especial Federal, objetivando o reconhecimento de períodos laborados em condições especiais e a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço. Naquela sede, por r. sentença datada de 14 de maio de 2007 e trasladada às fls. 17/20, o pedido fora julgado procedente e concedida a aposentadoria pleiteada, a contar da data de juntada do laudo pericial (30 de setembro de 2005), oportunidade em que foram antecipados os efeitos da tutela e determinada a implantação do benefício, providência essa efetivada pela Autarquia Previdenciária.

Remetidos os autos à Turma Recursal por força de insurgência apresentada por ambos os litigantes, aquele colegiado, em sessão realizada aos 28 de abril de 2011, modificou parcialmente a sentença para fixar o dies *a quo* da aposentadoria na data do requerimento administrativo (02 de março de 2005), em atendimento ao apelo do autor (fls. 21/25).

Corolário lógico da condenação transitada em julgado, o INSS recalculou a renda mensal inicial do benefício concedido ao segurado, agora levando-se em conta, como período básico de cálculo, os salários de contribuição anteriores à data do requerimento administrativo, resultando em *RMI inferior* àquela então estimada quando do cumprimento da tutela antecipada. Feito o encontro de contas, apurou-se complemento negativo da ordem de R\$ 20.802,95, resultante do pagamento de renda mensal equivocada no período em que vigente o provimento antecipatório (maio de 2007 a abril de 2011).

Ato contínuo, reajustada a renda mensal atual da aposentadoria por tempo de serviço com seu valor definitivo - com o qual, registre-se, concorda expressamente o beneficiário -, passou o

INSS a efetuar consignações mensais equivalentes a 30%, a fim de ver ressarcida a diferença paga indevidamente. *Daí a presente impetração.*

Com esse breve histórico, entendo assistir razão ao INSS.

Isso porque o art. 115, II, da Lei nº 8.213/91 contempla a possibilidade de descontos de pagamento de benefício além do devido, *in verbis*:

“Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:

I - contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social;

II - pagamento de benefício além do devido;

III - Imposto de Renda retido na fonte;

IV - pensão de alimentos decretada em sentença judicial;

V - mensalidades de associações e demais entidades de aposentados legalmente reconhecidas, desde que autorizadas por seus filiados”.

Não se desconhece a existência de corrente jurisprudencial que rechaça a devolução de valores na hipótese de terem sido estes recebidos de boa-fé, decorrentes de tutela antecipada posteriormente revogada. Todavia, em recente decisão proferida em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (REsp nº 1.416.294/RS, 1ª Seção, pendente de publicação), o Colendo Superior Tribunal de Justiça acabou por firmar orientação em sentido contrário, carreando ao titular do direito patrimonial a responsabilidade de restituir o numerário auferido, no caso de revogação do provimento antecipatório.

É da literalidade do art. 475-O, I e II, do Código de Processo Civil, que a execução provisória da sentença corre por iniciativa, conta e responsabilidade do credor, restituindo-se as partes ao estado anterior no caso de decisão que a modifique. Em outras palavras, sobrevindo alteração nos parâmetros do julgado executado provisoriamente - no caso, por decisão antecipatória de tutela -, as partes deverão ajustar-se à nova situação, seja por eventual incremento pecuniário no caso do devedor, seja pela restituição do quantum adimplido indevidamente, no caso do credor.

Não cabe aqui, a meu julgar, perquirir-se acerca de eventual boa-fé no recebimento dos valores, ou mesmo invocar a natureza alimentar dos proventos, de sorte a eximir o beneficiário de sua devolução. Está-se a cuidar de antecipação dos efeitos da sentença e, nessa quadra, de verdadeira execução provisória.

A esse respeito, oportuna a transcrição de excerto contido na obra “Tutela Antecipada na Seguridade Social”:

“Por outro lado, convém referir que a regra da irrepetibilidade das prestações alimentares stricto sensu (...) não tem aplicabilidade ao caso de prestações previdenciárias e assistenciais, incumbindo ao autor da ação, se vencido, ressarcir o réu de tudo quanto tenha despendido no cumprimento da medida antecipatória da tutela. De rigor, a aceitação da irrepetibilidade legal - a irrepetibilidade material de fato é bastante comum e não tem relevância para o direito - somente viria constituir mais um obstáculo à tutela de urgência. Na verdade, mais um argumento a ser utilizado por quem deva se submeter a seus efeitos.

O que se deve observar, para a hipótese de devolução de valores em decorrência da revogação da liminar antecipatória ou do juízo definitivo de improcedência da pretensão, no caso de segurado ou pensionista que continue percebendo proventos previdenciários (com dedução, portanto, dos valores nos proventos), é o mínimo constitucional previsto no art. 201, § 2º da CF, ou seja, um salário mínimo”.

(Paulo Afonso Brum Vaz, Ed. LTR, p. 153/154).

Também não há que se invocar, como argumento bastante à inibição dos descontos, o princípio constitucional da dignidade humana. Não se perca de vista que os valores pagos pelos cofres da Previdência Social durante significativo espaço de tempo decorreram das contribuições vertidas ao regime por toda a sociedade, de forma direta e indireta, de acordo com o princípio da solidariedade social estabelecido no art. 195 da CF/88, contribuições essas que não se destinam somente, e a qualquer custo, à satisfação dos interesses particulares, mas sim ao financiamento de todo o sistema. Por outro lado, é certo que o impetrante já efetuou

o levantamento dos valores em atraso do benefício que lhe fora concedido, no importe de R\$ 75.412,55 (fls. 45/46).

Dessa forma, sopesados os princípios envolvidos na situação fática ora retratada, caminho no sentido da possibilidade de continuidade dos descontos levados a efeito pelo INSS no benefício do segurado.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *dou provimento à apelação do INSS, à remessa oficial e denego a segurança*, nos termos da fundamentação, permitindo ao INSS proceda ao desconto no benefício do impetrante da parcela correspondente a até 30% (trinta por cento), de forma à permitir o ressarcimento dos valores que lhe foram indevidamente pagos.

Comunique-se o INSS.

Após as formalidades legais, transitada em julgado a presente decisão, retornem os autos à origem.

Intime-se.

É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC).

De seu lado, o denominado *agravo* legal (art. 557, § 1º, do CPC) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

Aliás, “Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de *agravo* previsto no art. 557, parágrafo 1º, do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator quando bem fundamentada e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder” (TRF 3ª Região, 5ª Turma, AG nº 2007.03.00.018620-3, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03/09/2007, DJU 23/10/2007, p. 384).

No caso dos autos, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo.*

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0004286-11.2014.4.03.0000
(2014.03.00.004286-6)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: EDINÉIA RONCOLETTA (incapaz)
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: AR 9757
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ERRO DE FATO NÃO CARACTERIZADO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. ÓBICE DA COISA JULGADA. RECEBIMENTO DE PENSÃO PELA GENITORA DA AUTORA. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. REVISÃO ADMINISTRATIVA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1. Segundo a parte autora, o aresto rescindendo incorreu em erro de fato por não ter “verificado no curso do processo que a genitora da Requerida recebia pensão por morte em decorrência do falecimento do genitor da Requerida, cuja renda mensal familiar per capita alcançada (sic) valor superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo”.
2. Na ação subjacente, em momento algum houve menção ao recebimento de pensão por morte pela genitora no valor de R\$ 2.224,80 (dois mil duzentos e vinte quatro reais e oitenta centavos).
3. À luz do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, é ônus do réu trazer aos autos elementos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado pelo autor.
4. Não obstante as inúmeras oportunidades, o INSS somente apresentou tal informação, relevante e pertinente ao deslinde da controvérsia travada no feito originário, no âmbito desta ação rescisória.
5. Nem se alegue o desconhecimento da autarquia sobre os fatos apontados, já que as informações inerentes à pensão por morte encontram-se acostadas em seu banco de dados, do qual se extrai a concessão do benefício (1997) em data anterior ao ajuizamento da ação subjacente (2003).
6. Nesse aspecto, não há como transferir o erro na condução da defesa ao julgador da decisão rescindenda, o qual proferiu julgamento condizente com as provas existentes nos autos, ou seja, renda familiar variável de R\$ 300,00.
7. Evidenciados a controvérsia sobre a alegação (deficiência e miserabilidade declarada) e o efetivo pronunciamento a respeito da matéria, com base nos *elementos constantes dos autos*, indevida é a rescisão do julgado com base no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, porquanto não se cuida a rescisória de via recursal com prazo de dois anos.
8. Violação de lei também não há. Com base no princípio do livre convencimento motivado, a prestação jurisdicional foi entregue de acordo com uma das soluções possíveis para a *situação fática apresentada*, à luz da legislação de regência.

9. Pelos fundamentos invocados pelo INSS, não vejo como superar o óbice da coisa julgada, embora a atuação da parte autora resvale em conduta que o ordenamento jurídico sanciona.

10. O fato de a coisa julgada não alcançar os motivos e a verdade formalmente estabelecida como fundamentos da sentença não significa que, alteradas as premissas fáticas, outra não deva ser a consequência jurídica aplicável.

11. Não tendo a questão da pensão por morte, recebida pela genitora da autora, constituído premissa do julgado, nada obsta que seja observada pelo INSS a qualidade de “alteração fática”, apta a acarretar a consequência jurídica pertinente, qual seja, a revisão prevista no artigo 21 da Lei n. 8.742/93.

12. Ação rescisória improcedente.

13. Condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 800,00.

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, *julgar* improcedente o pedido formulado nesta rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de abril de 2015.

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 - em face de Edineia Roncoletta, representada por sua genitora Eloisa Oreana Roncoletta, para, com fundamento no artigo 485, incisos V e IX, do CPC, desconstituir a r. decisão que, ao manter a sentença recorrida, julgou procedente o pedido de concessão de concessão de benefício assistencial.

Em síntese, alega ter a decisão rescindenda incorrido em erro de fato e violação ao § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, ao conceder o benefício assistencial *sem* atentar para o fato da renda familiar suplantarem o limite legal, pois a mãe da ré percebe pensão por morte no valor de R\$ 2.224,80 (dois mil duzentos e vinte quatro reais e oitenta centavos), conforme extrato do CNIS/DATAPREV ora juntado.

Pretende a rescisão do julgado e, em consequência, nova apreciação do pedido originário, para considerá-lo improcedente.

Requer a concessão dos efeitos da tutela jurisdicional antecipada, para suspensão da execução e do pagamento mensal do benefício.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 14/178.

Às fls. 180/181 foram deferidos os pedidos de dispensa do depósito prévio da multa a que alude o artigo 488 do CPC, bem como de antecipação dos efeitos da tutela jurídica, para suspender tão somente a execução do julgado rescindendo até julgamento de mérito da ação

rescisória, postergada a apreciação da tutela antecipada quanto à suspensão do pagamento mensal do benefício para depois da vinda da contestação.

Devidamente citada, a ré deixou transcorrer sem manifestação o prazo assinalado para resposta (fl. 191).

O despacho de fl. 192 declarou a ausência de revelia em ação rescisória, bem como a desnecessidade, neste caso, de dilação probatória e de abertura de vista às partes para razões finais.

Na sequência, o DD. Órgão do Ministério Público Federal (fls. 194/197) opinou pela procedência desta ação rescisória e pela expedição de ofício ao INSS para que interrompa o pagamento mensal, já que a tutela antecipada alcançou apenas valores atrasados. Ressaltou, ainda, a incumbência do INSS quanto à adoção das providências cabíveis para reaver os valores indevidamente pagos.

À fl. 205 entendeu-se pela extensão da tutela antecipada à suspensão do pagamento mensal do benefício.

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 artigo 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 a autora desconstituir o v. julgado que, ao manter a sentença recorrida, julgou procedente o pedido de concessão de benefício assistencial.

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 (artigo 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 25/2/2014 e o trânsito em julgado do *decisum*, em 18/4/2013 (fl. 173).

Passo ao juízo rescindendo.

A solução da lide demanda a análise das hipóteses de erro de fato e violação de lei. Estendê-la para outras circunstâncias não alegadas significa dar interpretação não pretendida pelo legislador e ampliar a possibilidade de recursos, suficientemente *elástica* no sistema processual brasileiro.

Início pelo erro de fato.

Segundo a parte autora, o aresto rescindendo incorreu em erro de fato, por não ter “verificado no curso do processo que a genitora da Requerida recebia pensão por morte em decorrência do falecimento do genitor da Requerida, cuja renda mensal familiar per capita alcançada (sic) valor superior a ¼ do salário mínimo”.

Dispõe o artigo 485, inciso IX e §§ 1º e 2º, do CPC:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

...

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

...

§ 1º - Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º - É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Preleciona a doutrina (g. n.):

Prosseguem os §§ 1º e 2º dispondo que há erro de fato quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

O texto é de difícil compreensão. Se *não houve* pronunciamento judicial sobre o fato, como é possível ter havido o erro? *O erro é exatamente o acolhimento de um fato inexistente como existente, ou o contrário.* O que a lei quer dizer, porém, é o seguinte: o *erro de fato*, para ensejar a rescisória, não pode ser aquele que resultou de uma escolha ou opção do juiz diante de uma controvérsia. O erro, no caso relevante, é o que passou despercebido pelo juiz, o qual deu como existente um fato inexistente ou vice-versa. Se a existência ou inexistência do fato foi ponto controvertido e o juiz optou por uma das versões, ainda que erradamente, não será a rescisória procedente. E tal restrição tem razão de ser. Os graus de jurisdição, os recursos, têm por finalidade precípua a resolução de fatos controvertidos, de modo que, se qualquer erro pudesse tornar a sentença rescindível, ficaria seriamente abalada a estabilidade propiciada pela coisa julgada. O *erro de fato* refere-se, apenas, a questões não resolvidas pelo juiz. Porque também, mesmo sem ter havido controvérsia, se o juiz examinou a questão explicitamente e concluiu que tal fato existia, ou não, a sentença permanece. (GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 11. ed., v. II. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 426-427)

Na ação subjacente, em momento algum houve menção ao recebimento de pensão por morte pela genitora no valor de R\$ 2.224,80 (dois mil duzentos e vinte quatro reais e oitenta centavos).

À luz do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, é ônus do réu trazer aos autos elementos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado pelo autor.

Não obstante as inúmeras oportunidades, o INSS somente apresentou tal informação, relevante e pertinente ao deslinde da controvérsia travada no feito originário, no âmbito desta ação rescisória.

Nem se alegue o desconhecimento da autarquia sobre os fatos apontados, já que as informações inerentes à pensão por morte encontram-se em seu banco de dados, do qual se extrai a concessão do benefício (1997) em data anterior ao ajuizamento da ação subjacente (2003).

Nesse aspecto, não há como *transferir o erro* na condução da defesa ao julgador da decisão rescindenda, o qual proferiu julgamento condizente com as provas existentes nos autos. Confira-se:

De acordo com o laudo médico pericial de interdição, às fls. 11/12, realizado em 23 de Setembro

de 2002, a Autora, Edinéia Roncoletta, é portadora de síndrome de Down, retardo mental, glaucoma e estrabismo, enquadrando-se, segundo o perito, no quadro de deficiência que a incapacita total e permanentemente para os atos da vida civil.

O estudo social (fl. 167/172), realizado em 03 de Dezembro de 2009, revela que a Autora reside em imóvel composto por cinco cômodos, em bom estado de conservação. O núcleo familiar é composto pela Requerente, por sua genitora, Eloísa Oreana Roncoletta, 61 anos, trabalha informalmente como costureira, e por seu irmão, Anivaldo Roncoletta, 42 anos, desempregado. No entanto, a concepção de família será compreendida de acordo com o disposto nos termos do artigo 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93 c.c. o artigo 16 da Lei nº 8.213/91. Desse modo, não se pode considerar qualquer renda auferida por seu irmão, bem como não podemos computá-lo para efeitos de contabilidade da renda mensal per capita. A renda mensal familiar é proveniente do trabalho da mãe da Autora como costureira, perfazendo o valor médio de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Destarte, a Autora preenche os requisitos necessários à concessão do benefício.

Assim, evidenciados a controvérsia sobre a alegação (deficiência e miserabilidade declarada) e o efetivo pronunciamento a respeito da matéria, com base nos *elementos constantes dos autos*, indevida é a rescisão do julgado com base no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, porquanto não se cuida a rescisória de via recursal com prazo de dois anos.

A alegação foi examinada tal como revelada nos autos. O vício está na qualidade da prova e não no julgamento que a acolheu como premissa.

Por oportuno, cito precedentes:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INCS. V, VII E IX, CPC. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA (ARTS. 48 E 143 DA LEI 8.213/91).

- Matéria preliminar que se confunde com o mérito e como tal é analisada.

(...)

- Art. 485, inc. IX, CPC (erro de fato): descaracterização da hipótese. Dá-se erro de fato quando a decisão admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial a respeito. O decisum deve ter-se fundado no erro, observável *ictu oculi*, não se admitindo na rescisória, ainda, produção de quaisquer provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz ou que ocorrera o fato por ele considerado existente.

- A decisão analisou o conjunto probatório como um todo; prova material e oral. Na formação do juízo de convicção do Órgão julgador, tal conjunto foi desconstituído e considerado insuficiente à obtenção da prestação previdenciária.

- Pedido rescisório julgado improcedente.

(TRF/3ª Região, Ação Rescisória nº 2008.03.00.001804-9, rel. VERA JUCOVSKY, j. 9/6/2011, decisão unânime)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. PRONUNCIAMENTO EXPRESSO SOBRE A PROVA APRESENTADA. ERRO DE FATO NÃO CARACTERIZADO.

1 - A matéria preliminar aduzida pelo INSS em contestação, assinalando inexistir “erro de fato”, confunde-se com o mérito da demanda.

2 - Ação rescisória tendo por base a alegação de ocorrência de “erro de fato”, uma vez que teria considerado inexistente fato que efetivamente ocorreu (artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil).

3 - Tendo o aresto rescindendo apreciado todos os elementos probatórios, em especial os documentos carreados aos autos, é patente que o autor, ao postular a rescisão do julgado, na

verdade busca a reapreciação da prova produzida na ação subjacente.

4 - Certo é que a ação rescisória não é via apropriada para corrigir eventual injustiça decorrente de equivocada valoração da prova, não se prestando, enfim, à simples rediscussão da lide, sem que qualquer das questões tenha deixado de ser apreciada na demanda originária.

5 - Preliminar rejeitada. Pedido rescisório julgado improcedente.

(TRF/3ª Região, Ação Rescisória nº 2002.03.00.029421-0, rel. Lucia Ursaiá, j. 14/04/2011, decisão unânime)

Prossigo com o exame da alegada *violação literal* à disposição de lei.

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)

O julgado rescindendo, com base no exame das provas existente nos autos, considerou preenchidos, pela parte autora, os requisitos legais necessários à concessão do benefício de amparo social, nos termos dos artigos 203, inciso V, da Constituição Federal e 20 da Lei nº 8.742/93.

Com efeito, entendo não terem sido violados os dispositivos apontados. Com base no princípio do livre convencimento motivado, a prestação jurisdicional foi entregue de acordo com uma das soluções possíveis para a situação fática apresentada, à luz da legislação de regência.

É importante frisar que a reapreciação dos fatos e das provas relativos à causa originária, a pretexto de corrigir eventual injustiça, não autoriza o manejo da ação rescisória.

Nesse sentido já se pronunciou esta 3ª Seção (g. n.):

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. MERA TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO.

I - Embora parte da jurisprudência entenda que a juntada de declaração de voto vencido não é essencial para a interposição e conhecimento dos embargos infringentes, uma vez que o limite da devolução deste recurso poderia ser aferido a partir da conclusão dos votos vencedores e vencido, penso que, no caso em pauta, a falta do voto divergente poderia, de fato, ensejar prejuízo à parte recorrente e, por conseguinte, a nulidade do r. julgado.

II - O afastamento da preclusão consumativa se justifica, não só em atenção ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da CF), mas também como

forma de se evitar possível alegação de cerceamento de defesa.

III - A manutenção, pelo v. acórdão rescindendo, da sentença concessiva de aposentadoria por idade rural em favor da ora ré encontrou respaldo nas provas colhidas no curso da instrução processual da ação originária, provas estas que, no entender do órgão julgador, se apresentaram suficientes ao preenchimento dos requisitos legais exigidos. Ou seja, da análise dos documentos constantes da ação originária, conclui-se que o E. Julgador não errou ou decidiu contra a lei ao proferir a r. decisão rescindenda. Ao contrário. O fez de forma coerente, amparado no conjunto probatório.

IV - A juntada posterior, já no bojo da presente ação rescisória, de documentos constantes do processo administrativo de concessão de aposentadoria por tempo de serviço ao cônjuge da parte ré, os quais já se encontravam em poder do INSS quando do transcurso da ação originária, por si só, não é apto a ensejar a ocorrência de violação à literal disposição de lei.

V - O exame dos autos aponta que a Autarquia Previdenciária está tentando se utilizar da presente ação rescisória para compensar a defesa deficiente que apresentou na ação originária. Pretende, de fato, é reabrir uma discussão amplamente aforada e debatida, o que não se pode admitir, uma vez que a ação rescisória não se presta a socorrer o inconformismo do sucumbente, especialmente ante um julgamento baseado nos princípios norteadores do direito e da legalidade, fundado em provas e circunstâncias cuja falsidade sequer se cogita.

VI - Matéria preliminar rejeitada. Embargos infringentes a que se dá provimento. (grifei)

(TRF3, Terceira Seção, Embargos Infringentes em Ação Rescisória nº 2002.03.00.006960-2, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, votação por maioria, disponibilizado no Diário Eletrônico no dia 4/7/2012)

Ora! Se a procuração e a declaração de pobreza traziam a qualificação da representante da autora - e membro do grupo familiar - como pensionista, a defesa que se esperaria do Erário deveria conter argumentos de não comprovação da miserabilidade tendo em vista a percepção de benefício previdenciário pela genitora ou prova de que o valor recebido não comportaria a concessão do benefício reclamado.

Como se não bastasse, a sentença foi proferida apenas com elemento de prova testemunhal, a qual, embora no afã de “produzir a renda” familiar tenha asseverado que não sabia “precisar a importância que auferia a genitora da requerente com tais atividades, mas acha que ‘é pouco’,” (...) “não obtém nem cerca de 1 salário mínimo por mês, uma vez que ‘vende as coisas bem baratinho,’” declarou desconhecimento de benefício de pensão por morte deixado pelo genitor da autora.

Essa *insuficiência* probatória motivou a conversão do julgamento da apelação do INSS em diligência para produção de laudo social, que conclui:

(...)

Receitas Fixas -

Receitas Variáveis - Trabalho informal como costureira: R\$ 300,00

(...)

O grupo familiar reside em casa própria, em condições favoráveis. A família não conta renda fixa.

(...)

VIII - Conclusão:

Por intermédio nossa observação: Entrevista domiciliar, análise dos documentos que identificam, registram os contratos de trabalho (Carteira de Trabalho e Previdência social), da leitura e da interpretação do discurso da entrevista e com base na exposição dos fatos socioeconômicos utilizados para análise, constatam-no que a família da Sra. Edneia Rocoletta, está passando por situação de problema financeiro e de saúde.

Diante dos elementos probatórios da alegação, não se pode concluir que o órgão julgador tenha deixado de aplicar a lei à demanda ou, ao aplicá-la, conferiu-lhe interpretação errônea e dissociada do que se pode extrair de seus termos.

Assim, pelos fundamentos invocados pelo INSS, não vejo como superar o óbice da coisa julgada, embora a atuação da parte autora resvale em conduta que o ordenamento jurídico sanciona.

Contudo, o fato de a coisa julgada não alcançar os motivos e a verdade formalmente estabelecida como fundamentos da sentença não significa que, alteradas as *premissas fáticas*, outra não deva ser a consequência jurídica aplicável.

Quanto ao benefício assistencial, por ser-lhe ínsita a precariedade, qualquer alteração fática que torne insubsistentes os pressupostos de sua concessão, deve levar à sua revisão.

No caso em questão, a coisa julgada formou-se tendo por premissa a miserabilidade do núcleo familiar, caracterizada por renda total de R\$ 300,00 e despesas fixas de R\$ 333,00.

Posteriormente, aferiu-se que, além daquele valor, a renda familiar era composta de pensão por morte recebida pela genitora da parte autora no valor de R\$ 2.224,80.

Dessa forma, não tendo essa circunstância constituído premissa do julgado, nada obsta que seja observada pelo INSS a qualidade de “alteração fática”, apta a acarretar a consequência jurídica pertinente, qual seja, a revisão prevista no artigo 21 da Lei nº 8.742/93.

Diante do exposto, *julgo* improcedente o pedido formulado nesta ação rescisória.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais).

Oficie-se ao D. Juízo de Origem.

É como voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0022962-07.2014.4.03.0000

(2014.03.00.022962-0)

Agravante: ADAIR FIDELIS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 298/301

Agravante: ADAIR FIDELIS

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Partes Rés: VALCAMPO COM. DE PECAS AGRÍCOLAS LTDA. E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS DELGADO

Classe do Processo: AI 540395

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BEM DE FAMÍLIA. NÃO COMPROVAÇÃO. IMÓVEL INABITADO. CONSTRIÇÃO. POSSIBILIDADE. 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. Para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade.

3. Da análise dos elementos de prova carreados aos autos pelo agravante em cotejo com o que foi apurado nas diligências levadas a efeito pelos Oficiais de Justiça Avaliadores às fls. 228 e 269/271, as quais possuem fé pública, não restou demonstrado que o imóvel matriculado sob o nº 21.104, registrado no 7º Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição/MS, de propriedade do agravante, possa ser considerado bem de família.

4. Com efeito, os Oficiais de Justiça Avaliadores fizeram em torno de 17 visitas ao local, no período entre 10 e 21 horas, sem que nunca tivessem encontrado o autor, sua esposa ou um dos dois filhos, tampouco foram identificados por quaisquer vizinhos ou funcionários do condomínio (zelador e porteiros), pelo contrário, todos afirmam que o imóvel encontrava-se inabitado, o que é corroborado por outros documentos acostados aos autos.

5. É pacífica a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o único bem de família não perde os benefícios da impenhorabilidade se os devedores nele residirem ou, ainda que nele não residam, seja o imóvel destinado à subsistência do núcleo familiar.

6. No caso em tela, o conjunto probatório dos autos não foi suficiente para comprovar que o devedor ou quaisquer outros integrantes de sua família efetivamente residem no imóvel alcançado pela constrição judicial, bem como, nada foi alegado pelo agravante no sentido de o imóvel estar alugado para fins de constituição de renda, destinando-se, assim, à subsistência da família.

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, 23 de abril de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de agravo interposto por ADAIR FIDELIS, com fulcro no artigo 557, § 1º do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática de fls. 298/301 que, nos termos do artigo 557, *caput* do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão que, em autos de execução fiscal, diante da constatação feita pelo Oficial de Justiça Avaliador de que o executado e sua família não residem no imóvel localizado na Rua Brigadeiro Machado, nº 368, bloco 8, apto. 110, residencial Ana Clara, manteve a penhora sobre o imóvel em questão.

Sustenta o agravante, em síntese, que o imóvel supracitado constitui bem de família, de modo que seria impenhorável. Afirma que se trata de único bem imóvel de sua propriedade, utilizado para moradia familiar, sendo equivocada a conclusão adotada na decisão agravada de que o referido bem estaria inabitado. Destaca que, inicialmente, na primeira tentativas de cumprimento do mandado de constatação a Oficiala de Justiça, compareceu ao local por três vezes, e não tendo encontrado ninguém no imóvel, bem como, com base em testemunho de um vizinho, do porteiro (à época recém contratado do condomínio) e do zelador (cujo turno de trabalho era somente até às 17 horas, certificou que o executado não residia no local. Aduz que, após ter requerido a realização de novas diligências, estas foram realizadas em período em que, "por questões de trabalho e de foro íntimo" o agravante e seus familiares sequer permaneciam na residência, de modo que, o Oficial de Justiça certificou ter constatado que o executado e sua família não residiam no local. Argumenta que as certidões não poderiam ser consideradas isoladamente, haja vista existir nos autos outros elementos (tais como, comprovantes de residência) que, diferentemente das certidões dos Oficiais de Justiça, comprovam que o agravante reside no imóvel penhorado. Alega que, ainda que o imóvel não fosse utilizado como residência familiar, a impenhorabilidade não poderia ser afastada, segundo orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, visto que o conceito de bem de família para fins de impenhorabilidade é amplo, restando indiscutível a necessidade de desconstituir a penhora.

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:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ADAIR FIDELIS em face de decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 6ª Vara de Campo Grande/MS que, em autos de execução fiscal, diante da constatação feita pelo Oficial de Justiça Avaliador de que o executado Aldair Fidelis e sua família não residem no imóvel localizado na Rua Brigadeiro Machado, nº 368, bloco 8, apto. 110, residencial Ana Clara, manteve a penhora sobre o imóvel em questão.

Sustenta o agravante, em síntese, a nulidade da penhora que recaiu sobre o imóvel de matrícula nº 21.104, registrado no 7º Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição/MS, por ser bem de família e servir como sua residência não pode ser penhorado, além de ser o único imóvel de sua propriedade, conforme comprovam as cópias da referida matrícula e das Certidões Negativas de Imóveis expedidas em seu nome pelos demais Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca de Campo Grande/MS. Aduz que trouxe aos autos ainda, como prova de suas alegações, contas de energia elétrica e taxa de condomínio, faturas de cartão de crédito, todos relativos ao endereço do imóvel ora constricto. Afirma que, na época em que figurava como sócio da empresa executada, o agravante tinha domicílio no imóvel em comento, conforme se depreende da 1ª Alteração do Contrato Social acostada aos autos. Defende que as diligências efetuadas pelos oficiais de justiça foram realizadas em período em que o agravante e sua família, por questão de trabalho e de foro íntimo, sequer “paravam” em casa, o que prejudicou a realização das diligências; e que, em razão de não ter encontrado o agravante e sua família durante o período das diligências, aliado às informações que recebeu de alguns funcionários e de um morador, o oficial de justiça lavrou a certidão de fls. 243/245, atestando que o imóvel não era sua moradia; no entanto, a realidade fática é diversa, vez que o apartamento penhorado é utilizado como sua moradia. Sustenta que, embora as certidões lavradas pelos serventuários gozem de fé pública, é inegável que as mesmas não possuem presunção de veracidade absoluta, podendo ser elididas mediante provas robustas, o que ocorreu no caso dos autos. Ressalta que, por ser funcionário público comissionado (Assessor de Comissão - Vereador Prof. João Rocha - Campo Grande/MS), viajava constantemente à época das diligências, sua esposa residia em companhia de sua mãe, adoentada, e a filha estava estudando e realizando cursos técnicos, razão pela qual saía constantemente de casa. Requerem a concessão de efeitos suspensivo ao presente recurso, a fim de ser declarada a impenhorabilidade do imóvel de matrícula nº 21.104, registrado no 7º Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição/MS, e, conseqüentemente, cancelada a penhora sobre o imóvel em questão e, ao fim, a provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

Decido.

Cabível o art. 557 do Código de Processo Civil.

A questão vertida nos autos cinge-se à comprovação de impenhorabilidade de bem imóvel em sede de execução fiscal, sob a alegação de que se trata de bem de família.

Inicialmente, esclareço que para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade. Nestes termos, segue orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROVA DE QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. DÍVIDA DE TERCEIRO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILI-

DADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade.
2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90.
3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro.

4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro, sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90.

5. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 988.915/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 08/06/2012)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. RESIDÊNCIA DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE DE SE PROVAR QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. PRECEDENTES.

1. Recurso especial interposto contra acórdão segundo o qual: a) de acordo com a exceção prevista no art. 3º, VI, da Lei nº 8.009/90, é possível a penhora sobre bem de família, visto tratar-se de execução de indenização por ato ilícito; b) comprovada a existência de propriedade sobre mais de um imóvel, tem-se por desconfigurada a hipótese de bem familiar.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que: - ‘As exceções aos benefícios da Lei 8.009/1990 são as previstas nos seus arts. 3º e 4º, nestes não constando a circunstância de a penhora ter sido efetuada para garantia de dívida originária de ação de indenização por ato ilícito, em razão de violação a normas de trânsito que gerou acidente de veículos’ (REsp nº 64342/PR, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha). - ‘A circunstância de o débito originar-se da prática de ilícito civil, absoluto ou relativo, não afasta a impenhorabilidade prevista no artigo 1º da Lei 8.009/90’ (REsp nº 90145/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

3. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/90), não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único. Isso não significa, todavia, que os outros imóveis que porventura o devedor possua não possam ser penhorados no processo de execução.

4. ‘É possível considerar impenhorável o imóvel que não é o único de propriedade da família, mas que serve de efetiva residência’ (REsp nº 650831/RS, 3ª Turma, Relª Minª Nancy Andrighi). ‘O imóvel onde reside a família do devedor não é passível de arresto, ainda que existam outros bens imóveis, cuja destinação não ficou afirmada nas instâncias ordinárias, para permitir a aplicação do art. 5º, par. único da Lei 8.009/9.’ (REsp nº 121727/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

5. Precedentes das egrégias 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Turmas desta Corte Superior.

6. Recurso especial provido.”

(REsp 790.608/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 27/03/2006, p. 225, REPDJ 11/05/2006, p. 167)

No tocante ao imóvel em questão (de matrícula nº 21.104, registrado no 7º Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição/MS, a fim de comprovar tratar-se de bem de família, o agravante juntou aos autos os seguintes documentos: cópia da Certidão de Registro de

Imóveis indicando que o agravante Adair Fidelis é proprietários do imóvel desde 10.05.1983 (fls. 201/203); certidões negativas de imóveis expedidas em nome do agravante pelos Cartórios de Registro de Imóveis da 1ª e da 3ª Circunscrições da Comarca de Campo Grande/MS, lavradas em 09.09.2014, informando não haver nenhuma transcrição em nome de ADAIR FIDELIS (fls. 279 e 280); conta de energia elétrica relativa ao mês de junho de 2011, no valor de R\$ 64,55, em nome de Adair Fidelis (fls. 209), onde consta, ainda, o relatório de consumo de energia elétrica no período de 06/2010 a 02/2011, nos quais a energia faturada foi zero (fls. 209); notificação de suspensão de fornecimento de energia elétrica, relativa ao mês de agosto de 2014 (vencimento em 11.09.2014), onde consta histórico de consumo de energia no período de outubro/2013 a maio/2014 indicando 50kwh, sem qualquer variação (fls. 281); fatura de cartão de crédito relativa ao mês de agosto de 2014, em nome do agravante, indicando sua residência no endereço do imóvel situado na Rua Brigadeiro Machado, nº 368, Bloco 8, apto. 110 (fls. 282/283); taxas de condomínio nome do agravante com vencimentos em 05.08.2011 (fls. 210) e 05.09.2014 (fls. 284), relativas ao referido imóvel; fotos do autor e de sua família (fls. 285/291); Declaração emitida pelo Vereador Professor João Rocha em 10.09.2014, informando que o agravante encontrava-se em recesso no período de 18.07.2013 a 31.07.2013 (fls. 294).

Na decisão agravada foi consignado que:

“O executado Adair Fidélis requereu que fosse declarada a impenhorabilidade do imóvel matriculado sob o nº 21.104, sob o fundamento de que trata-se de sua moradia. Ouvida, a exequente requereu a expedição de mandado de constatação. Cumprido o mandado, constatou-se que o devedor não reside no local (f. 202). O despacho de f. 208 manteve a constrição, bem como determinou a intimação de Adair Fidélis para indicar bens à penhora. Inconformado, o executado formulou novo pedido de reconhecimento da impenhorabilidade do referido bem (f. 209-211).

Com nova vista, a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) concordou com pleito (f. 237-238).

O imperativo de f. 241 determinou a expedição de outro mandado de constatação. O mandado, após descrever várias diligências, em diversos horários, afirmou: ‘...Tendo em vista tudo o certificado CONSTATEI que o executado Adair Fidelis e sua família não residem no local indicado : Rua Brigadeiro Machado, 368, Bloco 8, apto. 110, Residencial Ana Clara’. A credora requereu a manutenção da penhora incidente sobre o bem (f. 251). Diante da constatação feita pelo Sr. Oficial de Justiça Avaliador (f. 243-245) de que o executado Adair Fidelis e sua família não residem no imóvel localizado na Rua Brigadeiro Machado, 368, Bloco 8, apto 110, residencial Ana Clara, mantenho a penhora do bem em questão. Indefiro, pois, o pleito formulado às f. 165-172. Intime-se Adair Fidélis, na pessoa de seu advogado, para indicar, em 15 (quinze) dias, bens a título de reforço de penhora. Renumere-se os autos a partir das f. 245. Por fim, remetam-se ao MPF cópias das declarações de f. 226 e 229, bem como das f. 165-252, para apuração de eventual prática delituosa, por parte daqueles que subscreveram as referidas declarações.”

Da análise dos elementos de prova carreados aos autos pelo agravante em cotejo com o que foi apurado nas diligências levadas a efeito pelos Oficiais de Justiça Avaliadores às fls. 228 e 269/271, as quais possuem fé pública, não restou demonstrado que o imóvel matriculado sob o nº 21.104, registrado no 7º Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição/MS, de propriedade do agravante, possa ser considerado bem de família.

Com efeito, os Oficiais de Justiça Avaliadores fizeram em torno de 17 visitas ao local, no período entre 10 e 21 horas, sem que nunca tivessem encontrado o autor, sua esposa ou um dos dois filhos, tampouco foram identificados por quaisquer vizinhos ou funcionários do condomínio (zelador e porteiros), pelo contrário, todos afirmam que o imóvel encontrava-se inabitado, o que é corroborado pela conta de energia elétrica apresentada pelo agravante, onde consta relatório de consumo no período de 06/2010 a 02/2011, no qual a energia faturada foi “zero” (fls. 209), bem como pela notificação de suspensão de fornecimento de energia elétrica, relativa ao mês

de agosto de 2014 (vencimento em 11.09.2014), onde consta histórico de consumo de energia no período de outubro/2013 a maio/2014 indicando 50kwh, sem qualquer variação (fls. 281). Portanto, não havendo nos autos comprovação de que o imóvel de matrícula nº 21.104, registrado no 7º Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição/MS, seja bem de família, deve ser mantida a penhora sobre ele.

Neste sentido, já decidiu esta Corte:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BEM DE FAMÍLIA. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO DEVEDOR.

1. Não basta a mera alegação de que se trata de residência familiar e, portanto, de bem impenhorável. Deve o devedor fazer a prova do direito alegado (CPC, art. 333, I), apresentando documentação necessária que demonstre a adequação do imóvel às exigências legais. Precedentes do STJ.

2. O MM. Juiz *a quo* afastou a alegação de bem de família do imóvel situado à Rua 7 (sete), nº 319, Cidade Jardim, Rio Claro (SP), objeto da matrícula nº 33.704 do Cartório de Registro de Imóveis de Rio Claro (SP), e rejeitou a exceção de preexecutividade.

3. O agravante instruiu os autos originários com os seguintes documentos que sugerem tratar-se o imóvel penhorado de bem de família: a) cópia da Certidão de Registro de Imóveis, matrícula nº 33704, indicando que os agravantes são proprietários do imóvel desde 1971 (fl. 44/44v.); b) Boletim de Ocorrência registrado em 2001, em que o agravante Roberto João Cesar menciona o endereço do imóvel como o de seu domicílio (fl. 45); c) solicitação de isenção de IPTU junto à Prefeitura de Rio Claro (fls. 46/47); d) documento de transferência de veículo em 2008, que indica o domicílio da agravante Margarida Bernardes Cesar no imóvel (fl. 49); e) contas de água e telefone com consumo médio mensal (fls. 50/51); f) declaração assinada por Mario Antonio de Oliveira Franceschini, Delegado de Polícia, que o agravado Roberto João César reside no imóvel, comprometendo-se a confirmar tal informação em Juízo (fl. 53).

4. Em sua resposta, a CEF cingiu-se a alegar genericamente que inexistem provas acerca da existência de um único imóvel (fls. 66/67). A cópia da Certidão de Registro de Imóveis de matrícula nº 29.242, contudo, indica que este não é mais de propriedade dos agravantes, havendo o registro de venda ocorrido em 17.11.03 (fls. 41/43v.). Ademais, a impenhorabilidade do bem de família independe de comprovação de ser o imóvel o único de propriedade do devedor (STJ, REsp nº 988915, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.05.12).

5. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0016295-39.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 24/03/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/04/2014)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. ART. IMPENHORABILIDADE. ART. 1º, LEI Nº 8.009/90. COMPROVAÇÃO. LEVANTAMENTO DA CONSTRIÇÃO.

1. O artigo 1º da Lei 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família com o objetivo de assegurar o direito de moradia e garantir que o imóvel não seja retirado do domínio do beneficiário. Referido instituto tem por finalidade ser mais um meio de proteção da família, garantindo-lhe, através disso, um teto relativamente intocável. O instituto e sua finalidade estão de pleno acordo com o disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que eleva a família à condição de base da sociedade e merecedora de proteção especial do próprio Estado.

2. No caso vertente, o imóvel objeto da matrícula nº 73.757, registrado no 16º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo/SP e penhorado nos autos da execução de título extrajudicial originária, constitui único imóvel de propriedade da executada Selma Baptista Barreto Campos, ora agravada. As certidões do Oficial de Justiça de fls. 109 e 167, dotadas de fé pública, dão conta de que a agravada Selma reside em aludido imóvel com o cônjuge e uma filha, local onde foi citada e, posteriormente, intimada da penhora e da avaliação do bem.

3. Diante da comprovação que o imóvel inicialmente constricto é residência da família e, como tal, deve gozar da proteção legal, afasto a penhora que recaiu sobre o imóvel referido.

4. Agravo de instrumento improvido.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0021682-35.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 13/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/02/2014)

Ante o exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento, nos termos acima consignados.

Comunique-se o MM. Juízo *a quo*.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos a Vara de origem.

Intimem-se.

Conforme consignado na r. decisão, o agravante não logrou êxito em comprovar que o imóvel em questão serviria de residência familiar, de modo que foi afastada a alegada impenhorabilidade do bem.

Acresce-se que é pacífica a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o único bem de família não perde os benefícios da impenhorabilidade se os devedores nele residirem ou, ainda que nele não residam, seja o imóvel destinado à subsistência do núcleo familiar. Neste sentido, os seguintes arestos:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. RESIDÊNCIA DO DEVEDOR EM OUTRO IMÓVEL. CONSTRIÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 8.009/90. SÚMULA Nº 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Pode ser objeto de penhora o único bem imóvel do devedor não destinado à sua residência.

2. Incide a Súmula nº 7/STJ na hipótese em que o recurso reclama a análise de elementos fático-probatórios colhidos ao longo da demanda.

3. À caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

(EDcl no Ag 1321256/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DESOCUPADO.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o fato de a entidade familiar não utilizar o único imóvel como residência não o descaracteriza automaticamente, sendo suficiente à proteção legal que seja utilizado em proveito da família, como a locação para garantir a subsistência da entidade familiar.

4. Neste processo, todavia, o único imóvel do devedor encontra-se desocupado e, portanto, não há como conceder a esse a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família, nos termos do art. 1º da Lei 8.009/90, pois não se destina a garantir a moradia familiar ou a subsistência da família.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
(REsp 1005546/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 03/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. RESIDÊNCIA DA DEVEDORA FIXADA EM OUTRO IMÓVEL. CONSTRIÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 8.009/90. SÚMULAS 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I. Pode ser objeto de penhora o único bem imóvel do devedor não destinado à sua residência e nem locado com a finalidade de complementar a renda familiar.

II. Ausente a similitude fática entre os arestos paradigmáticos, tem-se por não comprovada a divergência jurisprudencial.

III. Recurso não conhecido.

(REsp 1035248/GO, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009)

No caso em tela, o conjunto probatório dos autos não foi suficiente para comprovar que o devedor ou quaisquer outros integrantes de sua família efetivamente residem no imóvel alcançado pela constrição judicial, bem como, nada foi alegado pelo agravante no sentido de o imóvel estar alugado para fins de constituição de renda, destinando-se, assim, à subsistência da família.

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

0024454-34.2014.4.03.0000

(2014.03.00.024454-2)

Agravante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Parte Autora: MARIA SANDRA DA SILVA (incapaz)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Classe de Processo: AI 541519

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2015

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. PARTE AUTORA PATROCINADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada está em consonância com o disposto no art. 557 do CPC, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do C. STJ e desta E. Corte.

2. Não há que se falar em condenação da autarquia em honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública da União, pois o INSS, por ser integrante da Administração Pública Federal Indireta, é vinculado à União Federal, tal qual a DPU, ambos custeados por recursos federais, sob pena de configuração de confusão entre credor e devedor, na forma do Art. 381, do CC, e da Súmula 421, do STJ.

3. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

4. 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, 13 de abril de 2015.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Cuida-se de agravo interposto pela parte autora, com fulcro no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática que, nos termos do artigo 557 do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, em sede de ação previdenciária em fase de execução, indeferiu a expedição de requisição de pequeno valor em favor da Defensoria Pública da União para pagamento dos honorários de sucumbência.

Aduz a parte agravante, em síntese, o cabimento dos honorários em favor da Defensoria Pública da União.

É o relatório.

À mesa para julgamento.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Não procede a insurgência da parte agravante.

A decisão agravada foi proferida em consonância com o artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o julgamento por decisão singular, amparada em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

Assentado este entendimento colegiado, os integrantes desta Sétima Turma, com fundamento no artigo 557, do CPC, passaram a decidir monocraticamente os feitos desta natureza.

Cabe salientar também que, conforme entendimento pacífico desta E. Corte, não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

E não está a merecer reparos a decisão recorrida, a qual passo a transcrever, *in verbis*:

Na espécie, a autora é patrocinada pela Defensoria Pública da União, órgão que pertence ao ente federal, o que gera confusão entre a pessoa do credor e do devedor, a incidir a regra do artigo 381 do CC de 2002, segundo o qual:

“Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor”.

Tal entendimento foi pacificado por meio da Súmula 421 do STJ, *verbis*:

“Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”.

O disposto no § 3º do artigo 134 da Constituição Federal, no que tange à autonomia funcional e administrativa, bem como a existência de um fundo de aparelhamento da Defensoria Pública (Lei Complementar 132/09, que acrescentou o inciso XXI ao artigo 4º da Lei Complementar 80/94) não descaracterizam o fato de o órgão em questão pertencer ao ente federal.

Assim vem decidindo esta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO CONSTATADA. ACÓRDÃO MODIFICADO. CAUSA PATROCINADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO CONTRA A UNIÃO. CONFUSÃO. CONFIGURAÇÃO. ART. 381 CC/2002. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO.

- Na espécie, a autora é patrocinada pela Defensoria Pública da União, órgão que pertence ao ente federal, o que gera confusão entre a pessoa do credor e do devedor, a incidir a regra do artigo 381 do CC de 2002. Tal entendimento foi pacificado por meio da Súmula 421 do STJ, *verbis*: Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

- O disposto no § 3º do artigo 134 da Constituição Federal, no que tange à autonomia funcional e administrativa, bem como a existência de um fundo de aparelhamento da Defensoria Pública (Lei Complementar 132/09 que acrescentou o inciso XXI ao artigo 4º da Lei Complementar

80/94) não descaracterizam o fato de o órgão em questão pertencer ao ente federal.

- Embargos de declaração acolhidos.”

(AC - 1729632, Des. Fed. Andre Nabarrete, Quarta Turma, j. 21/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 data:04/09/2014)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Impõe-se, por isso, a manutenção da decisão agravada.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo legal interposto.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0030427-67.2014.4.03.0000

(2014.03.00.030427-7)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Parte Autora: GILBERTO GONÇALVES LEÃO

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: CC 19189

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2015

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ACOLHIDA PELO JUÍZO SUSCITADO. COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE DECLINAÇÃO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO.

1. A distribuição de competência entre as varas federais da capital e do interior é orientada pelo critério territorial, sendo pacífica a jurisprudência no sentido de que, por se tratar de competência relativa, não pode ser declinada de ofício pelo magistrado (Súmula 33/STJ).

2. Tal entendimento, entretanto, não retira a possibilidade de o réu arguir a incompetência relativa por meio de exceção, nos termos do Art. 112 do CPC, sob pena de vê-la prorrogada.

3. O Juízo Federal 4ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP acolheu a exceção de incompetência ajuizada pelo INSS, tendo declinado da competência para a 19ª Subseção Judiciária de Guarulhos/SP.

4. A parte autora não opôs recurso contra essa decisão, acatando o pronunciamento judicial. Portanto, a competência para o julgamento da lide restou definida, tornando-se imutável por força da coisa julgada.

5. Assim, uma vez que a questão não pode mais ser rediscutida, e que não sobreveio fato suscetível de ocasionar nova incompetência, a teor do Art. 305 do CPC, impossível ao Juízo suscitante declará-la de ofício, em vista de sua natureza territorial relativa.

6. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante.

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, conhecer do conflito para declarar a competência do Juízo suscitante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de abril de 2015.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo MM. Juízo da 6ª Vara Federal de Guarulhos/SP, nos autos do processo nº 0018410-16.2011.403.6301, ajuizado por Gilberto Gonçalves Leão, residente em Guarulhos, com vistas à concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

O processo foi distribuído ao Juizado Especial Federal de São Paulo/SP, que declinou da competência para uma das Varas Federais Previdenciárias de São Paulo, nos termos do Art. 260 do Código de Processo Civil c.c. o Art. 3º, *caput* e § 2º da Lei 10.259/01, por se tratar de causa cuja soma das prestações vencidas mais doze vincendas ultrapassa o limite de alçada do JEF.

Os autos foram redistribuídos ao MM. Juízo da 4ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP, ora suscitado, que, por sua vez, acolheu exceção de competência apresentada pelo INSS, com fundamento no Art. 109, § 3º, da Constituição Federal, determinando a remessa dos autos à 19ª Subseção Judiciária de Guarulhos, sob a justificativa de que a possibilidade de escolha do segurado pelo foro da Justiça Federal não permite a opção por Vara Federal situada em jurisdição diversa daquela de seu domicílio.

Finalmente, o Juízo Federal de Guarulhos suscitou o conflito, ao entendimento de que a opção pelo juízo, nos termos do Art. 109, § 2º, da CF é uma faculdade exclusiva da parte autora, que não pode ser alterada senão por iniciativa desta, por se tratar de competência territorial relativa.

A fl. 59, designei o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela competência do Juízo suscitado (fls. 62-63v).

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

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

A distribuição de competência entre as varas federais da capital e do interior é orientada pelo critério territorial, sendo pacífica a jurisprudência no sentido de que, por se tratar de competência relativa, não pode ser declinada de ofício pelo magistrado (Súmula 33/STJ).

Tal entendimento, entretanto, não retira a possibilidade de o réu arguir a incompetência relativa por meio de exceção, nos termos do Art. 112 do CPC, sob pena de vê-la prorrogada.

In casu, o Juízo Federal 4ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP acolheu a exceção de incompetência ajuizada pelo INSS, tendo declinado da competência para a 19ª Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, ao argumento de que, por força do Art. 109, § 3º, da Constituição Federal, não pode o autor optar por Vara Federal que não seja a do foro de seu domicílio (fls. 54-55).

Importa destacar que a parte autora não opôs recurso contra essa decisão, acatando o pronunciamento judicial. Portanto, a competência para o julgamento da lide restou definida, tornando-se imutável por força da coisa julgada.

Assim, uma vez que a questão não pode mais ser rediscutida, e que não sobreveio fato

suscetível de ocasionar nova incompetência, a teor do Art. 305 do CPC, impossível ao Juízo suscitante declará-la de ofício, em vista de sua natureza territorial relativa.

No mesmo sentido, já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante o julgado cuja ementa trago à colação:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. INMETRO. COMPETÊNCIA RELATIVA. ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ACOLHIDA PELO JUÍZO SUSCITADO. CONFORMAÇÃO DA PARTE AUTORA.

1. A competência territorial, em regra, é relativa e, nos termos do art. 112 do CPC, deve ser alegada por meio de exceção, sob pena de preclusão e prorrogação.

2. A decisão proferida em exceção de incompetência oferecida pelo réu faz coisa julgada. Havendo conformação da parte autora, fica definida a competência para julgamento da lide.

3. Por tratar-se de competência territorial e, portanto, relativa, deve prevalecer o interesse das partes, que aceitaram a decisão que julgou a exceção de incompetência, não sendo legítimo ao Juízo suscitante, de ofício, modificar competência relativa já definitivamente julgada.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o suscitante.

(CC 68.014/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 20/04/2009).

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do MM. Juízo suscitante. É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

Direito Processual Penal



REVISÃO CRIMINAL
0052954-91.2006.4.03.0000
(2006.03.00.052954-0)

Requerente: EDMILSON PEREIRA DA SILVA (réu preso)
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: RvC 538
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2015

EMENTA

PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, DO DIPLOMA ADJETIVO PENAL. ROUBO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL. TENTATIVA AFASTADA. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. NÃO INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE À ÉPOCA DA DECISÃO RESCINDENDA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO ACOLHIDO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. PEDIDO REVISIONAL JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. A sentença penal condenatória foi devidamente motivada e não deixa dúvida quanto à materialidade, à autoria e ao dolo do réu, não se mostrando contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos.

2. À vista o conjunto probatório amealhado nos autos, que demonstra a subtração dos disquetes pertencentes à Caixa Econômica Federal, mediante ameaça ou violência à pessoa, não há como rechaçar a consumação do delito. A alegação de não ter sido tranquila a posse do bem, em razão da noticiada perseguição policial, não impede a consumação do crime de roubo, segundo o entendimento jurisprudencial pacífico.

3. Fica afastada a alegação de crime perpetrado na forma tentada, não merecendo reparo a tipificação do delito no decreto condenatório, o qual foi mantido pelo julgamento do órgão colegiado.

4. Em face do posicionamento jurisprudencial dominante à época do julgado revisando, não é aplicável ao caso a circunstância atenuante da confissão, pois, embora o réu tenha confessado o crime em sede extrajudicial, retratou-se em Juízo.

5. Leciona Guilherme de Souza Nucci, na obra Código Penal Comentado, que a alteração na jurisprudência, como regra, não deve provocar a revisão criminal. Segundo o autor, “o entendimento acerca de diversos temas, questões fáticas e jurídicas, pode mudar ao longo do tempo, não sendo causa válida para justificar a revisão da pena aplicada. Aliás, da mesma forma que a jurisprudência minoritária pode passar a ser majoritária, ninguém garante que o caso do sentenciado não seria julgado, novamente, por magistrados integrantes da mesma corrente orientadora da anterior condenação. Nesse sentido: TRF-3ª Região: ‘Em caso de mudança de entendimento dos tribunais, não se admite revisão criminal para se adequar decisão já transitada em julgado à nova orientação jurisprudencial. Precedentes’ (RVC 34-2000.03.00.038515-1/SP, 1ª Seção, rel. Cecília Mello, 07.10.2010, v.u.)” (Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, RT, 12ª edição, pág. 1.087/1.088).

6. Faz-se mister sublinhar que a revisão criminal não deve ser examinada como segundo apelo, não se prestando à mera reapreciação da prova já analisada pelo Juízo de primeiro grau, assim como por decisão colegiada deste Tribunal.
7. Não se vislumbra nas alegações da defesa hipótese fundada no inciso I do artigo 621 do Código Processo Penal.
8. A imposição do regime fechado, estabelecida na sentença, tem supedâneo tão somente na gravidade do delito, o que contraria o enunciado das Súmulas 718 e 719 do Pretório Excelso, ambos editados em 2003 e fundamentados em precedentes jurisprudenciais publicados à época do julgado rescindendo (STF: HC 73174, DJ 17.05.96; HC 73532, DJ 09.08.96; HC 74896, DJ 27.06.97; HC 75881, DJ 13.02.98; HC 75875, DJ 06.03.98; HC 77206, DJ 11.09.98; HC 77682, DJ 05.02.99; HC 77637, DJ 26.02.99; HC 77613, 14.04.00; HC 80315, DJ 13.10.00; HC 80192, DJ 03.10.03), além do enunciado da Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, editado em 2010.
9. Sendo inidônea a fundamentação da sentença no que concerne à fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, com base unicamente na gravidade abstrata do delito, deve a revisão criminal ser julgada parcialmente procedente para estabelecer o regime inicial semiaberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.
10. Revisão criminal julgada 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, julgar parcialmente procedente a revisão criminal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA:

Trata-se de revisão criminal ajuizada por EDMILSON PEREIRA DA SILVA, com fulcro no art. 621, I, do Código de Processo Penal, contra o acórdão proferido pela E. Quinta Turma desta Corte que, ao analisar a apelação interposta pelo réu, nos autos da ACR nº 0034384-68.1999.403.0399, da Relatoria do Desembargador Federal André Nabarrete, rejeitou a preliminar e negou-lhe provimento (fl. 289 do apenso).

A sentença foi proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo Dr. Marco Aurélio de Mello Castriani, para condenar o acusado à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 dias-multa, no piso legal, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 200/216 do apenso).

No pedido revisional (fls. 31/39), EDMILSON requer, em síntese, o seguinte:

a) o reconhecimento do roubo na forma tentada, nos termos do art. 14, II e parágrafo único, do Código Penal, uma vez que o delito não se consumou por circunstância alheia a sua vontade, isto é, perseguição policial;

b) a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea, consoante o art. 65, III, *d*, do Código Penal;

c) a aplicação do regime semiaberto, pois a gravidade do delito não é motivação idônea a fundamentar regime de cumprimento de pena mais severo, haja vista o enunciado das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Foram apensados os autos da Ação Penal nº 0034384-68.1999.403.0399 (fl. 30).

A Procuradoria Regional da República opina pela procedência parcial da revisão, a fim de se acolher o pedido de cumprimento de pena em regime inicial semiaberto (fls. 42/47).

A certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória está acostada à fl. 296 do apenso.

Esclareço que a Ação Penal nº 0034384-68.1999.403.0399 foi movida em face de DEILTON PEREIRA DA SILVA. Entretanto, restou comprovado nos autos que o réu EDMILSON PEREIRA DA SILVA, autor do delito de roubo, utilizou-se dos documentos do irmão, como segue (fl. 908 do apenso):

(...). Os documentos acostados aos autos e a prova oral produzida demonstram que o nome Deilton Pereira da Silva constou como o do réu da ação penal, em virtude da utilização de seus documentos pelo seu irmão, Edmilson Pereira da Silva, um dos autores do roubo à Caixa Econômica Federal.

Em decorrência desse fato, foi proferido pela Quinta Turma o acórdão de fls. 917/919 do apenso, que decidiu, à unanimidade, não conhecer do pedido de alteração do nome do réu, de Deilton Pereira da Silva para Edmilson Pereira da Silva, na ação penal nº 97.0103679-4, que teve curso na 3ª Vara Federal de São Paulo, pois deve fazê-lo o MM. Juízo das Execuções Penais; dar provimento à remessa oficial e decretar a nulidade da decisão que concedeu *habeas corpus*, de ofício; conceder, de ofício, *habeas corpus* em favor de Deilton Pereira da Silva que esteve presente, no dia 15 de janeiro de 1999, na 3ª Vara Federal Criminal em São Paulo, e convalidar o alvará de soltura expedido em primeira instância, à fl. 840, que contém suas digitais.

À fl. 15 do presente feito, observa-se, no documento expedido pelo Juízo das Execuções Penais, a alteração do nome do réu para EDMILSON PEREIRA DA SILVA.

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA

VOTO

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

Consta dos autos que EDMILSON PEREIRA DA SILVA foi condenado à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 dias-multa, no piso legal, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 200/216 do apenso), sentença integralmente mantida pelo acórdão proferido pela Quinta Turma desta Corte, por votação unânime (fl. 289 do apenso).

A ação revisional é parcialmente procedente.

O pedido de revisão criminal está baseado no artigo 621, 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.

A sentença penal condenatória foi devidamente motivada e não deixa dúvida quanto à materialidade, à autoria e ao dolo do réu, não se mostrando contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos.

Alega o requerente que o roubo foi praticado na forma tentada, nos termos do art. 14, II e parágrafo único, do Código Penal, uma vez que o delito não se consumou por circunstância alheia a sua vontade, isto é, perseguição policial.

Com efeito, tal alegação, além de demandar o revolvimento do conjunto probatório, o que não se conforma com o escopo da ação revisional, é a toda evidência improcedente.

Depreende-se da fundamentação da sentença que o réu carregava consigo, não somente uma pistola automática, calibre 380, mas também uma sacola com disquetes, que pensava tratar-se de dinheiro (fl. 212/213):

(...)

Segundo a testemunha Manassés (fls. 106/107), o réu estava correndo com uma sacola e os *disquetes...*, ou seja, estava levando os disquetes. Disse, ainda, tal testemunha que o réu, quando os viu, *jogou a arma no chão* e levantou as mãos, sem esboçar qualquer reação. A testemunha Cláudio Antonio Solina (fls. 108/109), também afirmou que *o acusado*, quando viu a viatura, *colocou a arma no chão* e se rendeu. Está provado, pois, que tanto os disquetes da CEF, que estavam junto com o dinheiro no cofre e pela forma como estavam embrulhados pareciam dinheiro, quanto a arma verdadeira apreendida estavam, de fato, com o acusado. Assim, fica também afastada a alegação de que efetivamente, com o réu não foi apreendido nenhum bem ou objeto relacionado com o crime.

Nessa linha, registra o voto da Relatoria do Desembargador Federal André Nabarrete (fl. 285):

As alegações da defesa de que o réu não trazia consigo arma de brinquedo e tampouco disquetes e de que o revólver Taurus, calibre 380, estava desmuniado, de modo a invalidar o auto de apreensão, não merecem prosperar. Os depoimentos dos policiais que participaram da prisão do apelante são uníssomos de que com o acusado foram encontrados referidos objetos e que a arma “...tinha uma bala na agulha” (fls. 106 e 108).

Portanto, à vista o conjunto probatório amalhado nos autos, que demonstra a subtração dos disquetes pertencentes à Caixa Econômica Federal, mediante ameaça ou violência à pessoa, não há como rechaçar a consumação do delito.

A alegação de não ter sido tranquila a posse do bem, em razão da noticiada perseguição policial, não impede a consumação do crime de roubo, segundo o entendimento jurisprudencial pacífico:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. *HABEAS CORPUS*.

1. A norma contida no inciso II, do art. 14, do Código Penal, ao tratar da modalidade tentada, contempla um tipo de extensão, fazendo com que se amplie a figura típica de determinados

comportamentos reputados criminosos para abranger situações fáticas não previstas expressamente no tipo penal.

2. Em relação ao crime de roubo (CP, art. 157), por se tratar de crime complexo, diz-se que o crime é consumado quando o sujeito ativo reúne todas as condutas que formam a unidade complexa. Assim, o art. 157 congrega, simultaneamente, as condutas referentes à subtração de coisa alheia (art. 155), à violência à pessoa (art. 129) e à ameaça (art. 147).

3. Firmou-se em Plenário a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “o roubo está consumado se o ladrão é preso em decorrência de perseguição imediatamente após a subtração da coisa, não importando assim que tenha, ou não, posse tranquila desta”.

4. A conduta da subtração de coisa alheia se aperfeiçoa no momento em que o sujeito ativo passa a ter a posse da res fora da esfera da vigilância da vítima, tendo sido também caracterizada a violência ou a grave ameaça exercida contra o ofendido. A circunstância de ter havido perseguição policial após a subtração, com subsequente prisão do agente do crime, não permite a configuração de eventual tentativa do crime contra o patrimônio, cuidando-se de crime consumado.

5. Desse modo, ainda que passível a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, a hipótese é de crime consumado de roubo.

6. A hipótese comporta a concessão da ordem quanto ao regime prisional, eis que não foi apontada qualquer circunstância judicial, de natureza subjetiva, que impedisse o paciente de cumprir a pena corporal no regime aberto.

7. Ordem concedida.

(STF - HC 89488 - Ministra Relatora ELLEN GRACIE - DJe 13.06.08)

No mesmo sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

PENAL - PROCESSO PENAL - REVISÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES - PEDIDO REVISIONAL QUE SE SUBSUME À HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 621, I, DO CPP - PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE REJEITADA - MERA REAPRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS - REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE.

1- A preliminar de inadmissibilidade do presente pedido revisional, suscitada pela Procuradoria Regional da República em sua manifestação, não merece ser acolhida, pois, muito embora o Requerente não tenha se referido expressamente a qualquer das hipóteses previstas nos incisos I, II e III, do artigo 621 do CPP, é possível inferir, a partir da leitura da inicial, que o pedido formulado tem por fundamentos a suposta contrariedade às evidências coligidas nos autos da ação penal originária, bem como a pretensa violação às normas que regem a dosimetria da pena-base (art. 59 do CP), o crime tentado (art. 14, II, do CP) e a participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP), hipóteses essas que, em tese, se subsumem àquelas previstas no inciso I do mencionado dispositivo da Lei Adjetiva Penal. Ademais, em casos análogos, em que também constatada na inicial a ausência de indicação da hipótese de cabimento da revisão criminal, este E. Tribunal conheceu dos respectivos pedidos de revisão criminal.

2- Ausente a alegada contrariedade às evidências dos autos capaz de ensejar a revisão da condenação imposta ao Requerente. Com efeito, a sentença revisanda está amparada pelas provas carreadas aos autos originários, merecendo destaque os testemunhos prestados pela vítima e pelo policial militar que autuou os acusados em flagrante delito, ambos uníssonos ao apontar o Requerente como um dos autores do roubo.

3- A propósito, é de se salientar que, em se tratando crimes patrimoniais, a palavra da vítima é de grande importância para a formação da convicção do magistrado acerca da autoria delitiva e do efetivo emprego da violência, ainda mais quando suas declarações são confirmadas por outras provas, assim como ocorreu no caso sub judice.

4- Também não há como acatar os argumentos do Requerente no sentido de que o roubo praticado não teria se consumado ou de que sua participação teria sido de menor importância. Além de tais argumentos demandarem o revolvimento do acervo probatório - o que não se

coaduna com o propósito da revisão criminal -, certo é que sua improcedência é manifesta.

5- O fato de a posse não ter sido tranquila, em virtude da perseguição empreendida pelos policiais, não impede a consumação do crime de roubo, conforme pacífico entendimento jurisprudencial.

6- Por sua vez, de acordo com reiterado entendimento pretoriano, “A simulação de portar arma de fogo configura grave ameaça e, portanto, constitui meio executório do roubo” (cf., por exemplo, a ACR 00248369120004036119, Desembargador Federal André Nekatschalow, TRF3 - Quinta Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data:06.11.2009 Página: 453).

7- Igualmente, não há falar-se que a participação do Requerente tenha sido de menor importância, porquanto, segundo se infere dos autos originários, ele, juntamente com outro acusado, deu “cobertura” à ação delitiva, praticamente impossibilitando que a vítima - o carteiro - esboçasse qualquer reação, garantido, assim, a consumação do roubo perpetrado em concurso de agentes.

8- Em sede de revisão criminal, é inadmissível alterar a pena imposta de acordo com os parâmetros legais, como ocorreu na hipótese “sub judice”. Somente em casos excepcionais, em que manifesta a injustiça ou a violação às normas de regência, poderá ser atendido o pedido revisional, não se mostrando a revisão criminal a via adequada à simples reapreciação dos critérios da individualização da pena.

9- Consoante jurisprudência dominante à época em que prolatada a decisão revisanda, modificada apenas com a edição da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça (DJE de 13.05.2010), processos em andamento podiam ser perfeitamente desvalorados sob a ótica de ter o agente personalidade voltada à prática delitiva.

10- Assim, sob qualquer dos aspectos abordados pelo Requerente, seu pedido não pode ser acolhido, porque não encontra amparo em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 621, do Código de Processo Penal, que prevê a revisão criminal.

11. Preliminar rejeitada. Revisão criminal improcedente.

(TRF3 - RvC 2011.03.00.025508-3 - Desembargador Federal Relator PAULO FONTES - D.E. 24.03.14)

Destarte, afasto a alegação de crime perpetrado na forma tentada e assinalo não merecer reparo a tipificação do delito no decreto condenatório, o qual foi mantido pelo julgamento do órgão colegiado.

No que toca à dosimetria da pena, a sentença foi prolatada da forma seguinte:

Segundo os critérios do artigo 59, do Código Penal, levando em consideração o grau de culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como a primariedade do acusado, fixo a pena base privativa de liberdade no mínimo, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes nem atenuantes a considerar nem causas de diminuição de pena.

Como causas especiais de aumento de pena, tenho a considerar as qualificadoras dos incisos I (emprego de arma) e II (concurso de duas ou mais pessoas), do § 2º, do artigo 157, do C.P., pelo que acresço a pena privativa de liberdade em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, que deverão ser cumpridos inicialmente em regime fechado, diante da gravidade do delito.

A pena pecuniária, levando-se em conta também as mesmas razões da fixação da pena corporal, é fixada, inicialmente, em 10 (dez) dias-multa, acrescentando-se 1/3 (um terço), ficando a mesma definitiva em 13 (treze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos para cada dia-multa, levando-se em conta a situação econômica desfavorável do acusado, com a devida correção monetária. Assim é feito para que haja a justa individualização da pena de multa e para que seu valor não seja impagável nem desprezível.

Argumenta o requerente que se aplica, *in casu*, a circunstância atenuante da confissão espontânea, consoante o art. 65, III, *d*, do Código Penal, uma vez que houve a confissão da prática do delito na fase inquisitorial.

Neste ponto, observo que, à época do julgamento do fato delituoso, o entendimento predominante na jurisprudência pátria era no sentido da não incidência da aludida circunstância atenuante na hipótese de retratação da confissão em Juízo, exatamente o caso em tela.

Nesse sentido, colaciono os seguintes arestos:

Ao estelionato cometido contra entidade de previdência social (Lei nº 3.807-60, art. 155, IV) é aplicável o acréscimo cominado no art. 171, § 3º, do Código Penal. Condenação corretamente formalizada, não sendo de levar em conta a confissão externada no inquérito, porquanto, em juízo, retratada. Prescrição não consumada.

(STF - HC 73749/SP - Ministro Relator OCTAVIO GALLOTTI - DJ 23.08.96)

HABEAS CORPUS. DELITO DE QUADRILHA, ESTUPRO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ROUBO. VÍTIMAS DIVERSAS. CONCURSO MATERIAL DE DELITOS E NÃO CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE: FIXAÇÃO SEGUNDO PARTICIPAÇÃO DE CADA RÉU. CRIME DE QUADRILHA: CONFIGURAÇÃO EM FACE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA; RETRATAÇÃO: ATENUANTE INAPLICÁVEL. CONDENAÇÕES DIFERENTES PARA RÉUS QUE PARTICIPARAM DOS MESMOS DELITOS: ERRO MATERIAL DA SENTENÇA: INEXISTÊNCIA.

1. Tendo sido realmente três os crimes de atentado violento ao pudor atribuídos ao paciente, em relação a este inexistente erro material da sentença que o condenou pelos três delitos contra vítimas diversas, quando o outro réu, que com ele participou da mesma ocorrência, viu-se condenado por apenas duas vezes.

2. Fixação da pena-base cominada ao paciente, maior do que a infligida ao seu comparsa: trata-se de um juízo de avaliação justificado pela diferença de participação.

3. Uma vez que a ação delitiva não se limitou aos crimes de atentado violento ao pudor contra vítimas diversas, eis que no iter criminis consumou-se o estupro, caracterizou-se assim o concurso material, não se aplicando à hipótese o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, por não serem delitos da mesma espécie.

4. Face ao princípio do livre convencimento do juízo sentenciante que se estribou no conjunto probatório existente nos autos para concluir pela organização de grupo formado por mais de três indivíduos, unidos à prática de atentados violentos ao pudor, estupros e assaltos à mão armada, mediante violências e ameaças, incabível, pela via do *habeas corpus*, o reexame das provas já submetidas à apreciação das instâncias inferiores.

5. A retratação, em juízo, da confissão espontânea havida na fase do inquérito policial torna inaplicável a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, “a”, do Código Penal.

6. “Habeas corpus” conhecido mas indeferido.

(STF - HC 74165/RS - Ministro Relator MAURÍCIO CORRÊA - DJ 31.10.96)

“Habeas corpus”. - Improcedência das alegações de nulidade da sentença condenatória por não ter examinado expressamente a alegação, sem qualquer fundamentação, da ocorrência alternativa de furto privilegiado, bem como por não ter sido levada em consideração a confissão do ora paciente feita apenas na polícia, tendo sido o réu revel. “Habeas corpus” indeferido.

(STF - HC 77606/MG - Ministro Relator MOREIRA ALVES - DJ 13.11.98)

CRIMINAL. CONFISSÃO ESPONTANEA. ATENUANTE. HABEAS-CORPUS. ACERTO DE SUA DENEGAÇÃO, NA ORIGEM, EM FACE DE TRATAR-SE DE CONFISSÃO RETRATADA EM JUIZO.

(STJ - HC 5250/SP - Ministro Relator JOSÉ DANTAS - DJ 03.02.97)

PENAL - FIXAÇÃO DA PENA - ATENUANTE PERFEITAMENTE OBSERVADA - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - RETRATAÇÃO - INVIABILIDADE DE CONSIDERAÇÃO.

- Em relação à alegação do impetrante de que foi desconsiderada a atenuante da menoridade, verifico ser improcedente a irresignação. Pela leitura da sentença constata-se que tal atenuante foi considerada par fins de diminuição da pena em 1/6.

- Quanto à sustentação de que deveria ser considerada a atenuante da confissão espontânea, que foi realizada no inquérito, porém retratada em juízo não merece melhor sorte. Segundo o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a retratação, em juízo, da confissão espontânea prestada na fase inquisitorial, inviabiliza a aplicação da circunstância atenuante.

- Finalmente, no tocante ao argumento de que não poderia ter sido considerada condenação anterior para efeitos de antecedentes, mais uma vez não assiste razão ao impetrante. Embora a condenação anterior não transitada em julgado não macule a primariedade do réu, pode, sim, servir como base na apuração e valoração dos antecedentes.

- Precedentes STF.

- Ordem denegada.

(STJ - HC 11958/MS - Ministro Relator JORGE SCARTEZZINI - DJ 18.12.00)

PENAL PROCESSUAL. LATROCÍNIO, ROUBO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO PARA A CONDENAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO.

1. Inviável o conhecimento da impetração no tocante à alegada de ausência de suporte probatório a embasar a condenação, posto não ser admitido o exame aprofundado dos elementos de prova nesta via constitucional.

2. A retratação em juízo, da confissão realizada na fase inquisitorial, torna inaplicável a atenuante prevista no Código Penal, art. 65, III, "a". Precedentes.

3. "Habeas Corpus" parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido.

(STJ - HC 15040/PR - Ministro Relator EDSON VIDIGAL - DJ 23.04.01)

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA, INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA REGIME PRISIONAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO E DA SENTENÇA NESTE ASPECTO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO. A decisão que fixa a pena-base acima do mínimo-legal há de ser fundamentada, sob pena de nulidade. A fixação do regime prisional mais gravoso também necessita de fundamentação por parte do órgão julgador.

Mantido o mérito da condenação, deve o paciente aguardar o proferimento de nova sentença, no tocante à fixação da pena-base e do regime prisional, em regime semi-aberto, sem prejuízo de que novamente seja fixado o regime fechado para cumprimento da pena, com a devida fundamentação.

Não há como aplicar a atenuante da confissão espontânea, retratada em juízo, quando a mesma não constitui a única base probatória a justificar a condenação, mormente havendo co-réu que confirmou, em juízo, a confissão extrajudicial, colaborando, efetivamente, para a solução do caso.

Ordem parcialmente deferida.

(STJ - HC 17664/SP - Ministro Relator JOSÉ ARNALDO DA FONSECA - DJ 25.02.02)

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NO INQUÉRITO, QUE NÃO ALICERÇOU A CONDENAÇÃO. POSTERIOR RETRATAÇÃO EM JUÍZO. INAPLICABILIDADE DA ATENUANTE. RECURSO PROVIDO.

I - Não se aplica atenuante relativa a confissão no inquérito policial, posteriormente retratada em juízo, se esta não serviu, efetivamente, para alicerçar a sentença condenatória, uma vez que outros elementos e circunstâncias do feito foram considerados para formar a convicção

do Julgador a respeito da materialidade e autoria do delito praticado.

II - Recurso provido.

(STJ - HC 113634/DF - Ministro Relator GILSON DIPP - DJ 25.02.02)

Em face do posicionamento jurisprudencial dominante à época do julgado revisando, não é aplicável ao caso a circunstância atenuante da confissão, pois, embora o réu tenha confessado o crime em sede extrajudicial, retratou-se em Juízo.

Leciona Guilherme de Souza Nucci, na obra Código Penal Comentado, que a alteração na jurisprudência, como regra, não deve provocar a revisão criminal. Segundo o autor, “o entendimento acerca de diversos temas, questões fáticas e jurídicas, pode mudar ao longo do tempo, não sendo causa válida para justificar a revisão da pena aplicada. Aliás, da mesma forma que a jurisprudência minoritária pode passar a ser majoritária, ninguém garante que o caso do sentenciado não seria julgado, novamente, por magistrados integrantes da mesma corrente orientadora da anterior condenação. Nesse sentido: TRF-3ª Região: ‘Em caso de mudança de entendimento dos tribunais, não se admite revisão criminal para se adequar decisão já transitada em julgado à nova orientação jurisprudencial. Precedentes’ (RVC 34-2000.03.00.038515-1/SP, 1ª Seção, rel. Cecília Mello, 07.10.2010, v.u.)” (Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, RT, 12ª edição, pág. 1.087/1.088).

Além disso, sublinho que a revisão criminal não deve ser examinada como segundo apelo, não se prestando à mera reapreciação da prova já analisada pelo Juízo de primeiro grau, assim como por decisão colegiada deste Tribunal.

Desse modo, não vislumbro nas alegações da defesa hipótese fundada no inciso I do artigo 621 do Código Processo Penal.

Por fim, sustenta o requerente que o regime de cumprimento de pena que se coaduna com o caso dos autos é o semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, na medida em que a fundamentação da sentença para a imposição de regime mais gravoso é inidônea.

De fato, a imposição do regime fechado, estabelecida na sentença, tem supedâneo tão somente na gravidade do delito, o que contraria o enunciado das Súmulas 718 e 719 do Pretório Excelso, ambos editados em 2003 e fundamentados em precedentes jurisprudenciais publicados à época do julgado rescindendo (STF: HC 73174, DJ 17.05.96; HC 73532, DJ 09.08.96; HC 74896, DJ 27.06.97; HC 75881, DJ 13.02.98; HC 75875, DJ 06.03.98; HC 77206, DJ 11.09.98; HC 77682, DJ 05.02.99; HC 77637, DJ 26.02.99; HC 77613, 14.04.00; HC 80315, DJ 13.10.00; HC 80192, DJ 03.10.03), além do enunciado da Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, editado em 2010.

Considero, portanto, inidônea a fundamentação da sentença no que concerne à fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, com base unicamente na gravidade abstrata do delito, daí porque a revisão criminal deve ser julgada parcialmente procedente para estabelecer o regime inicial semiaberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a revisão criminal.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

“HABEAS CORPUS”

0004750-38.2014.4.03.6110

(2014.61.10.004750-6)

Impetrante: JAIME DOS SANTOS PENTEADO

Pacientes: EDNA CESAR ASECIO PENA E JANIR TEIXEIRA

Impetrados: PROCURADOR DA REPÚBLICA EM SOROCABA E DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL EM SOROCABA - SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: HC 59903

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/03/2015

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INQUÉRITO POLICIAL. REQUISIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. COMPETÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PARCELAMENTO. INADMISSIBILIDADE.

1. A requisição para instauração de inquérito policial por membro do Ministério Público Federal é ato que não se sujeita ao juízo de discricionariedade da autoridade policial, uma vez que retira dela qualquer juízo a respeito da necessidade de instauração do procedimento, devendo atender de pronto a determinação. Compete ao Tribunal Regional Federal conhecer e julgar *habeas corpus* contra ato praticado por membro do Ministério Público Federal (CR, art. 108, I, a) (TRF da 3ª Região, HC nº 2010.03.00.015193-5, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 14.03.11).

2. Com fundamento no art. 108, I, a, da Constituição da República, compete ao Tribunal o *habeas corpus* impetrado para o trancamento de inquérito policial instaurado por requisição de Procurador da República (RE nº 377.356, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07.10.08, Informativo STF nº 523).

3. O parcelamento, uma vez que não extingue o crédito tributário, também não extingue a pretensão punitiva.

4. O Inquérito Policial nº 312/12 foi instaurado em razão do Ofício Requisitório nº 230/12, de 23.02.12, da Procuradoria da República de Sorocaba (SP), que encaminhava a Representação Fiscal para Fins Penais, e objetiva apurar a conduta dos pacientes que declararam à Receita Federal a existência de créditos tributários com exigibilidade suspensa por decisão judicial para se eximirem do pagamento de tributo federal, sem que figurassem no polo ativo das respectivas ações judiciais, o que caracteriza, em tese, o delito do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90 (cfr. fls. 415/419).

5. A competência desta Corte Regional para o processamento e julgamento deste *writ* emana do art. 108, I, a, da Constituição da República.

6. No tocante ao parcelamento efetuado pelos pacientes, é certo que se trata de modalidade de suspensão do crédito tributário (CTN, art. 151, IV). Não tem a propriedade de ensejar, na esfera penal, a extinção da punibilidade, a qual se subordina ao pagamento da exação (CTN, art. 156, I).

7. Para que se ultime a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/95, bem como no art. 9º da Lei 10.684/03, mencionados na impetração, o pagamento

deve ser integral.

8. O parcelamento é causa de suspensão da pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, a teor do art. 68 da Lei nº 11.941/09. E para que se implemente a suspensão da pretensão punitiva, deve-se comprovar que as dívidas objeto do pedido de parcelamento estão consolidadas pelo sujeito passivo, sendo insuficiente mero termo de opção e início de pagamento, conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.941/09.

9. Conforme informação da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Sorocaba, os débitos objeto dos Processos Administrativos nº 12948.720031/2011-31 e 12948.720026/2011-28, encontram-se incluídos no regime tributário de parcelamento.

10. Configurada a hipótese de suspensão da pretensão punitiva quanto ao delito do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, em tese cometido pelos representantes legais da empresa BT Equipamentos Industriais Ltda., é caso, outrossim, de suspender o inquérito policial quanto a essa suposta conduta delitiva.

11. O mero indiciamento efetuado pela Autoridade Policial durante a fase do inquérito policial, que se baseia em indícios de autoria extraídos da Representação Fiscal para Fins Penais, não configura constrangimento ilegal reparável pela via do *habeas corpus*.

12. Ordem parcialmente concedida para suspender o Inquérito Policial nº 312/12, instaurado para investigar o delito do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, enquanto perdurar o parcelamento relativo aos débitos indicados no feito originário.

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, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de março de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW- Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Edna Cesar Asensio Pena e de Janir Teixeira, para o trancamento do Inquérito Policial nº 312/12, em curso na Delegacia de Polícia Federal de Sorocaba (SP), à vista da extinção da punibilidade (fl. 5).

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) foi instaurado o Inquérito Policial nº 312/12 pela Delegacia de Polícia Federal em Sorocaba (SP), pela prática, em tese, do delito do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90 pelos representantes legais da empresa BT Equipamentos Industriais Ltda., sendo os pacientes indiciados;

b) em 19.09.12, quando compareceram na Delegacia de Polícia de Tatuí (SP), em cumprimento a carta precatória extraída do Inquérito Policial nº 312/12, os pacientes informaram à Autoridade Policial que os débitos referidos na Representação Fiscal para Fins Penais estavam sendo parcelados;

c) em 20.05.14, em nova oitiva na Delegacia de Polícia de Tatuí (SP), os pacientes juntaram novos extratos do parcelamento informado;

d) o Delegado de Polícia Federal que preside o Inquérito Policial nº 312/12 desprezou as informações prestadas relativas ao parcelamento e manteve o indiciamento dos pacientes;

e) está extinta a punibilidade, pois os débitos referidos na Representação Fiscal para Fins Penais foram parcelados e estão sendo pagos;

f) o art. 34 da Lei nº 9.249/95 prevê que o pagamento do débito tributário antes do recebimento da denúncia é causa excludente da punibilidade e o art. 9º da Lei nº 10.684/03 estabelece que o parcelamento do débito é causa de suspensão da pretensão punitiva;

g) requer-se a concessão liminar da ordem de *habeas corpus* para o trancamento do Inquérito Policial nº 312/2012, em curso na Delegacia de Polícia Federal de Sorocaba (SP), à vista da extinção da punibilidade, “pois houve o parcelamento dos débitos tributários” (fl. 5), determinando-se também o “cancelamento do indiciamento dos pacientes” (fl. 449) (fls. 2/6 e 449/450).

Foram juntados documentos aos autos (fls. 7/445).

Foi oferecido aditamento à impetração para “incluir no pólo passivo do presente feito o DD. PROCURADOR DA REPÚBLICA DO MUNICÍPIO DE SOROCABA” (fls. 449/450).

O Procurador da República de Sorocaba (SP) e o Delegado de Polícia Federal em Sorocaba (SP) prestaram informações (fls. 457/460 e 462/497).

O Procurador da República em Sorocaba (SP) informou que “requisitou à autoridade policial que preside o inquérito sobredito que confirme, perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, se realmente houve o parcelamento e se tal parcelamento está sendo regularmente adimplido” (fl. 458).

O Delegado de Polícia Federal em Sorocaba solicitou as informações mencionadas (fl. 506), as quais foram prestadas pelo Procurador Seccional da Fazenda Nacional em Sorocaba, no sentido de que os débitos objeto dos Processos Administrativos nº 12948.720031/2011-31 e 12948.720026/2011-28 encontram-se incluídos no parcelamento instituído pela Lei 12.996/14 (fl. 507).

O pedido liminar foi deferido parcialmente tão somente para suspender o Inquérito Policial nº 312/12, instaurado para investigar o delito do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90 (fls. 509/510v.).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, confirmando-se a liminar deferida (fls. 516/517).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW- Relator

VOTO

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

Inquérito Policial. Requisição. Ministério Público Federal. Legitimidade passiva. Tribunal Regional Federal. Competência. A requisição para instauração de inquérito policial por membro do Ministério Público Federal é ato que não se sujeita ao juízo de discricionariedade da autoridade policial, uma vez que retira dela qualquer juízo a respeito da necessidade de instauração do procedimento, devendo atender de pronto a determinação. Compete ao Tribu-

nal Regional Federal conhecer e julgar *habeas corpus* contra ato praticado por membro do Ministério Público Federal (CR, art. 108, I, a) (TRF da 3ª Região, HC nº 2010.03.00.015193-5, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 14.03.11).

Habeas corpus. Inquérito policial. Requisição ministerial. Competência do Tribunal. Com fundamento no art. 108, I, a, da Constituição da República, compete ao Tribunal o *habeas corpus* impetrado para o trancamento de inquérito policial instaurado por requisição de Procurador da República (RE nº 377.356, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07.10.08, *Informativo STF* nº 523).

Extinção da punibilidade. Parcelamento. Inadmissibilidade. O parcelamento, uma vez que não extingue o crédito tributário, também não extingue a pretensão punitiva.

Do caso dos autos. A impetração objetiva o trancamento do Inquérito Policial nº 312/12, instaurado pela Delegacia de Polícia Federal em Sorocaba (SP), por requisição do Procurador da República do local, em que foram indiciados os pacientes, na condição de representantes legais da empresa BT Equipamentos Industriais Ltda., pela prática, em tese, do delito do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90.

Protesta-se contra o seguimento do mencionado inquérito policial e a manutenção do indiciamento dos pacientes, ao argumento de que o parcelamento do débito tributário manejado por eles é causa de extinção da punibilidade.

Entretanto, não se entrevê constrangimento ilegal.

O Inquérito Policial nº 312/12 foi instaurado em razão do Ofício Requisitório nº 230/12, de 23.02.12, da Procuradoria da República de Sorocaba (SP), que encaminhava a Representação Fiscal para Fins Penais, e objetiva apurar a conduta dos pacientes que declararam à Receita Federal a existência de créditos tributários com exigibilidade suspensa por decisão judicial para se eximirem do pagamento de tributo federal, sem que figurassem no polo ativo das respectivas ações judiciais, o que caracteriza, em tese, o delito do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90 (cfr. fls. 415/419).

A competência desta Corte Regional para o processamento e julgamento deste *writ* emana do art. 108, I, a, da Constituição da República.

No tocante ao parcelamento efetuado pelos pacientes, é certo que se trata de modalidade de suspensão do crédito tributário (CTN, art. 151, IV). Não tem a propriedade de ensejar, na esfera penal, a extinção da punibilidade, a qual se subordina ao pagamento da exação (CTN, art. 156, I).

Para que se ultime a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/95, bem como no art. 9º da Lei 10.684/03, mencionados na impetração, o pagamento deve ser integral.

O parcelamento é causa de suspensão da pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, a teor do art. 68 da Lei nº 11.941/09. E para que se implemente a suspensão da pretensão punitiva, deve-se comprovar que as dívidas objeto do pedido de parcelamento estão consolidadas pelo sujeito passivo, sendo insuficiente mero termo de opção e início de pagamento, conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.941/09.

Conforme informação da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Sorocaba, os débitos objeto dos Processos Administrativos nº 12948.720031/2011-31 e 12948.720026/2011-28, encontram-se incluídos no regime tributário de parcelamento.

Assim, configurada a hipótese de suspensão da pretensão punitiva quanto ao delito do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, em tese cometido pelos representantes legais da empresa BT

Equipamentos Industriais Ltda., é caso, outrossim, de suspender o inquérito policial quanto a essa suposta conduta delitiva.

Anoto que o mero indiciamento efetuado pela Autoridade Policial durante a fase do inquérito policial, que se baseia em indícios de autoria extraídos da Representação Fiscal para Fins Penais, não configura constrangimento ilegal reparável pela via do *habeas corpus*.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus*, tão somente para suspender o Inquérito Policial nº 312/12, instaurado para investigar o delito do art. art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, enquanto perdurar o parcelamento relativo aos débitos indicados no feito originário.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW- Relator

“HABEAS CORPUS”
0002366-65.2015.4.03.0000
(2015.03.00.002366-9)

Impetrantes: MARCELA MOREIRA LOPES E PAOLA MARTINS FORZENIGO
Paciente: FAUSTO SOLANO PEREIRA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 10^a VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Corréus: PAULO ROBERTO RAMOS JUNIOR E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: HC 61525
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/03/2015

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA PARA OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. INDEFERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. O indeferimento do pedido de expedição de carta rogatória para os Estados Unidos da América, ainda que fundamentado em relevantes razões de ordem prática, não se sustenta. Com efeito, não incumbe ao juízo verificar a possibilidade prática de cumprimento da carta rogatória, mas apenas a imprescindibilidade de sua expedição, nos termos do art. 222-A, *caput*, do Código de Processo Penal. Aquela providência é atribuição das autoridades diplomáticas, a ser realizada dentro de seu âmbito de atuação e à luz da situação concreta que lhes for apresentada. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não cabe ao juízo a análise da pertinência da oitiva da testemunha, sendo isso prerrogativa da parte (acusação ou defesa). Ao juízo cabe - exclusivamente - a verificação da pertinência do teor do depoimento para o julgamento da causa. Em outras palavras, é direito da acusação e da defesa arrolar as testemunhas que entenderem pertinentes para a confirmação de suas teses (acusatória ou defensiva). Impedir isso, direta ou indiretamente, implica cerceamento de direito, dentro do sistema acusatório.

3. No caso de testemunhas arroladas pela defesa, o Código de Processo Penal, sabiamente, contém disposição expressa (art. 222, §§ 1º e 2º) que impede o uso abusivo de cartas precatórias e/ou rogatórias, visando à procrastinação do feito. Assim, para que eventuais cartas precatórias e ou rogatórias para oitiva de testemunhas de defesa não sejam utilizadas em desfavor da duração razoável do processo, basta que se observem esses dispositivos legais. Expede-se a carta precatória e/ou rogatória com prazo fixado. Decorrido este, sem que tenha sido cumprida, prossegue-se no julgamento, como autoriza a lei.

4. Esse raciocínio não vale para testemunhas da acusação por uma simples razão: o direito de o acusado ser interrogado após a produção de todas as provas requeridas pelo Ministério Público. Como o interrogatório é o último ato de instrução e momento de autodefesa ou de defesa direta do acusado, é necessário que o juiz da causa aguarde o cumprimento de todas as cartas para que prossiga na instrução.

5. No caso em exame, não verifico intento procrastinatório. Ao contrário, a defesa do paciente, pelas impetrantes, justificou adequadamente a necessidade da oitiva da testemunha nos Estados Unidos da América. É direito seu, que não pode ser cerceado.

Se o depoimento dessa testemunha será ou não útil ou relevante para o julgamento da ação penal, isso somente poderá ser feito pelo juízo impetrado no momento em que proferir a sentença. Antes, não.

6. Ordem parcialmente concedida para deferir a expedição de carta rogatória para os Estados Unidos da América, bem como garantir que o encerramento da instrução e julgamento da causa de origem ocorram somente após o decurso do prazo fixado para seu cumprimento.

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, confirmo a decisão liminar e CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* para deferir a expedição de carta rogatória para os Estados Unidos da América, com prazo de 120 (cento e vinte) dias, bem como garantir que o encerramento da instrução e julgamento da causa de origem ocorram somente após o decurso desse prazo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de março de 2015.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelas advogadas Marcela Moreira Lopes e Paola Martins Forzenigo, em favor de FAUSTO SOLANO PEREIRA, contra ato da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP que, nos autos da ação penal nº 0003191-47.2002.4.03.6181, indeferiu o pedido de expedição de carta rogatória para os Estados Unidos da América, com a finalidade de oitiva de testemunha arrolada pela defesa do paciente.

As impetrantes alegam, em síntese, que o indeferimento desse pedido configura cerceamento de defesa. Afirmam não haver recusa formal e concreta do Poder Judiciário norte-americano quanto ao cumprimento da carta rogatória e que o fato de os Estados Unidos ter firmado *MLAT - Mutual Legal Assistance Treaty* com o Brasil, voltado à realização de diligências de interesse da acusação ou do juízo, não impede o cumprimento da carta, sendo irrelevante, portanto, o fato de a rogatória destinar-se ao cumprimento de diligência requerida pela defesa.

Requerem a concessão liminar da ordem para suspender-se a ação penal até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*, ocasião em que postulam seja decretada a nulidade da decisão proferida pela autoridade impetrada e a consequente determinação de expedição da carta rogatória.

O pedido de liminar foi deferido parcialmente, conforme decisão acostada a fls. 28/32v.

A autoridade impetrada prestou as informações juntadas a fls. 37/38, instruída com os documentos de fls. 39/42v.

O Ministério Público Federal opina pela confirmação da liminar e consequente concessão parcial da ordem (fls. 44/45).

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 legalidade, ou não, da decisão proferida pelo juízo impetrado que indeferiu a expedição de carta rogatória para oitiva de testemunha domiciliada nos Estados Unidos da América.

O pedido de liminar foi por mim deferido parcialmente, nos seguintes termos (fls. 28/32v):

Vistos em decisão liminar.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelas advogadas Marcela Moreira Lopes e Paola Martins Forzenigo, em favor de FAUSTO SOLANO PEREIRA, contra ato da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP que, nos autos da ação penal nº 0003191-47.2002.4.03.6181, indeferiu o pedido de expedição de carta rogatória para os Estados Unidos da América, com a finalidade de oitiva de testemunha arrolada pela defesa do paciente.

As impetrantes alegam, em síntese, que o indeferimento desse pedido configura cerceamento de defesa. Afirmam não haver recusa formal e concreta do Poder Judiciário norte-americano quanto ao cumprimento da carta rogatória e que o fato de os Estados Unidos ter firmado MLAT - Mutual Legal Assistance Treaty com o Brasil, voltado à realização de diligências de interesse da acusação ou do juízo, não impede o cumprimento da carta, sendo irrelevante, portanto, o fato de a rogatória destinar-se ao cumprimento de diligência requerida pela defesa.

Requerem a concessão liminar da ordem para suspender-se a ação penal até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*, ocasião em que postulam seja decretada a nulidade da decisão proferida pela autoridade impetrada e a consequente determinação de expedição da carta rogatória.

É o relato do essencial. *Decido*.

As decisões ora atacadas (cópias a fls. 15/16v e 25/26v, respectivamente) encontram-se assim redigidas, no que interessa ao processamento deste *writ*:

“A defesa de FAUSTO SOLANO PEREIRA requereu a substituição das testemunhas não localizadas pelas testemunhas Ivo Marques de Lima, Gustavo I. Chonat e Eduardo Pires Valdivia, residentes no Rio de Janeiro, Coral Gables/EUA e São Paulo, respectivamente (fls. 1198). Como não houve decisão posterior que tenha indeferido a oitiva das testemunhas, há que se reconhecer que a instrução não foi encerrada.

Assim, quanto à testemunha arrolada residente nos EUA, verifico que, segundo o DRCI, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e autoridade central brasileira responsável pelos pedidos de cooperação internacional, a autoridade central estadunidense informa que as ‘Cartas Rogatórias que solicitam diligências requeridas exclusivamente pela defesa não estão abrangidas pelo Acordo de Cooperação Internacional em Matéria Penal entre o Brasil e aquele país’.

E ainda, conforme prevê a Ordem de Serviço nº 002/2007 do DRCI em seu art. 2º, ‘Os pedidos de cooperação que tenham por objeto a produção de prova oriunda exclusivamente da defesa, mesmo que encaminhados por autoridade judiciária, serão devolvidos à origem’.

Portanto, em razão da testemunha ter sido arrolada exclusivamente pela defesa do acusado FAUSTO, e haver determinação expressa para a devolução à origem de pedidos de cooperação neste sentido, o que leva a uma impossibilidade prática do cumprimento de tal medida, INDEFIRO o pedido de expedição de carta rogatória para oitiva da testemunha Gustavo I. Chonat em Coral Gables/EUA, feito pela defesa do acusado FAUSTO SOLANO PEREIRA, sem prejuízo, no entanto, que a testemunha seja trazida para prestar depoimento no Brasil, ou que sejam utilizados outros mecanismos previstos naquele Tratado para a realização da oitiva naquele país às expensas da defesa do acusado, ou ainda, que seja a testemunha substituída por outra” (fls. 16/16v; destaques no original).

“Fls. 1368/1373: a negativa de expedição do pedido de cooperação não pretende impedir o réu de produzir as provas que entende necessária à sua defesa eficiente, mas decorre da *absoluta impossibilidade prática de cumprimento*.”

A solicitação de prática de ato processual em país estrangeiro, seja por meio de acordo de assistência jurídica ou por meio de carta rogatória, tem seu cumprimento vinculado a ato soberano do país requerido, que pode recusar sua execução quando a medida solicitada afrontar dispositivos de seu sistema jurídico.

O DRCI, enquanto autoridade central que coordena a execução da cooperação jurídica internacional, informa as peculiaridades do sistema jurídico estadunidense do Common Law, no qual a oitiva de testemunhas de defesa se dá integralmente às expensas da parte interessada, não cabendo ao governo norte americano utilizar bens e esforços públicos para custear a oitiva que não interessa ao juiz ou ao Estado.

Desta forma, *independentemente do meio utilizado - carta rogatória ou solicitação de cooperação jurídica internacional* - o pedido de cooperação internacional para oitiva de testemunha exclusiva da defesa é contrário ao sistema jurídico dos Estados Unidos da América e, portanto, qualquer solicitação neste sentido será devolvida à origem, o que comprova a absoluta impropriedade prática de cumprimento do quanto requerido pela defesa do réu Fausto.

(...)

Ressalte-se que a negativa ao pedido ora pleiteado pela defesa, que decorre da impossibilidade prática, não caracteriza cerceamento de defesa, já que na sentença proferida a fls. 1361/1362, foram concedidas à defesa outras três possibilidades para produção da prova: o comparecimento da testemunha neste Juízo, às expensas da defesa; a colheita da prova seguindo outros mecanismos previstos em tratado; ou a substituição da testemunha por outra que não resida nos EUA.

Assim, MANTENHO o indeferimento, pelos motivos expostos acima e às fls. 1361/1362. Intime-se novamente a defesa do réu Fausto, para que, no prazo de 3 (três) dias e SOB PENA DE PRECLUSÃO, indique outra testemunha em substituição a Gustavo Chonat, sem prejuízo de que seja trazida em audiência independentemente de intimação.

No mais, designo audiência de instrução para o dia 31 de março de 2015, às 14h00, para que sejam ouvidas a testemunha de defesa Eduardo Pires Valdívia (fl. 1199) e eventual testemunha a ser indicada pela defesa do réu Fausto, bem como para que sejam reinterrogados os réus FAUSTO SOLANO PEREIRA e PAULO ROBERTO RAMOS JÚNIOR.

Intimem-se os réus e a(s) testemunha(s)” (fls. 25/26v; destaques no original).

Em juízo preliminar de cognição sumária, verifico ser o caso de concessão liminar parcial da ordem.

Anoto, inicialmente, que a defesa indicou, nos autos da ação penal, a imprescindibilidade da oitiva da testemunha Gustavo I. Chonat, residente nos Estados Unidos da América, como se nota na petição cuja cópia encontra-se juntada a fls. 18/23.

O indeferimento do pedido de expedição de carta rogatória para os Estados Unidos, ainda que fundamentado em relevantes razões de ordem prática, não se sustenta.

Com efeito, não incumbe ao juízo verificar a possibilidade prática de cumprimento da carta rogatória, mas apenas a imprescindibilidade de sua expedição, nos termos do art. 222-A, *caput*, do Código de Processo Penal. Aquela providência é atribuição das autoridades diplomáticas, a ser realizada dentro de seu âmbito de atuação e à luz da situação concreta que lhes for apresentada.

Veja-se, a propósito, o precedente do Superior Tribunal de Justiça invocado pelas impetrantes: (...)

“OITIVA DE TESTEMUNHA RESIDENTE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ACORDO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA EM MATÉRIA PENAL - MLAT. PECULIARIDADES DO SISTEMA NORTE-AMERICANO. INSTITUTO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A CARTA ROGATÓRIA. MEIO ORDINÁRIO DE PRÁTICA DE

ATOS PROCESSUAIS EM PAÍS ESTRANGEIRO. ILEGALIDADE NO INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL PRETENDIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nas relações jurisdicionais com autoridade estrangeira, o legislador ordinário estabeleceu, como regra, a via diplomática para a prática de atos processuais fora do território nacional, instituindo a carta rogatória como o seu instrumento, nos termos dos artigos 783 e seguintes do Código de Processo Penal.

2. Os acordos de assistência jurídica em matéria penal celebrados com diversos países, por meio dos quais é instituída uma via mais célere para a prática de atos processuais, não se confundem com o instituto da carta rogatória.

3. A impossibilidade de se produzir a prova testemunhal pretendida pela defesa por intermédio do acordo bilateral celebrado com o Governo dos Estados Unidos da América não é fundamento, por si só, para o indeferimento do pleito, tendo em vista a existência da via diplomática residual representada pela carta rogatória, desde que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 222-A e 783, ambos do Código de Processo Penal, cujo cumprimento ou não é decisão soberana do País requerido.

4. Ordem concedida para cassar a decisão que indeferiu a oitiva de testemunhas residentes nos Estados Unidos da América arroladas pela defesa, determinando-se que o magistrado singular avalie se o pleito preenche os requisitos elencados nos artigos 222-A e 783, ambos do Código de Processo Penal.”

(STJ, HC 208.663/SP, Reg. n.º 2011/0127604-4, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 02.10.2014, v.u., DJe 10.10.2014; destaquei)

Por oportuno, transcrevo os seguintes trechos do voto do ministro relator, que bem elucidam a questão:

“Em termos de relações jurisdicionais com autoridade estrangeira, o legislador ordinário estabeleceu, como regra, a via diplomática para a prática de atos processuais fora do território nacional, instituindo a carta rogatória como o seu instrumento, nos termos dos artigos 783 e seguintes do Código de Processo Penal.

(...)

Assim, por meio de acordos bilaterais ou multilaterais, diversos países passaram a se comprometer a prestar assistência jurídica mútua, celebrando os chamados MLAT, sigla para a expressão inglesa Mutual Legal Assistance Treaties. Trata-se, em síntese, de desburocratizar os atos jurisdicionais que ordinariamente seriam praticados pela via diplomática, elegendo-se autoridades centrais nos países signatários que darão cumprimento ao pedido de assistência, observadas as normas contidas no acordo.

Por tal razão, a existência de acordo bilateral ou multilateral de assistência jurídica entre determinados países não exclui, por si só, a possibilidade de se utilizar a carta rogatória como meio ordinário para a prática de atos processuais no estrangeiro, já que se tratam de institutos distintos.

(...)

Assim, sendo certo que os referidos acordos se constituem em uma via mais célere para a prática de atos processuais em país estrangeiro, devem ser utilizados com preferência ao meio usual, qual seja, a carta rogatória.

Entretanto, não se pode olvidar que tais acordos se traduzem em um ajuste de vontades de dois Estados soberanos, razão pela qual não raro são encontradas algumas limitações referentes a peculiaridades existentes nos ordenamentos jurídicos locais, como ocorre no caso do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, aqui promulgado pelo Decreto n.º 3.810, de 2 de maio de 2001.

Conforme esclarecido pelo Ministério da Justiça (autoridade central brasileira), por meio do referido acordo o Governo dos Estados Unidos da América apenas dá cumprimento às providências e diligências requeridas por autoridades públicas, não sendo aplicável quando

o requerimento é formulado pelo réu, em razão das peculiaridades normativas que regem o sistema da Common Law adotado naquele país.

(...)

O que se infere do teor dos esclarecimentos colacionados, assim como da leitura do acordo celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos, é que este meio mais célere não pode ser utilizado para a produção de atos de interesse exclusivo da defesa, em razão dos princípios processuais que vigem na legislação Norte-Americana.

Tal circunstância, entretanto, não permite que seja descartada, de plano, a via diplomática residual, representada pela expedição de carta rogatória com a observância dos seus requisitos legais, elencados nos artigos 222-A e 783, ambos do Código de Processo Penal.

Com efeito, o devido processo legal constitucionalmente garantido pressupõe que sejam disponibilizados às partes os meios e oportunidades para a produção das provas que entendem pertinentes à comprovação das teses sustentadas em juízo, razão pela qual a pretensão de oitiva de uma testemunha residente em país estrangeiro não pode ser negada apenas pelo fato do acordo bilateral existente não prever tal possibilidade.

Deve-se, ao contrário, analisar se o pleito preenche os requisitos legais para a expedição da carta rogatória, como meio ordinário de realização de atos processuais no exterior, cujo cumprimento ou não deve ficar a cargo do País requerido, no âmbito da sua soberania internacionalmente reconhecida, tratando-se da única medida que, no caso em apreço, confere equilíbrio na relação processual estabelecida entre acusação e defesa.

Entretanto, não se poderá falar em cerceamento de defesa caso o País requerido negue cumprimento à carta rogatória, já que, conforme salientado, trata-se de decisão que reside no âmbito de sua soberania.

Na hipótese, conforme se infere da cópia do despacho proferido pelo magistrado singular, a pretensão da defesa de ouvir uma testemunha residente nos Estados Unidos da América foi indeferida tão somente em razão da impossibilidade noticiada pelo Ministério da Justiça, embora tenha sido deferido pedido semelhante com relação a testemunha residente na República Dominicana, por meio intermédio de carta rogatória. Veja-se:

(...)

Tal circunstância evidencia o cerceamento de defesa reclamado na impetração, já que, conforme afirmado alhures, a impossibilidade da prática do ato processual pela via mais célere do acordo celebrado com os Estados Unidos da América não pode servir de fundamento, por si só, para o indeferimento da providência requerida, já que existente a via diplomática residual da carta rogatória, cujo cumprimento ou não, frise-se, é decisão soberana do País requerido” (destaquei).

Acrescento que não cabe ao juízo a análise da pertinência da oitiva da testemunha, sendo isso prerrogativa da parte (acusação ou defesa). Ao juízo cabe - exclusivamente - a verificação da pertinência do teor do depoimento para o julgamento da causa.

Em outras palavras, é direito da acusação e da defesa arrolar as testemunhas que entenderem pertinentes para a confirmação de suas teses (acusatória ou defensiva). Impedir isso, direta ou indiretamente, implica cerceamento de direito, dentro do sistema acusatório.

O valor do teor dos depoimentos será aferido pelo juiz da causa no momento próprio, ou seja, por ocasião do julgamento definitivo.

Ademais, no caso de testemunhas arroladas pela defesa, o Código de Processo Penal, sabidamente, contém disposição expressa que impede o uso abusivo de cartas precatórias e/ou rogatórias, visando à procrastinação do feito.

Com efeito, o parágrafo 1º do art. 222 dispõe claramente que “[a] expedição da [carta] precatória não suspenderá a instrução criminal”, ao passo que o parágrafo 2º desse artigo estabelece que “[f]indo o prazo marcado [para cumprimento da precatória], poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos”.

O parágrafo único do art. 222-A, por sua vez, prevê que se aplica às cartas rogatórias os

dispositivos supratranscritos.

Assim, para que eventuais cartas precatórias e ou rogatórias para oitiva de testemunhas de defesa não sejam utilizadas em desfavor da duração razoável do processo, basta que se observem esses dispositivos legais.

Expede-se a carta precatória e/ou rogatória com prazo fixado. Decorrido este, sem que tenha sido cumprida, prossegue-se no julgamento, como autoriza a lei.

Esse raciocínio não vale para testemunhas da acusação por uma simples razão: o direito de o acusado ser interrogado após a produção de todas as provas requeridas pelo Ministério Público. Como o interrogatório é o último ato de instrução e momento de autodefesa ou de defesa direta do acusado, é necessário que o juiz da causa aguarde o cumprimento de todas as cartas para que prossiga na instrução.

Volto a dizer, no entanto, que isso não se aplica à defesa. Isto porque a produção da prova da defesa é de interesse direto do acusado e deve ele - desde que imbuído de legítima intenção de defesa - fazer o máximo possível para que a prova seja produzida a tempo de ser devidamente apreciada pelo juízo natural. Se a intenção da oitiva de testemunhas fora do distrito da culpa for meramente procrastinatória (e isso, infelizmente, é mais comum do que se imagina), o art. 222, §§ 1º e 2º, coíbe essa prática.

No caso em exame, não verifico intento procrastinatório. Ao contrário, a defesa do paciente, pelas impetrantes, justificou adequadamente a necessidade da oitiva da testemunha nos Estados Unidos da América. É direito seu, que não pode ser cerceado, como disse acima.

Se o depoimento dessa testemunha será ou não útil ou relevante para o julgamento da ação penal, isso somente poderá ser feito pelo juízo impetrado no momento em que proferir a sentença. Antes, não.

Por isso, a decisão de impedir a expedição da carta rogatória, ainda que seja relevante o motivo invocado pela juíza que a proferiu, cerceia o direito de defesa, sendo passível de correção pela via do *habeas corpus*.

Portanto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* na pretensão liminar deduzida, é o caso de concessão liminar parcial da ordem, mas apenas para suspender o encerramento da instrução, que está próximo, haja vista a audiência designada, garantindo-se o direito do paciente à oitiva da testemunha que oportunamente arrolou.

Posto isso, DEFIRO PARCIALMENTE O PEDIDO DE LIMINAR nos seguintes termos:

- a) *defiro a expedição da carta rogatória* para os Estados Unidos da América, para oitiva da testemunha Gustavo I. Chonat, arrolada pelo paciente FAUSTO SOLANO PEREIRA nos autos da ação penal nº 0003191-47.2002.4.03.6181, a ser providenciada pelo juízo impetrado;
- b) fixo o *prazo de 120* (cento e vinte) *dias* para *cumprimento* dessa carta rogatória;
- c) esse prazo começará a fluir a partir do cumprimento, pela defesa do paciente, das formalidades necessárias à expedição da rogatória, inclusive seu encaminhamento ao Ministério da Justiça, arcando com todos os custos daí decorrentes, nos termos do art. 222-A do Código de Processo Penal;
- d) para o *cumprimento* dessas *formalidades*, fixo o *prazo de 30* (trinta) *dias*, a iniciar-se da data da intimação das impetrantes acerca desta decisão;
- e) *mantenho* a realização da *audiência* de instrução marcada para o próximo dia 31 de março de 2015, às 14h00, pois há testemunha a ser inquirida e cuja oitiva não é - nem pode ser - prejudicada pela rogatória; e
- f) *suspendo apenas o reinterrogatório* dos acusados nessa audiência (31.03.2015), pois, como último ato da instrução, deverá aguardar o final do prazo concedido para cumprimento da carta rogatória.

Findo o prazo para cumprimento da carta rogatória, o juízo impetrado poderá realizar o reinterrogatório dos acusados e prosseguir no julgamento da causa.

Maiores informações para cumprimento das formalidades de expedição da carta rogatória poderão ser obtidas pelas impetrantes junto ao juízo deprecado, assim como obtidas no se-

guinte endereço eletrônico: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/orientacoes-por-pais/estados-unidos>.

Comunique-se esta decisão ao juízo impetrado, para imediato cumprimento e apresentação de informações, no *prazo* de 5 (cinco) dias.

Após a juntada das informações, *dê-se* vista ao *Ministério Público Federal*, para manifestação.

Por fim, venham os *autos conclusos*.

Providencie-se o necessário. Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

O exame dos autos revela que a decisão ora transcrita deve ser confirmada, pois, no caso, a negativa de expedição de carta rogatória configura constrangimento ilegal.

Aliás, o parecer ministerial (fls. 44/45), providência adotada após a apreciação do pedido de liminar, bem reforça o quanto restou decidido, tendo salientado, ainda, “que não se pode falar em cerceamento de defesa no caso do País requerido se negar a cumprir a carta rogatória, uma vez tratar-se de decisão que reside no âmbito de sua total soberania” (fls. 45).

Posto isso, confirmo a decisão liminar e **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus*** para deferir a expedição de carta rogatória para os Estados Unidos da América, com prazo de 120 (cento e vinte) dias, bem como garantir que o encerramento da instrução e julgamento da causa de origem ocorram somente após o decurso desse prazo, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0002603-28.2003.4.03.6109
(2003.61.09.002603-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: O CACAU IND. E COM. DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe de Processo: AC 2041767
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2015

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ENTREGA DA DCTF. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 47 DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45. VEDAÇÃO DO ARTIGO 146, III, “B”, DA CF/88. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. SENTENÇA MANTIDA.

- No caso de tributo sujeito a lançamento por homologação declarados e não pagos, o fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior (REsp nº 1.120.295/SP).

- O § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil, segundo o qual a interrupção da prescrição deve retroagir à propositura da ação, assim como o artigo 47 do Decreto-Lei nº 7.661/45, não se aplica à espécie. A Constituição Federal expressamente determina que cabe à lei complementar dispor acerca de normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre prescrição.

- A dívida cobrada foi constituída por meio de declaração entregue em 28.05.1998, marco inicial para a contagem do prazo prescricional. Proposta a ação em 02.04.2003 e determinada a citação da empresa, não foi encontrada no endereço procurado. Pleiteada a citação editalícia, foi realizada em 03.12.2007. A exequente informou a falência da empresa e o pedido de reserva de numerário destinado ao pagamento do débito. Entre a entrega da DCTF a citação da executada transcorreu prazo superior a cinco anos, o que resulta no reconhecimento da causa extintiva, uma vez que antes mesmo do ajuizamento da demanda já havia sido decretada a falência da sociedade (16.10.2000), informação constante da ficha cadastral, que poderia ter sido obtida pelo fisco anteriormente, a fim de viabilizar a citação tempestiva da devedora, destinada à interrupção do lustro legal. Constada a negligência da União e a inaplicabilidade do artigo 47 do Decreto-Lei nº 7.661/45, consoante precedente da corte suprema, deve ser mantida a sentença recorrida.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimen-

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

São Paulo, 09 de abril de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

Apelação interposta pela União contra sentença que, em execução fiscal, decretou a prescrição do crédito tributário (fls. 145/147).

Alega-se, em síntese, que o débito foi constituído por DCTF em 28.05.1998 e decretada a falência da empresa em 16.10.2000, encerrada em 08.08.2011. Durante esse período não fluíu o prazo prescricional, a teor do artigo 47 do Decreto-Lei nº 7.661/45, aplicável em razão do artigo 192 da Lei nº 11.101/2005, de modo que deve ser reformada a sentença.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta corte (fl. 157).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Recurso Especial nº 1.120.295/SP*, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento segundo o qual, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, o fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior, dispensado o ente público que qualquer outra providência prevista nos artigos 142 e 150, § 4º, do CTN, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. *TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE* (IN CASU, *DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS*). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. *TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.*

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito

ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis: “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;
(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”

3. *A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.*

4. *A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado* (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da *Súmula 436/STJ*, verbis: “A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.”

6. Consequentemente, o *dies a quo* do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

7. *In casu*: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.

8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).

9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).

10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) “a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997”; e (ii) “o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional”, sendo certo que “o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco.” (fls. e-STJ 75/76).

11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração

de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior, inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional: “Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44).”

12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, in casu, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. (...) a 18 (...)

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (grifei)
(STJ - REsp 1120295 / SP - RECURSO ESPECIAL - 2009/0113964-5 - Ministro LUIZ FUX - Primeira Seção - DJ: 10/05/2010 - DJe 21/05/2010 - grifei)

O § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil, segundo o qual a interrupção da prescrição deve retroagir à propositura da ação, assim como o artigo 47 do Decreto-Lei nº 7.661/45, não se aplica à espécie. A Constituição Federal expressamente determina que cabe à lei complementar dispor acerca de normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre prescrição, *verbis* (grifei):

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

b) obrigação, lançamento, crédito, *prescrição* e *decadência tributários*;

[...]

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a matéria, no sentido de que as normas referentes à prescrição tributária têm natureza de norma geral de direito tributário e, destarte, devem ser instituídas por meio de lei complementar:

EMENTA: *PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei*

complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.

(RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886 - grifei)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. *PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. LEI ORDINÁRIA QUE DISPÕE DE FORMA CONTRÁRIA ÀQUELA NORMATIZADA EM LEI COMPLEMENTAR DE NORMAS GERAIS. ART. 146, III, B DA CONSTITUIÇÃO. ART. 46 DA LEI 8.212/1991. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. Viola a reserva de lei complementar para dispor sobre normas gerais em matéria tributária (art. 146, III, b da Constituição) lei ordinária da União que disponha sobre prescrição e decadência.* Precedentes. “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário” (Súmula Vinculante 8). Agravo Regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.

(RE 502648 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-05 PP-00998 - grifei)

A interrupção da prescrição ocorre, conforme disposto no artigo 174, inciso I, do Código Tributário Nacional, pelo despacho que determina a citação, contudo as alterações feitas pela Lei Complementar nº 118/2005 só entraram em vigor em 09.06.2005. Já se manifestou sobre esse tema o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 999.901/RS, eleito como representativo de controvérsia nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPTÃO. PRECEDENTES.

(...)

3. A mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado, sob o enfoque supra, não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

4. O processo, quando paralisado por mais de 5 (cinco) anos, impunha o reconhecimento da prescrição, quando houvesse pedido da parte ou de curador especial, que atuava em juízo como patrono sui generis do réu revel citado por edital.

5. A Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, *a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da*

propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.

(...)

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 999901/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009, destaquei).

Em consequência, aplicável o artigo 174, inciso I, do Código Tributário Nacional, com a redação anterior à edição da Lei Complementar nº 118/05, segundo o qual a prescrição se interrompe com a citação do devedor.

In casu, a dívida cobrada (fls. 04/11), vencida entre 10.02.1997 e 12.01.1998, foi constituída por meio de declaração entregue em 28.05.1998 (fl. 156), marco inicial para a contagem do prazo prescricional, na medida que posterior aos vencimentos das obrigações. Proposta a ação em 02.04.2003 (fl.02) e determinada a citação da empresa (fl. 12), não foi encontrada no endereço procurado (fl. 15), oportunidade em que foi requerida a diligência na pessoa do sócio (fl. 19), a qual restou frustrada (fl. 45). Pleiteada a citação editalícia (fls. 54 e 89), foi deferida (fl. 93) e realizada em 03.12.2007 (fl. 97). À fl. 101, a exequente informou a falência da empresa e o pedido de reserva de numerário destinado ao pagamento do débito. Verifica-se, portanto, que entre a entrega da DCTF (28.05.1998 - fl. 156), termo inicial da prescrição, e a citação da executada (03.12.2007) transcorreu prazo superior a cinco anos, o que resulta no reconhecimento da causa extintiva, uma vez que antes mesmo do ajuizamento da demanda já havia sido decretada a falência da sociedade (16.10.2000), informação constante da ficha cadastral de fls. 122/124, que poderia ter sido obtida pelo fisco anteriormente, a fim de viabilizar a citação tempestiva da devedora, destinada à interrupção do lustro legal. Assim, constada a negligência da União e a inaplicabilidade do artigo 47 do Decreto-Lei nº 7.661/45, consoante precedente da corte suprema, deve ser mantida a sentença recorrida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0004140-20.2012.4.03.6311

(2012.63.11.004140-5)

Apelantes: SEVERINO MANOEL DA SILVA FILHO E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Classe do Processo: ApelReex 2027230

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/04/2015

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. REGRA GERAL DE INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. ADICIONAL DE RISCO. CARATÉR INDENIZATÓRIO. NÃO CONFIGURADO. ACESSÓRIO SEGUE O PRINCIPAL. FGTS. DEDUÇÃO DE HONORÁRIOS.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.089.720/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado como representativo de controvérsia em 10/10/2012, firmou orientação no sentido de que, em regra, incide imposto de renda sobre os juros de mora, inclusive quando recebidos em virtude de reclamatória trabalhista, ressalvadas duas exceções:

a) Deve ser observada a natureza da verba principal, visto os juros de mora seguirem a mesma sorte, *accessorium sequitur suum principale*;

b) Não incide o tributo sobre os juros mora percebidos na situação de rescisão do contrato de trabalho decorrente da perda do emprego, indiferente a natureza da verba principal.

2. Na hipótese em exame, não houve perda de emprego. O autor, empregado da Cia Docas do Estado de São Paulo, juntamente com outros reclamantes, ingressou com reclamação trabalhista para pagamento de verbas em razão do exercício do emprego em condições especiais.

3. Aplica-se ao presente caso a exceção à regra segundo a qual o acessório segue o principal, e conforme anteriormente explicitado, não configurada a natureza indenizatória à verba “adicional de risco”, o mesmo raciocínio se aplica aos juros moratórios ora questionados.

4. O artigo 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/1988 isenta do imposto de renda os rendimentos recebidos por pessoas físicas correspondentes aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço pagos por ocasião da despedida ou rescisão do contrato de trabalho.

5. A sentença proferida na reclamação trabalhista reconheceu aos empregados da Companhia Docas de São Paulo o adicional de risco que deveria ser pago aos “reclamantes da ativa” e aos “saídos”.

6. No período em que o autor recebeu o pagamento das parcelas referentes ao adicional de risco, constava da lista dos “reclamantes da ativa”, não recebendo qualquer pagamento a título de FGTS, este devido apenas aos “saídos”. Ressalte-se que na lista dos ativos não consta valores pagos a título de FGTS; mas tão somente na lista dos saídos.

7. Aos reclamantes da ativa assegurou-se o depósito do FGTS, acrescidos dos respectivos juros em contas dos autores vinculadas ao FGTS. Depósito de FGTS durante a relação de emprego consiste em encargo do empregador.

8. As despesas efetuadas a título de honorários advocatícios em ação judicial somente poderão ser integralmente deduzidas da base de cálculo do imposto de renda na hipótese de as parcelas recebidas serem tributáveis. Caso o montante pago incluía parcelas isentas e não tributáveis,

não há como deduzir estas despesas.

9. Honorários a cargo das partes em relação aos seus respectivos procuradores, em decorrência da sucumbência recíproca.

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 do autor e dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, proposta com o objetivo de obter a declaração de inexigibilidade do imposto de renda sobre os valores relativos aos juros moratórios, do FGTS e dos honorários advocatícios recebidos e pagos em virtude da reclamação trabalhista 336/1996, que tramitou na 4ª Vara do Trabalho de Santos.

Requeru-se a retificação das declarações de ajuste anual do imposto de renda referentes aos anos calendários de 2007, 2008, 2009 e 2010, mediante a exclusão dos juros moratórios, do FGTS e dos honorários advocatícios recebidos e pagos em virtude da aludida reclamação trabalhista.

Por fim, pleiteou-se a condenação da União Federal a restituir os valores indevidamente recolhidos, corridos pela Selic.

Narra o autor haver ajuizado reclamação trabalhista na qual se pleiteou o pagamento de adicional de risco e sua incorporação na remuneração.

Os cálculos trabalhistas apontaram ser devido ao autor a quantia, atualizada até 01/04/2002, de R\$ 63.848,42, sem computar juros, relativos às parcelas vencidas no período compreendido entre fevereiro de 1991 e dezembro de 2000, tendo a empregadora promovido acordo para o pagamento dos haveres apurados naqueles autos em trinta e seis parcelas, iniciando-se em março de 2007 e terminando em março de 2010.

Afirma o autor, dentre as condições do acordo, ter o empregador efetuado a retenção e o recolhimento do imposto de renda sobre cada parcela mensal.

Alega haver o fisco procedido à revisão de ofício das declarações de ajuste anual do imposto de renda relativos aos anos calendários de 2007 a 2010, apurando a existência de valores devidos a título de imposto de renda, devidamente pagos pelo autor; contudo, “parte dos valores recebidos pelo autor referem-se à juros moratórios e FGTS, valores estes que foram incluídos à base de cálculo do imposto de renda.” (fl. 03). Postula-se a “exclusão dos valores relativos aos juros moratórios e FGTS”.

Aduz ser devida a exclusão do FGTS da base de cálculo do FGTS, instituto que “tem por escopo a concessão de indenização ao empregado demitido injustificadamente.”(fl. 07).

Regularmente processado o feito, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido

para declarar a exclusão dos valores a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, bem como dos honorários pagos na reclamação trabalhista 336/1996 da base de cálculo do IRPF nos anos calendários indicados na inicial, condenando a União a restituir o indébito tributário incidente sobre os valores recebidos na aludida ação, a ser apurado em fase de liquidação, atualizados pela Selic Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação. Reexame necessário na forma da lei.

Em apelação, o autor pugnou pela reforma da sentença no tocante aos juros moratórios.

Em apelação, a União Federal aduziu a incidência do imposto de renda sobre o FGTS, devendo ser tomado como parâmetro o entendimento no sentido de que se as horas extras possuem caráter salarial, os seus reflexos também possuem a mesma natureza, inserindo-se na hipótese de incidência do tributo. Quanto à dedução de honorários, requereu a observância da proporcionalidade dos rendimentos tributáveis. Por fim, aduziu a ocorrência da sucumbência recíproca.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Nos termos do art. 14 da Lei nº 4.860/1965, consiste o adicional de risco em verba salarial incidente sobre o valor do salário-hora ordinário do período diurno do trabalhador portuário, distinta, portanto, de verbas de cunho indenizatório.

Ainda que pago com atraso, o adicional de risco ostenta natureza salarial, por se tratar de parcela remuneratória suplementar devida aos empregados portuários, nos termos do art. 14 da Lei 4.860/1965, inserindo-se na hipótese prevista no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Acerca da natureza remuneratória do adicional de risco, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADICIONAL DE RISCO DE VIDA. VERBA DE NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. A orientação jurisprudencial do STJ é firme no sentido de que as verbas relativas aos adicionais possuem natureza remuneratória, sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. (AgRg no REsp 1.430.161/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 20/6/2014; AgRg no Ag 1.330.045/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 25/11/2010).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgREsp 1.434.963, relator Ministro, OG FERNANDES, DJE: 20/11/2014)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAL DE RISCO DE VIDA.

1. Na hipótese em exame, o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do STJ, de que as verbas relativas aos adicionais possuem natureza remuneratória, sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária.

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgREsp 1.430.161, relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJE: 20/06/2014)

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RESP 1.227.133/RS, pacificou o entendimento no sentido de não incidir imposto de renda sobre juros de mora aplicados para compensar dívidas resultantes de condenações trabalhistas.

Entendeu a Primeira Seção, por maioria, não representarem os juros de mora acréscimo patrimonial, porquanto se destinam a reparar não só o tempo em que o beneficiário ficou privado do bem, mas também os danos materiais e morais suportados pelo atraso culposos no pagamento de parcela devida.

Referido recurso foi julgado sob o regime do art. 543-C e da Resolução STJ nº 08/2008, que disciplinam o regramento dos recursos repetitivos. Confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL NA EMENTA DO ACÓRDÃO EMBARGADO.

- Havendo erro material na ementa do acórdão embargado, deve-se acolher os declaratórios nessa parte, para que aquela melhor reflita o entendimento prevalente, bem como o objeto específico do recurso especial, passando a ter a seguinte redação:

“RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JUROS DE MORA LEGAIS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. VERBAS TRABALHISTAS. NÃO INCIDÊNCIA OU ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA.

- Não incide imposto de renda sobre os juros moratórios legais vinculados a verbas trabalhistas reconhecidas em decisão judicial.”

Recurso especial, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, improvido.

Embargos de declaração acolhidos parcialmente.

(Embargos de Declaração ao Recurso Especial 1.227.133, relator Ministro César Asfor Rocha, DJe: 02/12/2011)

No Recurso Especial 1.089.720/RS, a questão voltou a ser apreciada e ganhou contornos definitivos, adotando-se o seguinte entendimento:

a) regra geral: recai imposto de renda sobre juros de mora nos termos do art. 16, parágrafo único, da Lei 4.506/1964: “Serão também classificados como rendimentos de trabalho assalariado os juros de mora e quaisquer outras indenizações pelo atraso no pagamento das remunerações previstas neste artigo”;

b) primeira exceção: não há imposto de renda sobre juros de mora decorrentes de verbas trabalhistas pagas no contexto de despedida ou rescisão de contrato de trabalho, consoante o art. 6º, inciso V, da Lei 7.713/1988;

c) segunda exceção: são isentos da exação os juros de mora sobre verba principal isenta ou fora do campo do IR, conforme a regra do *accessorium sequitur suum principale*.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. ALEGAÇÕES GÊNICAS. SÚMULA Nº 284/STF. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. REGRA GERAL DE INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA. PRESERVAÇÃO DA TESE JULGADA NO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA RESP. Nº 1.227.133 - RS NO SENTIDO DA ISENÇÃO DO IR SOBRE OS JUROS DE MORA PAGOS NO CONTEXTO DE PERDA DO EMPREGO. ADOÇÃO DE FORMA CUMULATIVA DA TESE DO *ACCESSORIUM SEQUITUR SUUM PRINCIPALE* PARA ISENTAR DO IR OS JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE VERBA ISENTA OU FORA DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO IR.

1. Não merece conhecimento o recurso especial que aponta violação ao art. 535, do CPC, sem, na própria peça, individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocor-

ridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula nº 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

2. Regra geral: incide o IRPF sobre os juros de mora, a teor do art. 16, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 4.506/64, inclusive quando reconhecidos em reclamações trabalhistas, apesar de sua natureza indenizatória reconhecida pelo mesmo dispositivo legal (matéria ainda não pacificada em recurso representativo da controvérsia).

3. Primeira exceção: são isentos de IRPF os juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamações trabalhistas ou não. Isto é, quando o trabalhador perde o emprego, os juros de mora incidentes sobre as verbas remuneratórias ou indenizatórias que lhe são pagas são isentos de imposto de renda. A isenção é circunstancial para proteger o trabalhador em uma situação sócio-econômica desfavorável (perda do emprego), daí a incidência do art. 6º, V, da Lei nº 7.713/88. Nesse sentido, quando reconhecidos em reclamação trabalhista, não basta haver a ação trabalhista, é preciso que a reclamação se refira também às verbas decorrentes da perda do emprego, sejam indenizatórias, sejam remuneratórias (matéria já pacificada no recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.227.133 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28.9.2011).

3.1. Nem todas as reclamações trabalhistas discutem verbas de despedida ou rescisão de contrato de trabalho, ali podem ser discutidas outras verbas ou haver o contexto de continuidade do vínculo empregatício. A discussão exclusiva de verbas dissociadas do fim do vínculo empregatício exclui a incidência do art. 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/88.

3.2. O fator determinante para ocorrer a isenção do art. 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/88 é haver a perda do emprego e a fixação das verbas respectivas, em juízo ou fora dele. Ocorrendo isso, a isenção abarca tanto os juros incidentes sobre as verbas indenizatórias e remuneratórias quanto os juros incidentes sobre as verbas não isentas.

4. Segunda exceção: são isentos do imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR, mesmo quando pagos fora do contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância em que não há perda do emprego), consoante a regra do *accessorium sequitur suum principale*.

5. Em que pese haver nos autos verbas reconhecidas em reclamação trabalhista, não restou demonstrado que o foram no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância de perda do emprego). Sendo assim, é inaplicável a isenção apontada no item “3”, subsistindo a isenção decorrente do item “4” exclusivamente quanto às verbas do FGTS e respectiva correção monetária FADT que, consoante o art. 28 e parágrafo único, da Lei nº 8.036/90, são isentas.

6. Quadro para o caso concreto onde não houve rescisão do contrato de trabalho:

- * Principal: Horas-extras (verba remuneratória não isenta) = Incide imposto de renda;
- * Acessório: Juros de mora sobre horas-extras (lucros cessantes não isentos) = Incide imposto de renda;
- * Principal: Décimo-terceiro salário (verba remuneratória não isenta) = Incide imposto de renda;
- * Acessório: Juros de mora sobre décimo-terceiro salário (lucros cessantes não isentos) = Incide imposto de renda;
- * Principal: FGTS (verba remuneratória isenta) = Isento do imposto de renda (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 8.036/90);
- * Acessório: Juros de mora sobre o FGTS (lucros cessantes) = Isento do imposto de renda (acessório segue o principal).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 1.089.720, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe: 28/11/2012)

Inferese do novo entendimento ser regra geral a incidência do imposto de renda, havendo apenas duas exceções:

1) quando se tratar de verbas rescisórias decorrentes da perda do emprego, havendo reclamação trabalhista ou não e independentemente de ser a verba principal isenta ou não tributada;

2) quando a verba principal (fora do contexto da perda do emprego) for isenta ou não tributada (aqui o acessório segue *o principal*).

Na hipótese em exame, não houve perda de emprego. O autor, empregado da Cia Docas do Estado de São Paulo, juntamente com outros reclamantes, ingressou com reclamação trabalhista para pagamento de verbas em razão do exercício do emprego em condições especiais.

Esse fato é devidamente corroborado pela reclamação trabalhista juntada aos autos, bem como pelos demais documentos juntados nesta demanda, em que se verifica o recebimento de parcelas pagas por força da aludida ação trabalhista a título de adicional de risco, constando o autor na lista “reclamantes da ativa” durante o tempo em que as parcelas do acordo foram pagas, além de receber sua remuneração pela contraprestação dos serviços no curso da relação de emprego.

Assim, aplica-se ao presente caso a exceção à regra segundo a qual o acessório segue o principal, e conforme anteriormente explicitado, não configurada a natureza indenizatória à verba “adicional de risco”, o mesmo raciocínio se aplica aos juros moratórios ora questionados, como reconhecido pelo juiz singular ao proferir a sentença.

Nesse diapasão, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Segundo orientação firmada pela Primeira Seção (REsp 1.089.720/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES), não havendo rompimento do vínculo empregatício, observa-se a tese segundo a qual o acessório segue o principal, de modo que incide imposto de renda sobre os juros de mora quando a verba trabalhista a que vinculada, reconhecida em reclamação trabalhista, também sofrer a incidência do tributo.

(AgREsp 1.224.326, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJE: 18/10/2013)

Em relação ao FGTS, teço as seguintes considerações.

O artigo 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/1988 isenta do imposto de renda os rendimentos recebidos por pessoas físicas correspondentes aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço pagos por ocasião da despedida ou rescisão do contrato de trabalho.

A sentença proferida na reclamação trabalhista reconheceu aos empregados da Companhia Docas de São Paulo o adicional de risco que deveria ser pago aos “reclamantes da ativa” e aos “saídos”.

Como se infere dos autos e já acima mencionado, no período em que o autor recebeu o pagamento das parcelas referentes ao adicional de risco, constava da lista dos “reclamantes da ativa”, não recebendo qualquer pagamento a título de FGTS, este devido apenas aos “saídos” (fls. 123/198). Ressalte-se que na lista dos ativos não consta valores pagos a título de FGTS; mas tão somente na dos “saídos”.

Aos reclamantes da ativa assegurou o depósito do FGTS, acrescidos dos respectivos juros (coluna FGTS a depositar, fl. 108) em contas dos autores vinculadas ao FGTS. Como se sabe, o depósito do FGTS durante a relação de emprego consiste em encargo do empregador.

Relativamente à dedução das despesas efetuadas com ação judicial, ressalte-se que o art. 12 da Lei nº 7.713/88, assim como o art. 56, parágrafo único, do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de renda) expressamente se referem à possibilidade de dedução de despesas, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização.

Destarte, os valores pagos pelo contribuinte a título de honorários advocatícios e despesas judiciais, podem ser diminuídos dos rendimentos tributáveis, no caso de valores recebidos acumuladamente, desde que não tenham sido ressarcidos ou indenizados sob qualquer forma.

Com efeito, as despesas efetuadas a título de honorários advocatícios em ação judicial somente poderão ser integralmente deduzidas da base de cálculo do Imposto de Renda na hipótese das parcelas recebidas serem tributáveis. Caso o montante pago inclua parcelas isentas e não tributáveis, não há como deduzir estas despesas.

No mesmo diapasão, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. SÚMULA 7/STJ. IMPOSTO DE RENDA. DEDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 12 DA LEI Nº 7.713/88. PROPORCIONAL A VERBAS TRIBUTÁVEIS.

1. A análise da sucumbência mínima para fins de fixação dos honorários advocatícios requer a reapreciação dos critérios fáticos, o que esbarra no óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Nos termos do art. 12 da Lei nº 7.713/1988, os honorários advocatícios pagos pelo contribuinte, sem indenização, devem ser rateados entre rendimentos tributáveis e os isentos ou não tributáveis recebidos em ação judicial, podendo a parcela correspondente aos tributáveis ser deduzida para fins de determinação da base de cálculo sujeita à incidência do imposto.

3. A sistemática de dedução na declaração de rendimentos aduz que houve desembolso realizado pelo contribuinte, ocorrendo o creditamento de valores em favor da Fazenda Pública. Contudo, quando as parcelas são recebidas pelo contribuinte com isenção, sobre estas não ocorrem retenção de valores na fonte, o que afasta, de pronto, qualquer valor a ser deduzido. Recurso especial conhecido em parte, e improvido.

(REsp 1141058/PR, relator Ministro Humberto Martins, DJe: 13/10/2010)

Assim, poderá ser deduzido o valor das despesas com advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização em relação às parcelas tributáveis; caso o montante pago inclua parcelas isentas e não tributáveis, não há como deduzir estas despesas.

Honorários a cargo das partes em relação aos seus respectivos procuradores, em decorrência da sucumbência recíproca.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação do autor e dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial para julgar improcedente o pedido relativo ao FGTS e afastar a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da sucumbência recíproca.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0003328-59.2013.4.03.0000

(2013.03.00.003328-9)

Agravante: ADELAIDE DE SOUZA FERNANDES ORSI

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Partes Rés: FRIGORÍFICO INDL. GUARARAPES LTDA. E OUTROS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE GUARARAPES - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe de Processo: AI 497292

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2015

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA-DISSOLUÇÃO IRREGULAR - RECONHECIMENTO - INCLUSÃO DOS HERDEIROS - POSSIBILIDADE - PARTILHA - QUINHÃO - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INSTRUÇÃO DO AGRAVO - ÔNUS DO AGRAVANTE - RECURSO IMPROVIDO.

1. Quando há dissolução irregular da sociedade, o ônus da prova se inverte e o gerente da sociedade, incluído na execução fiscal, poderá demonstrar não ter agido com dolo, culpa, excesso de poder ou mediante fraude. Nesse sentido: REsp 1017732/RS e AgRg no REsp 813.875/RS.

2. Na hipótese, o agravo de instrumento não foi instruído de modo a inferir-se se a executada não foi localizada, mas é certo que a agravante afirmou que a empresa teria paralisado suas atividades em razão da crise e que “voltaria” assim que possível.

3. Quanto à inclusão dos herdeiros no polo passivo da lide, é admitido pela jurisprudência o redirecionamento da execução fiscal, como forma de inclusão de herdeiros no polo passivo, se, na hipótese, a partilha já houver sido efetivada. Caso contrário, deverá o espólio ser incluído na demanda.

4. No caso em comento, a partilha já foi homologada, por sentença (fl. 89), cabendo a inclusão dos herdeiros no polo passivo da execução fiscal, para responder pelo débito, na força de sua herança, nos termos do art. 1.792, CC, conforme já consignado na decisão agravada.

5. No presente recurso não restou demonstrado, isento de dúvidas, a inexistência dos quinhões a serem recebidos.

6. Quanto à alegada prescrição intercorrente, a primeira seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve se dar no prazo de cinco anos a contar da data da citação da pessoa jurídica executada, não obstante essa tenha o condão de interromper a prescrição em relação aos responsáveis solidários (AERESP 761488, Primeira Seção, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, DJE 7/12/2009; RESP 1100777, Segunda Turma, Ministra Relatora Eliana Calmon, DJE 4/5/2009; RESP 1090958, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, DJE 17/12/2008; AGA 406313, Segunda Turma, Ministro Relator Humberto Martins, DJ 21/2/2008, p. 45; e AGRESP 966221, Primeira Turma, Ministro Relator Luiz Fux, DJE 13/11/2008), de modo a não configurar a prescrição intercorrente.

7. Tal entendimento melhor se coaduna com o instituto da prescrição e com o dis-

posto no artigo 174, do CTN, e visa impedir, especialmente, que os sócios da pessoa jurídica executada possam ser responsabilizados pelos créditos tributários em cobro de maneira indefinida no tempo.

8. Todavia, a agravante alega que foram opostos embargos à execução fiscal, não tendo trazido nos autos maiores informações, principalmente se recebidos com efeito suspensivo, o que justificaria a suspensão da execução fiscal. Destarte, não é possível qualquer ilação a respeito da alegada prescrição intercorrente.

9. A instrução do agravo de instrumento, com as peças obrigatórias e facultativas, necessárias para o entendimento da questão devolvida é ônus do agravante.

10. Agravo de instrumento improvido.

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

São Paulo, 23 de abril de 2015.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão (fl. 45) que deferiu o redirecionamento da execução fiscal, proposta inicialmente em face de FRIG FRIGORÍFICO INDUSTRIAL GUARARAPES LTDA, de modo a incluir as herdeiras da falecida sócia-gerente, entre elas a ora agravante, no polo passivo da demanda.

Nas razões recursais, alegou a recorrente que há evidente erro no petitório formulado pela exequente, no qual alega a dissolução da empresa, porquanto a executada encontra-se em plena atividade, no mesmo local, com suas dependências arrendadas em decorrência da grave crise que assolou o setor frigorífico, estando em condições de, assim que o mercado de carnes permitir, voltar à atividade (abate e desossa de bovinos).

Sustentou que o caso dos autos é de inadimplência de obrigação tributária.

A fim de comprovar a continuidade da empresa, juntou a estes autos: (a) cópia do CNPJ, emitido pela Receita Federal em 3/1/2013, constando a situação de “ativa”; (b) cópia do Cadastro de Contribuintes do ICMS do Governo Estadual de São Paulo, emitido em 3/1/2013, com situação cadastral e ocorrência fiscal ativas; (c) cópia do Instrumento Particular de Arrendamento e posteriores aditivos, celebrados entre a executada e a arrendatária ASK Trading e Comércio, Importação e Exportação Ltda, através dos quais a executada arrendou todo o complexo industrial, desde 1/2/2011 até maio/2015, por cujo arrendamento percebe renda mensal.

Acrescentou que a renda auferida pela empresa executada tem parte direcionada às Execuções Fiscais nº 37/2005 e 19/2007- 2ª Vara Cível, processos nos quais foi decretada a penhora de 5% do faturamento líquido da empresa, cujos valores variáveis são depositados, mensalmente; com o remanescentes paga-se impostos, contribuições, taxas e salários, tudo conforme se apura dos Balanços Mensais, elaborados pela Contadoria da empresa.

Alegou também sua ilegitimidade passiva.

Argumentou que, na qualidade de herdeira, foi intimada (para pagar o valor do débito, mais juros e correção monetária ou nomeasse bens à penhora) somente em 6/2/2013, ou seja, muitos anos após a citação da empresa.

Asseverou que na qualidade de herdeira somente se responsabiliza pelo alegado débito tributário com fulcro no art. 1.997, *caput*, CC e não responde além dos limites da herança (art. 1.792, CC).

Destacou que, consoante cópias do Inventário de Maria de Fátima Vilhena de Souza (sua genitora), Proc. N° 622/05- 2° VC, os únicos bens inventariados foram: (i) 1.522.500 cotas sociais da empresa executada e (ii) aplicação em caderneta de poupança n° 0011858-3, no Banco Bradesco S.A, agência 1738-8, com saldo de R\$ 6.143,38.

Em relação às cotas sociais, afirmou que fora elaborado Balanço Patrimonial, nos termos do contrato social e do art. 993, CPC, tendo resultado patrimônio líquido negativo, inexistindo haveres a serem partilhados.

Asseverou que por ter sido negativo o inventário, não houve recebimento de quinhão.

Ressaltou, também, que, conforme ficha cadastral da executada, após o falecimento de sua genitora, os únicos sócios da empresa foram Fausto Ferreira da Silva e o espólio de Maria de Fátima, comprovante que a agravante jamais integrou o quadro societário da empresa.

Assim, concluiu, pela particularidade do caso concreto, não há que se falar em substituição processual dos herdeiros, ante a inexistência de patrimônio partilhável.

Caso contrário, sustenta a ocorrência da prescrição, posto que a empresa foi citada em 16/9/1996 (que ofertou os competentes embargos), começando a fluir o prazo de 5 anos para a inclusão e citação dos demais sócios (art. 174, CTN). Sua citação ocorreu somente em fevereiro/2013.

Invocou as Apelações n° 0031271-03.2008.403.9999 e 0012403-35.2012.403.9999, nas quais se decidiu favoravelmente aos então sócios apelantes Fausto Ferreira da Silva e Maria de Fátima Vilhena de Souza) e demais pessoas ali discriminadas, pela sua não inclusão no polo passivo das execuções fiscais.

Requeru o provimento do agravo, “para fim de declarar que a empresa agravante não encerrou as atividades, estando no mesmo endereço d’antanho e com o arrendamento celebrado ainda em vigor (até 2015), pelo qual recebe renda, inexistindo, portanto, ilícito por parte de seus administradores; por consequência, reconhecer a impossibilidade de representação processual da herdeira Adelaide de Souza Fernandes Orsi, bem como sua ilegitimidade passiva *ad causam*, excluindo-a do polo passivo da execução fiscal”.

Sem pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal.

A agravada apresentou contraminuta, alegando a impossibilidade de concessão de medidas antecipatórias contra a Fazenda Pública.

Quanto ao mérito, salientou que a citação da pessoa jurídica interrompe a prescrição também em relação a seus sócios por força do art. 125, III, CTN.

Aduziu que, antes do requerimento de inclusão dos sócios no polo passivo da lide, houve regular movimentação processual, não existindo intervalo de cinco anos entre uma e outra manifestação da União, para a configuração da prescrição, de forma que se manteve intacto o direito de redirecionar a ação executiva contra os sócios, nos termos do art. 135, II, CTN.

Acrescentou que a própria agravante afirma que as dependências da empresa executada foram arrendadas e que, se passada a crise, poderá “voltar à sua atividade social”.

Alegou, por fim, que não se pode olvidar que a agravante recebeu em herança as cotas sociais da empresa executada e, nessa qualidade, é mais que herdeira, senão que a própria sócia da executada, detendo cotas do capital social.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

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

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, posicionando-se pela possibilidade de os sócios-gerentes serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp 1017732/RS, REsp 1004500/PR e AgRg no AgRg no REsp 898.474/SP.

Esta Turma se posiciona no mesmo sentido, conforme se verifica dos julgamentos proferidos na AC 135 4346, processo nº 2006.61.06.008036-2, de relatoria da Desembargadora Federal Cecília Marcondes e no AI 310162, processo nº 2007.03.00.087257-3, de relatoria do Desembargador Federal Relator Márcio Moraes.

Com efeito, os diretores, gerentes ou representantes das sociedades podem ser responsabilizados pelas obrigações tributárias nos casos de dissolução irregular da sociedade ou de atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, por meio de fraude ou excesso de poderes.

Quando há dissolução irregular da sociedade, o ônus da prova se inverte e o gerente da sociedade, incluído na execução fiscal, poderá demonstrar não ter agido com dolo, culpa ou excesso de poder ou mediante fraude. Nesse sentido: REsp 1017732/RS e AgRg no REsp 813.875/RS.

Na hipótese, o agravo de instrumento não foi instruído de modo a inferir-se se a executada não foi localizada, mas é certo que a agravante afirmou que a empresa teria paralisado suas atividades em razão da crise e que “voltaria” assim que possível.

Quanto à inclusão dos herdeiros no polo passivo da lide, é admitido pela jurisprudência o redirecionamento da execução fiscal, como forma de inclusão de herdeiros no polo passivo, se, na hipótese, a partilha já houver sido efetivada. Caso contrário, deverá o espólio ser incluído na demanda.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO FORMULADO CONTRA OS HERDEIROS DO SÓCIO -GERENTE. 1. Conforme orientação desta Corte, é viável o redirecionamento da execução fiscal na hipótese de dissolução irregular da sociedade, pois tal circunstância acarreta, em tese, a responsabilidade subsidiária dos sócios, que poderá eventualmente ser afastada em sede de embargos à execução. 2. Contudo, no caso dos autos, a Fazenda Nacional requer o redirecionamento do processo executivo fiscal para os herdeiros do representante legal da empresa executada. 3. Nos termos do art. 4º, III, da Lei 6.830/80,

“a execução fiscal poderá ser promovida contra o espólio”. “O termo espólio pode ser usado como sinônimo de herança. Na prática, porém, utiliza-se no sentido de herança inventariada, ou seja, herança em processo de inventário” (FIUZA, Cesar. “Direito civil: curso completo”, 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pág. 1.003). Na hipótese, a própria recorrente admite que inexistente inventário. Ressalte-se que, nos termos do art. 985 do CPC, “até que o inventariante preste o compromisso (art. 990, parágrafo único), continuará o espólio na posse do administrador provisório”, de modo que este “representa ativa e passivamente o espólio” (art. 986). 4. Por tais razões, é imperioso concluir que: 1) antes de se efetuar a partilha, é viável o pedido de redirecionamento do processo executivo fiscal para o espólio, que será representado pelo administrador provisório, caso não iniciado o inventário, ou pelo inventariante, caso contrário; 2) efetuada a partilha, por força do disposto no art. 4º, VI, da Lei 6.830/80 (“a execução fiscal poderá ser promovida contra sucessores a qualquer título”), é possível redirecionar a execução para o herdeiro, que responde nos limites da herança (art. 1.792 do CC/2002), “cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube” (art. 1.997 do CC/2002). 5. Assim, como bem ressaltou o Tribunal *a quo*, inexistindo inventário, mostra-se inviável, desde logo, incluir os herdeiros no pólo passivo do processo executivo fiscal. Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de novo pedido de redirecionamento, dentro das circunstâncias supramencionadas. 6. Recurso especial desprovido. (STJ, Resp 877359, Rel Min. Denise Arruda, DJE 12/5/2008)

Também:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. FALECIMENTO DO SÓCIO. INCLUSÃO DOS HEDEIROS NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS. ADMISSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO. 1. Segundo o disposto no artigo 131, incisos II e III c/c artigo 134, IV, do Código Tributário Nacional, o sucessor hereditário deverá responder pelos tributos devidos pelo de cujus até a abertura da sucessão e não pagos até a data da partilha, observando-se o limite do quinhão. 2. Estabelece o artigo 597 do Código de Processo Civil que o espólio responde pelas dívidas do falecido, sendo que, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe coube. 3. Há a transmissão da responsabilidade do de cujus aos herdeiros, ainda que a responsabilidade tributária do mesmo derive da prática de atos com infração de lei, enquanto sócio -gerente de pessoa jurídica, nos termos do artigo 135, III, do CTN. 4. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, AG 200503000312662, Relator Luiz Stefanini, Primeira Turma, DJU DATA: 25/07/2006).

No caso em comento, a partilha já foi homologada, por sentença (fl. 89), cabendo a inclusão dos herdeiros no polo passivo da execução fiscal, para responder pelo débito, na força de sua herança, nos termos do art. 1.792, CC, conforme já consignado na decisão agravada.

Entretanto, no presente recurso não restou demonstrado, isento de dúvidas, a inexistência dos quinhões a serem recebidos.

Por fim, quanto à alegada prescrição intercorrente, a primeira seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve se dar no prazo de cinco anos a contar da data da citação da pessoa jurídica executada, não obstante essa tenha o condão de interromper a prescrição em relação aos responsáveis solidários (AERESP 761488, Primeira Seção, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, DJE 7/12/2009; RESP 1100777, Segunda Turma, Ministra Relatora Eliana Calmon, DJE 4/5/2009; RESP 1090958, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, DJE 17/12/2008; AGA 406313, Segunda Turma, Ministro Relator Humberto Martins, DJ 21/2/2008, p. 45; e AGRESP 966221, Primeira Turma, Ministro Relator Luiz Fux, DJE 13/11/2008), de

modo a não configurar a prescrição intercorrente.

Tal entendimento melhor se coaduna com o instituto da prescrição e com o disposto no artigo 174, do CTN, e visa impedir, especialmente, que os sócios da pessoa jurídica executada possam ser responsabilizados pelos créditos tributários em cobro de maneira indefinida no tempo.

Todavia, a agravante alega que foram opostos embargos à execução fiscal, não tendo trazido nos autos maiores informações, principalmente se recebidos com efeito suspensivo, o que justificaria a suspensão da execução fiscal.

Destarte, não é possível qualquer ilação a respeito da alegada prescrição intercorrente.

Cumpra ressaltar que a instrução do agravo de instrumento, com as peças obrigatórias e facultativas, necessárias para o entendimento da questão devolvida é ônus do agravante.

Nesse sentido:

AGRAVO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE PEÇAS FACULTATIVAS. 1. Os documentos facultativos, porém imprescindíveis ao deslinde da controvérsia proposta, devem ser juntados no momento da interposição do agravo de instrumento, sob pena de não-conhecimento do recurso em razão da impossibilidade de dilação probatória. 2. Ausência de alteração substancial capaz de influir na decisão proferida quando da negativa de seguimento do recurso. 3. Agravo improvido. (TRF 3ª Região, AI 200903000416448, Relator Mairan Maia, Sexta Turma, DJF3 CJ1 DATA: 06/04/2011).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PEÇAS FACULTATIVAS NECESSÁRIAS AO JULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR. ART. 525, I E II CPC. A Lei nº 9.139/1995 trouxe nova redação ao art. 525, do CPC, revogando a faculdade de o tribunal converter o julgamento em diligência para a juntada de peças faltantes, como previsto anteriormente no art. 557, do CPC. Além dos documentos obrigatórios do art. 525, inciso I, do CPC, é dever do recorrente instruir o recurso com todos os documentos necessários para o completo entendimento das circunstâncias do caso (art. 525, inciso II). Cumpra à parte recorrente formar o instrumento com todos os documentos que servem ao deslinde do feito, de modo que esta Corte possa aferir a correção ou não da decisão atacada. Não tendo assim procedido a parte recorrente, o conhecimento do mérito recursal fica prejudicado. Como o procedimento do agravo de instrumento não comporta dilação probatória, a juntada das peças necessárias para o julgamento do recurso deve ser feita quando da interposição dessa medida, ônus este do qual não se desincumbiu a parte agravante, sob pena de preclusão consumativa. Precedentes. Agravo uninominado não provido. (TRF 3ª Região, AI 200003000115901, Relator Márcio Moraes, Terceira Turma, DJF3 CJ1 DATA: 10/12/2010).

Destarte, pelos elementos trazidos aos autos, a decisão agravada não merece reforma.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0012926-55.2013.4.03.6105

(2013.61.05.012926-7)

Agravante: SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA HOSPITAL ALBERT EINSTEIN

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 274/277

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA HOSPITAL ALBERT EINSTEIN

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO

Classe do Processo: AMS 352671

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/03/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO À APELAÇÃO E AO REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA ONDE A SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA - HOSPITAL ALBERT EINSTEIN BUSCAVA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA EM FACE DE TRIBUTAÇÃO ADUANEIRA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI Nº 12.101/09 PARA SER CONSIDERADA ENTIDADE BENEFICENTE (INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 352/STJ). COMPLETA AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA (NECESSÁRIA EM SE TRATANDO DE MANDAMUS) DE QUE A ENTIDADE ATUA COMO COADJUVANTE DO PODER PÚBLICO NA BUSCA DE INTERESSES SOCIAIS OU COLETIVOS. INDIGÊNCIA PROBATÓRIA. PRETENSÃO DA ENTIDADE (EM SEDE DE AGRAVO) EM “SUBMETER” OS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS A DECISÕES ADMINISTRATIVAS (DESPROPÓSITO). AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. Não há prova pré-constituída de que a SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA - HOSPITAL ALBERT EINSTEIN preste qualquer dos serviços de que cuida o artigo 203 da Constituição Federal, bem ao reverso do que a impetrante afirmou que realiza. Não há elementos para se aferir, *ictu oculi*, que a impetrante - por todos conhecida como mantenedora de hospital privado - é coadjuvante do Poder Público “no atendimento aos interesses coletivos”, isto é, que ela “avoca” atribuições “típicas do Estado”, como foi posto a fl. 08 de sua impetração.

2. Não basta que os estatutos da entidade digam que ela tem objetivos que a tornariam, em tese, entidade imune. É preciso que ela prove -- ela, e não o Poder Público, pois se a entidade é que exige o favor constitucional da imunidade, o encargo de provar que dele é merecedora cabe-lhe com exclusividade, não sendo incumbência do Fisco fazer a prova em contrário do alegado pela impetrante (STJ, REsp 825.496/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 04/12/2008) -- que aqueles objetivos, que deveriam coincidir com as regras da Constituição Federal (art. 150, VI, c) e do CTN (art. 14) restam completamente atendidos.

3. A demanda mandamental carece de prova de que a entidade -- que atua no ramo médico-hospitalar através de estabelecimento, exames e médicos que sabidamente

estão muito longe de serem gratuitos -- atendeu o disposto na Lei nº 12.101/2009 para ser considerada beneficente; não basta a apresentação de CEBAS e outras declarações do Poder Executivo (Súmula 352/STJ) e menos ainda que a impetrante se autoproclame entidade beneficente.

4. A SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA - HOSPITAL ALBERT EINSTEIN insiste em safar-se da carga fiscal aduaneira sem trazer aos autos o mais leve vestígio de que as mercadorias por ela trazidas do exterior destinam-se ao tratamento de pessoas carentes. Essa tarefa era dela, e deveria tê-la feito por meio de prova documental, a única cabível em sede de mandado de segurança.

5. Em sede de agravo legal a entidade SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA - HOSPITAL ALBERT EINSTEIN pretende transformar o Judiciário em “escravo” do entendimento do Poder Executivo, desprezando a ampla capacidade constitucional do Poder Judiciário de -- com exceção do mérito dos atos administrativos -- perscrutar os atos da Administração. Ora, se o Judiciário pode, em tese, até anular os certificados CEBAS emitidos ilegalmente e mesmo as Resoluções do CNAS, é claro que não se submete ao conteúdo de qualquer deles.

6. Na compreensão do STJ, o revolvimento da situação da entidade para se avaliar se ela merece ou não o status de imune, não pode se dar em sede de mandado de segurança.

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, 26 de fevereiro de 2015.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de agravo interposto por SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA - HOSPITAL ALBERT EINSTEIN nos termos do parágrafo 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática que deu provimento ao recurso de apelação e ao reexame necessário, reformando a sentença para denegar a segurança pleiteada e revogar a liminar de fls. 184/186, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Na sentença de fls. 218/221, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo a segurança pleiteada, por entender que a impetrante faz jus a imunidade prevista no artigo 150, inciso IV, “c” e no artigo 195, § 7º, ambos da Constituição Federal, uma vez que preenche os requisitos legais.

No recurso de apelação interposto às fls. 227/231, a União pugnou pela reforma da sentença.

Com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, este Relator deu provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação, reformando a sentença (fls. 274/277).

Irresignada, a impetrante recorreu nos termos do parágrafo 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, pleiteando a reforma da decisão. Sustenta, em síntese, que os documentos juntados aos autos, especialmente o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CNAS são suficientes para comprovar o preenchimento dos requisitos necessários à imunidade prevista no artigo 150, inciso IV, “c”, e no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, não cabendo ao Judiciário discutir o caráter filantrópico da entidade, uma vez que órgão do Executivo já averbou esta condição.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

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

Cuida-se de recurso de agravo interposto pela impetrante, nos termos do parágrafo 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática que deu provimento ao recurso de apelação e ao reexame necessário, reformando a sentença para denegar a segurança pleiteada e revogar expressamente a liminar de fls. 184/186, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Como todas as questões fundamentais discutidas nos autos já haviam sido objeto de apreciação pelos Tribunais Superiores, cabia julgamento por decisão monocrática do Relator.

O artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil autoriza o relator a dar provimento monocraticamente a qualquer recurso - e também a remessa oficial, nos termos da Súmula nº 253 do Superior Tribunal de Justiça - desde que sobre o tema recorrido haja jurisprudência dominante em Tribunais Superiores; foi o caso dos autos.

Na situação vertente, os argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, razão pela qual as reitero e transcrevo, adotando-as como razão de decidir deste agravo:

.....
Não há prova pré-constituída de que a SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA - HOSPITAL ALBERT EINSTEIN preste qualquer dos serviços de que cuida o artigo 203 da Constituição Federal, bem ao reverso do que a impetrante afirmou que realiza às fls. 06/08 de sua exordial. Não há elementos para se aferir, *ictu oculi*, que a impetrante - por todos conhecida como mantenedora de hospital privado - é coadjuvante do Poder Público “no atendimento aos interesses coletivos”, isto é, que ela “avoca” atribuições “típicas do Estado”, como foi posto a fl. 08. Ademais, não basta que os estatutos da entidade digam que ela tem objetivos que a tornariam, em tese, entidade imune.

Nesse sentido colaciono a jurisprudência do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 55, IV E V, DA LEI Nº 8.212/91. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO DOS DIRETORES, CONSELHEIROS, SÓCIOS, INSTITUIDORES OU BENFEITORES E APLICAÇÃO INTEGRAL DO EVENTUAL SALDO DO RESULTADO OPERACIONAL NA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DOS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS DA ENTIDADE BENEFICENTE. ACÓRDÃO REGIONAL QUE CONSIDEROU, TÃO SOMENTE, O ESTATUTO SOCIAL DA ENTIDADE.

1. (...).

2. Na espécie, o acórdão embargado padece de omissão acerca da negativa de vigência aos artigos 55, IV e V, da Lei nº 8.212/91 e 333, I, do CPC, pois não houve manifestação acerca da tese suscitada pela Fazenda Nacional no sentido de que a mera juntada do estatuto Social da entidade beneficente não seria apto a comprovar a ausência de remuneração dos diretores e a aplicação integral do resultado operacional nos objetivos institucionais.

3. A Primeira Turma, no julgamento do Resp 1.010.430-DF, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, seguiu o entendimento de que ‘a simples previsão do estatuto da fundação, em que consta a inexistência da distribuição de seus lucros e a aplicação no país, de forma integral, de seus recursos para a manutenção de seus objetivos institucionais, não gera, por si só, a configuração dos requisitos insertos nos arts. 150, inciso VI, alínea “c”, da CF/88 e 14 do CTN, suficiente a lhe garantir imunidade tributária’.

4. (...)”

(EDcl no AgRg no REsp 1078751/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPTU E IPVA.IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 150, VI, C, DA CF/88. ENTIDADE SINDICAL. AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO RELATIVA AOS REQUISITOS DO ART. 14 DO CTN.

1. Se a entidade pretende obter o benefício previsto no art. 150, VI, c, da CF/88 e, desse modo, além de desconstituir créditos já lançados pela Fazenda Pública, repetir valores que foram pagos em exercícios anteriores, a ela incumbe comprovar o preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 do CTN. Conforme a melhor doutrina, a natureza da entidade, por si só, não se confunde com seu objeto de atividade, de modo que há necessidade de comprovação no que se refere à não-distribuição dos lucros, aplicação dos recursos na manutenção dos objetivos institucionais e escrituração adequada das receitas e despesas. Tais requisitos não podem ser presumidos, tampouco tal comprovação pode ser atribuída à Fazenda Pública, principalmente em virtude da natureza da demanda (anulatória cumulada com pedido de repetição).

2. No caso concreto, cumpre esclarecer que não ocorreu cerceamento de defesa, pois, intimadas para especificação de provas, mantiveram-se inertes as partes, como bem observou o Tribunal de origem.

3. Conforme orientação da Primeira Turma/STJ, não obstante firmada em sede de mandado de segurança, e não de ação ordinária, ‘a simples previsão do estatuto da fundação, em que consta a inexistência da distribuição de seus lucros e a aplicação no país, de forma integral, de seus recursos para a manutenção de seus objetivos institucionais, não gera, por si só, a configuração dos requisitos insertos nos arts. 150, inciso VI, alínea ‘c’, da CF/88 e 14 do CTN, suficiente a lhe garantir imunidade tributária’ (REsp 1.010.430/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 4.8.2008).

4. Recurso especial provido.”

(REsp 825.496/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 04/12/2008)

“MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ISS. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. PREVISÃO ESTATUTÁRIA. CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS DOS ARTS. 150, INCISO VI, ALÍNEA ‘C’, DA CF/88 E 14 DO CTN. INOCORRÊNCIA.

I - A questão em foco diz respeito a mandado de segurança em que fundação, com natureza jurídica de direito privado, requer a concessão de imunidade do ISS, alegando se tratar de instituição de educação sem fins lucrativos.

II - A via estreita do mandado de segurança não admite dilação probatória, sendo que o impetrante deve trazer, de plano, todos os documentos necessários à comprovação de seu direito.

III - A simples previsão do estatuto da fundação, em que consta a inexistência da distribuição de seus lucros e a aplicação no país, de forma integral, de seus recursos para a manutenção

de seus objetivos institucionais, não gera, por si só, a configuração dos requisitos insertos nos arts. 150, inciso VI, alínea 'c', da CF/88 e 14 do CTN, suficiente a lhe garantir imunidade tributária.

IV - Recurso especial provido.”

(REsp 1010430/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2008, DJe 04/08/2008)

É preciso que a entidade *prove* - ela, e não o Poder Público, pois se a entidade é que exige o favor constitucional da imunidade, o encargo de provar que dele é merecedora cabe-lhe com exclusividade, não sendo incumbência do Fisco fazer a prova em contrário do alegado pela impetrante (STJ, REsp 825.496/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 04/12/2008) - que aqueles objetivos, que deveriam coincidir com as regras da Constituição Federal (art. 150, VI, c) e do CTN (art. 14), restam completamente atendidos.

A demanda mandamental carece de prova de que a entidade - que atua no ramo médico-hospitalar através de estabelecimento, exames e médicos que sabidamente não são gratuitos - atendeu o disposto na Lei nº 12.101/2009 para ser considerada beneficente; não basta a apresentação de CEBAS e outras declarações do Poder Executivo e menos ainda que a impetrante se *autoproclame* entidade beneficente.

Na singularidade do caso haveria de ser respeitada a legislação específica, já que a autora tem a natureza de *entidade de saúde*, sendo que a esse respeito dispôs o artigo 4º da lei supramencionada:

“Art. 4º Para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá, nos termos do regulamento:

I - comprovar o cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congênere celebrado com o gestor local do SUS;

II - ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento);

III - comprovar, anualmente, da forma regulamentada pelo Ministério da Saúde, a prestação dos serviços de que trata o inciso II, com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados.

§ 1º O atendimento do percentual mínimo de que trata o *caput* pode ser individualizado por estabelecimento ou pelo conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, desde que não abranja outra entidade com personalidade jurídica própria que seja por ela mantida.

§ 2º Para fins do disposto no § 1o, no conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, poderá ser incorporado aquele vinculado por força de contrato de gestão, na forma do regulamento.”

A propósito, colaciono o texto da *Súmula nº 352/STJ*: a obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) não exime a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes.

Ora, em sede de mandado de segurança toda a prova deve ser pré-constituída e documental, já que o autor confronta-se com o Poder Público que tem a seu favor a presunção *iuris tantum* de legitimidade de seus atos e alegações.

Nada disso é visível *in casu*, mesmo porque não há prova alguma de que as mercadorias trazidas do exterior destinam-se ao tratamento de pessoas carentes. Ausente essa prova de constatação imediata, incogitável a exoneração das exações aduaneiras, conforme já decidiu esta 6ª Turma, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS ADUANEIROS - ENTIDADE DE NATUREZA RELIGIOSA, FILANTRÓPICA E EDUCATIVA - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ART. 150, VI, 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CARÁTER ASSISTENCIAL NÃO COMPROVADO - AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS UTILIZADOS NA CONFECÇÃO E IMPRESSÃO DE LIVROS - IMUNIDADE PREVISTA NO ARTIGO 150, VI,

'D', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NÃO CONFIGURAÇÃO.

I. Entidade de natureza religiosa, filantrópica e educativa com finalidade primordial de promover e intensificar, sem fins lucrativos, a difusão da bíblia.

II. Documentação insuficiente a possibilitar a comprovação dos pressupostos aptos a ensinar a incidência da regra imunizante constitucionalmente prevista. *É indispensável a demonstração da consecução das finalidades assistenciais da entidade, bem como a efetiva aplicação de investimentos, ou seja, a realização de despesas com estas.*

III. A entidade não logrou demonstrar a existência de estabelecimento de ensino por ela mantido ou dirigido, tampouco orfanatos ou casas de assistência a carentes, *não atestando ser finalidade precípua da entidade a prestação de assistência, não obstante qualificar-se como instituição educacional e social.*

IV. (...).

V. A imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, 'd', da Constituição não se estende aos equipamentos utilizados para a confecção e impressão de livros, ajustando-se tão-somente ao conceito físico de papel que entra no processo direto de produção do livro, jornal ou periódico." (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, REOMS 0005106-42.2000.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 26/06/2002, DJU DATA:23/08/2002)

Por fim, ressaltar que na compreensão do STJ, o revolvimento da situação da entidade para se avaliar se ela merece ou não o status de imune, não pode se dar em sede de mandado de segurança. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 14 DO CTN, ANTE A PREVISÃO ESTATUTÁRIA. INVIALIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO."

(REsp 789.777/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 12/11/2009)

.....

A argumentação tecida no presente agravo nem de longe arranha o quanto foi afirmado acima, ou seja, as nossas considerações lastreadas em ampla jurisprudência.

Mas vale o registro de um dos argumentos do agravante: não cabe ao Judiciário discutir o caráter filantrópico da entidade, uma vez que órgão do Executivo já averbou essa condição por meio de certificado CEBAS.

A entidade SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA - HOSPITAL ALBERT EINSTEIN pretende transformar o Judiciário em "escravo" do entendimento do Poder Executivo, desprezando a ampla capacidade constitucional do Poder Judiciário de - com exceção do mérito dos atos administrativos - perscrutar os atos da Administração. Ora, se o Judiciário pode, em tese, até anular os certificados CEBAS emitidos ilegalmente e mesmo as Resoluções do CNAS, é claro que não se submete ao conteúdo de qualquer deles.

Indo além, a entidade SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA - HOSPITAL ALBERT EINSTEIN que pretende "submeter" a convicção dos membros do Judiciário aos humores de funcionários da Administração Pública - mas que nem de longe fez prova de ser coadjuvante do Poder Público no atendimento aos interesses coletivos - ainda despreza o texto expresso da Súmula 352/STJ ("a obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) não exime a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes") referida na decisão monocrática.

E insiste em safar-se da carga fiscal aduaneira sem trazer aos autos o mais leve vestígio de que as mercadorias por ela trazidas do exterior destinam-se ao tratamento de pessoas ca-

rentes. Essa tarefa era dela, e deveria tê-la feito por meio de prova documental, a única cabível em sede de mandado de segurança.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo legal*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0004788-23.2014.4.03.6119

(2014.61.19.004788-4)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 93/96
Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: BRUNO TONINATO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: AMS 354718
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/04/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO IRREGULAR. PEÇAS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES EXCLUÍDAS DO CONCEITO DE BAGAGEM. USO PESSOAL. REGIME COMUM DE IMPORTAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO DE BENS. DESPROPORCIONALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O artigo 155, § 1º, inciso II, do Decreto n. 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro) excluiu as partes e peças de veículos automotores do conceito de “bagagem”, as quais estão sujeitas ao regime comum de importação.
2. A pena de perdimento de bens configura medida desproporcional ao caso, tendo em vista a comprovação de que as peças irregularmente importadas são destinadas a veículo da marca “Subaru”, de propriedade do agravado.
3. A quantidade de mercadoria apreendida e a existência de poucos automóveis da marca no país afastam o intuito comercial da importação.
4. 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, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

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 pela União (Fazenda Nacional), contra a r. decisão monocrática de f. 93-96.

Insiste a agravante, em síntese, nos mesmos argumentos já vertidos anteriormente - inclusive, que a alegada boa-fé do impetrante ou mesmo a não ocorrência de dano ao erário não são suficientes para afastar a irregularidade da importação. Requer, por fim, a reconsideração

da decisão agravada ou a apresentação do feito à Turma Julgadora.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Não há o que reconsiderar.

Restou comprovado nos autos que as peças irregularmente importadas são destinadas a veículos da marca “Subaru”, modelo WRX (f. 22), idênticos ao do automóvel de propriedade do impetrante (f. 23-24).

Depreende-se, assim, que as mercadorias foram importadas para uso pessoal, considerando a quantidade apreendida, bem como sua difícil comercialização, haja vista a existência de poucos veículos dessa marca no país.

Ainda, as questões trazidas à baila pela agravante já foram apreciadas anteriormente, por ocasião da prolação da decisão monocrática, vazada nos seguintes termos:

A sentença merece reparos no que tange à impossibilidade de enquadramento das mercadorias no conceito de “bagagem”.

A fiscalização de bagagem de passageiros é atribuição da autoridade administrativa que, no seu mister, aplicando o direito, tem o dever de verificar o enquadramento dos bens internalizados, no conceito legal de bagagem previsto na legislação correlata, a fim de dar integral cumprimento à norma.

A apreensão dos bens trazidos pelo impetrante fundamentou-se na descaracterização de bagagem.

Os atos de controle aduaneiro têm como objetivo o interesse nacional e se destinam a fiscalizar, restringindo ou limitando, a importação ou a exportação de determinados produtos. Nesse sentido a “bagagem” mereceu tratamento especial do legislador, passando a gozar de tratamento diferenciado, considerando que os bens trazidos nesse contexto, para consumo no território nacional, estariam isentos de tributos.

O Decreto-lei nº 2.120, de 14.05.84, definiu como bagagem: “o conjunto de bens de viajante que, pela quantidade ou qualidade, não revele destinação comercial”. O Decreto-Lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976, por sua vez, regulamentado pela Instrução Normativa SRF nº 117, de 06 de outubro de 1998, ao dispor sobre o tema, disciplina no artigo 2º, estar excluída “da isenção prevista no inciso III do artigo 13 do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966, com a redação do artigo 1º do Decreto-lei número 1.123, de 3 de setembro de 1970, os automóveis, as aeronaves e as embarcações, para o transporte de pessoas, de carga, de pessoas e carga, ou destinados a recreio, esporte ou competição, o qual já especificava em seu artigo 5º que: ‘Os bens trazidos em bagagem de passageiro para os quais não esteja prevista isenção ou que não se conformarem às limitações do artigo 3º, não se qualificam como bagagem, sujeitando-se ao regime de importação comum.’”

Acerca do conceito de bagagem, dispõe o artigo 155 do Decreto nº 6.759/2009 (atual Regulamento Aduaneiro):

“Art. 155. Para fins de aplicação da isenção para bagagem de viajante procedente do exterior, entende-se por (Regime Aduaneiro de Bagagem no Mercosul, Artigo 1o, aprovado pela Decisão CMC no 53, de 2008, internalizada pelo Decreto no 6.870, de 2009): (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

I - *bagagem*: os bens novos ou usados que um viajante, em compatibilidade com as cir-

cunståncias de sua viagem, puder destinar para seu uso ou consumo pessoal, bem como para presentear, sempre que, pela sua quantidade, natureza ou variedade, não permitirem presumir importação com fins comerciais ou industriais; (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

II - bagagem acompanhada: a que o viajante traga consigo, no mesmo meio de transporte em que viaje, desde que não amparada por conhecimento de carga ou documento equivalente; (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

III - bagagem desacompanhada: a que chegue ao País, amparada por conhecimento de carga ou documento equivalente; e (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

IV - *bens de uso ou consumo pessoal: os artigos de vestuário, higiene e demais bens de caráter manifestamente pessoal.* (Incluído pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

§ 1º *Estão excluídos do conceito de bagagem* (Regime Aduaneiro de Bagagem no Mercosul, Artigo 7o, incisos 1 e 2, aprovado pela Decisão CMC no 53, de 2008, internalizada pelo Decreto no 6.870, de 2009): (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

I - *os veículos automotores em geral*, as motocicletas, as motonetas, as bicicletas com motor, os motores para embarcação, as motos aquáticas e similares, as casas rodantes, as aeronaves e as embarcações de todo tipo; e (Incluído pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

II - *as partes e peças dos bens relacionados no inciso I, exceto os bens unitários, de valor inferior aos limites de isenção, relacionados em listas específicas que poderão ser elaboradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.* (Incluído pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

§ 2º Os bens a que se refere o § 1o poderão ingressar no País sob o regime de admissão temporária, sempre que o viajante comprove sua residência permanente em outro país (Regime Aduaneiro de Bagagem no Mercosul, Artigo 7º, inciso 3, aprovado pela Decisão CMC no 53, de 2008, internalizada pelo Decreto no 6.870, de 2009). (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).” g.n.

A exclusão das partes e peças de veículos automotores em geral do conceito de bagagem foi determinada pelo Decreto nº 7.213, de 15.06.2010, o qual acrescentou o inciso II ao §1º do mencionado artigo. Até então, a vedação ao ingresso de tais bens como bagagem acompanhada não existia, limitando-se a legislação a excluir os veículos automotores em geral.

Da leitura do inciso II do §1º do supra transcrito artigo 155, verifica-se que se excetuam da vedação os bens unitários, de valor inferior aos limites de isenção, relacionados em listas específicas que poderão ser elaboradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O impetrante trouxe consigo um turbo para motor e duas barras para suspensão - sob a alegação de serem utilizados em seu automóvel - aos quais foram atribuídos pela fiscalização o valor total de US\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos dólares), consoante Termo de Retenção acostado à fl. 15, ultrapassando, assim, o limite de isenção no montante de US\$ 500,00 (quinhentos dólares).

Assim, não restam dúvidas de que as mercadorias trazidas pelo apelado, por consistirem em partes e peças de veículos automotores, não se enquadram no conceito legal de bagagem, sujeitando-se ao regime comum de importação.

No que tange à aplicação da pena de perdimento de bens, por consistir em medida extrema, desproporcional sua imposição no caso em comento.

Ademais, não há nos autos informação capaz de demonstrar a má-fé do apelado. Tampouco se trata de mercadoria ilícita ou com destinação comercial, em razão da quantidade apreendida e de restar comprovado que as peças são destinadas ao seu próprio veículo (f. 20-24).

Vejam-se, a respeito desta questão, os seguintes precedentes:

“NÃO CARACTERIZAÇÃO. ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. BAGAGEM. PEÇAS DE AUTOMÓVEIS SUBMISSÃO AO DESPACHO COMUM.

1. Na presente ação discute-se o direito à liberação, como bagagem, de 4 (quatro) rodas de automóvel, ainda que mediante pagamento dos tributos devidos e eventual multa.

2. A fiscalização de bagagem de passageiros é atribuição da autoridade administrativa que,

no seu mister, aplicando o direito, tem o dever de verificar o enquadramento dos bens internalizados no conceito legal de bagagem previsto na legislação correlata, a fim de dar integral cumprimento à norma.

3. Os atos de controle aduaneiro têm como objetivo o interesse nacional e se destinam a fiscalizar, restringindo ou limitando, a importação ou a exportação de determinados produtos. Nesse sentido a ‘bagagem’ mereceu tratamento especial do legislador, passando a gozar de tratamento diferenciado, considerando que os bens trazidos nesse contexto, para consumo no território nacional, estariam isentos de tributos.

4. A exclusão das partes e peças de veículo s automotores em geral do conceito de bagagem foi determinada pelo Decreto nº 7.213, de 15.06.2010, o qual acrescentou o inciso II ao §1º do mencionado artigo. Até então, a vedação ao ingresso de tais bens como bagagem acompanhada não existia, limitando-se a legislação a excluir os veícul s automotores em geral.

5. Os impetrantes trouxeram consigo 4 (quatro) rodas automotivas, ao qual foi atribuído pela fiscalização o valor total de U\$840,00 (oitocentos e quarenta dólares), consoante Termo de Retenção acostado à fl. 46. A situação ocorrida com os impetrantes até poderia ser enquadrada na exceção contida no Regulamento Aduaneiro (art. 155, § 1º, inciso II) - à míngua de lista específica, não publicada em razão da inércia da autoridade administrativa - porém, considerando ter a sentença determinado a submissão dos bens ao regime comum de importação, vedado adentrar-se nessa questão, considerando não ter havido recurso dos impetrantes.

6. Consoante decidido pela sentença recorrida deverão os impetrantes submeter os bens ao despacho comum de importação, sendo incabível a aplicação da pena de perdimento, considerando não ter restado caracterizado o dano ao erário, pois, caso possível fosse seu enquadramento como bagagem, estaria dentro do limite de isenção a que gozariam os impetrantes.

7. Apelação e remessa oficial improvidas”.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0012212-87.2012.4.03.6119, Rel. JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, julgado em 13/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/02/2014)

“ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO RETIDO. REITERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPORTAÇÃO. FARÓIS. TERMO DE RETENÇÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.059/2010. DESCARACTERIZAÇÃO DE BAGAGEM. INTUITO COMERCIAL. INEXISTÊNCIA. VALOR DO BEM INFERIOR AO LIMITE DE ISENÇÃO. USO PRÓPRIO. COMPROVAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DAS IMPORTAÇÕES COMUNS.

1. Não conhecido o agravo retido, uma vez que a União Federal deixou de reiterá-lo expressamente na resposta de apelação, conforme o disposto no art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

2. A autoridade impetrada, após submeter a bagagem do impetrante, ora apelado, à fiscalização, constatou a existência de um par de faróis Mercedes trazidos por aquele dos Estados Unidos da América, em 17/10/2012 e, entendendo que a mercadoria importada não se enquadrava no conceito legal de bagagem para fins de tributação mitigada, lavrou o Termo de Retenção nº 3.394/2012, com fulcro no art. 2º, § 3º c/c art. 44, I, da Instrução Normativa RFB nº 1.059/2010.

3. Da leitura do art. 2º, § 3º c/c art. 44, I, da Instrução Normativa RFB nº 1.059/2010 se denota que as partes e as peças de veículo s automotores não podem ser caracterizadas como bagagem para fins de aplicação de isenção, ficando a lista de produtos isentos condicionada à edição de ato administrativo discricionário próprio a ser editado pela SRF, nos termos do que dispõe o § 1º, I, do art. 155, do Decreto nº 6.759/2009, pelo qual se excetam tão somente os bens unitários, de valor inferior aos limites de isenção, relacionados em listas específicas que poderão ser elaboradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

4. Não obstante, sendo o valor do bem muito inferior ao limite de isenção, conforme comprovado pelos documentos de fls. 17/20, e restando indubitável a sua destinação exclusiva para uso próprio do apelado, haja vista a demonstração de compatibilidade entre os modelos de

farol e de veículo de sua propriedade mostra-se inviável a aplicação da pena de perdimento ao caso vertente, devendo ser aplicado o procedimento próprio das importações comuns, previsto no art. 161, I, § 1º, do Regulamento Aduaneiro.

5. Agravo retido não conhecido. Apelação e remessa oficial improvidas”.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0010988-17.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 22/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/08/2013)

“ADMINISTRATIVO - IMPORTAÇÃO - ART. 514, X, DO DECRETO 91.030/85 - SUBSUNÇÃO NÃO VERIFICADA - CLANDESTINIDADE DA INTERNAÇÃO NÃO DEMONSTRADA - PENA DE PERDIMENTO DE BENS - INAPLICABILIDADE.

1. A aplicação da pena de perdimento de bens pela autoridade aduaneira encontra previsão nos Decretos-leis nº 37/66 e 1.455/76, disposições recepcionadas pela Constituição Federal (art. 5º, XLVI, 'b').

2. Analisando-se o contexto probatório, bem como as regras de experiência, consoante autorização expressa do artigo 335 do Código de Processo Civil, extrai-se a plausibilidade dos argumentos expendidos pelo autor.

3. A caracterização do ilícito previsto no art. 514, X, do Decreto nº 91.030/85, pressupõe ao menos indícios de futura circulação comercial dos bens.

4. Em se tratando de bagagem acompanhada, ainda que o valor das mercadorias exceda a quota de isenção dos tributos aduaneiros, não se autoriza a aplicação da pena de perdimento, mas tão-somente de sanção pecuniária”.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, APELREEX 0000175-61.1993.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 30/09/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/10/2010 PÁGINA: 1109).

Assim, deve o impetrante submeter os bens ao despacho comum de importação, sendo incabível a aplicação da pena de perdimento, considerando não ter restado caracterizado o dano ao erário.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação e à remessa oficial.

Como se vê, a agravante não trouxe nenhum elemento capaz de infirmar os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a reiterar as alegações já veiculadas no recurso de apelação.

Deveras, pretende reabrir discussão sobre a questão de mérito, decidida monocraticamente com base em jurisprudência desta Corte Regional, consoante autoriza o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO**0025717-04.2014.4.03.0000****(2014.03.00.025717-2)**

Agravante: LUIZ CZANK

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Parte Ré: ZANK DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (massa falida)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe do Processo: AI 542242

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2015

EMENTA**AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD.**

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento, inclusive na sistemática prevista no art. 543-C do CPC, no sentido de que, a partir de 20.01.2007 (data da entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006), o bloqueio de ativos pelo BACENJUD tem primazia sobre os demais meios de garantia do crédito, não sendo mais exigível o prévio esgotamento das diligências para encontrar outros bens penhoráveis, aplicando-se os arts. 655 e 655-A do CPC, c.c. art. 185-A do CTN e art.11 da Lei 6.830/80.

Nos termos do artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, são absolutamente impenhoráveis: os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlio e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no §3º deste artigo.

O valor penhorado em 25.07.2014 corresponde à quantia de R\$ 18.620,87 (fl. 15).

Conforme aponta o extrato referente ao mês da constrição judicial, o valor de R\$ 3.811,05 (fl. 14), é relativo à pensão por morte.

Portanto, absolutamente impenhorável.

Quanto ao saldo remanescente, deve permanecer constrito. Isto porque os valores apesar de, no princípio, possuírem caráter salarial, quando entram na esfera de disponibilidade sem que tenham sido integralmente consumidos para suprir as necessidades básicas, passa a compor uma reserva de capital, e por esta razão perdem o seu caráter alimentar, podendo, portanto, serem bloqueados.

O valor bloqueado em conta corrente do agravante é relativo aos vencimentos. Portanto, absolutamente impenhorável.

Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

do presente julgado.

São Paulo, 26 de março de 2015.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUIZ CZANK em face de decisão que, em execução fiscal, indeferiu pedido de desbloqueio da penhora *on line* (fl. 08).

O MM. Juiz singular considerou absolutamente impenhorável a quantia de R\$ 3.811,05.

Pugna o desbloqueio de R\$ 15.625,46, tendo em vista seu caráter alimentar, à luz do artigo 649, IV, do CPC, provenientes de pensão por morte.

Recurso processado sem a concessão do efeito suspensivo (fls. 31/32 v.).

Com resposta da parte agravada (fls. 34/37).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

Ao apreciar o pedido de efeito suspensivo, assim foi decidido:

(...) A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento, *inclusive na sistemática prevista no art. 543-C do CPC*, no sentido de que, a partir de 20.01.2007 (data da entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006), o bloqueio de ativos pelo Bacenjud tem primazia sobre os demais meios de garantia do crédito, não sendo mais exigível o prévio esgotamento das diligências para encontrar outros bens penhoráveis, aplicando-se os arts. 655 e 655-A do CPC, c.c. art. 185-A do CTN e art.11 da Lei 6.830/80.

Nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. *PENHORA ON LINE*. PEDIDO POSTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.382/2006. *DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS EM BUSCA DE BENS*.

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

2. A Corte Especial e a Primeira Seção do STJ, respectivamente, ao apreciarem o REsp 1.112.943/MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.9.2010, DJ 23.11.2010, e o REsp 1.184.765-PA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado no dia 24.11.2010, segundo a sistemática prevista no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008 do STJ, confirmaram a orientação no sentido de que, no regime da Lei nº 11.382/2006, não há mais necessidade do prévio esgotamento das diligências para localização de bens do devedor para que seja efetivada a penhora *on line*.

3. Hipótese em que o pedido foi requerido e deferido no período de vigência da Lei nº 11.382/2006, permitindo-se a localização e a constrição dos ativos financeiros em conta da executada, por meio do sistema Bacen Jud, até o limite do valor exequendo.

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1425055/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 20/02/2014, DJe 27/02/2014, destaquei)

De outra parte, estabelece o artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil:

“São absolutamente impenhoráveis:

...

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlio e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no §3º deste artigo.”

Nesse sentido transcrevo acórdão do e. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PENHORA ON LINE (BACENJUD). INTERPRETAÇÃO DO ART. 649, VI, DO CPC. IMPENHORABILIDADE. VENCIMENTOS. NATUREZA ALIMENTAR.

1. É inadmissível a penhora do saldo em conta-corrente relativo a vencimentos, dado o caráter alimentar que possuem.

2. Ademais, o Tribunal *a quo* concluiu, com base nas provas dos autos, que a natureza dos valores penhorados é salarial. Rever os fundamentos que ensejaram esse entendimento exigiria reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado em recurso especial, ante o teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no Ag nº 1296680 / MG, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 26.04.2011, DJE 02.05.2011)

No caso dos autos, a penhora on line foi postulada após a vigência da Lei 11.382/2006, de modo que é factível a utilização da sistemática do BACENJUD sem a necessidade de prévio esgotamento das diligências na busca de outros bens, em consonância com o recente entendimento pacificado pelo C. STJ.

O valor penhorado em 25.07.2014 corresponde à quantia de R\$ 18.620,87 (fl. 15).

Conforme aponta o extrato referente ao mês da constrição judicial, o valor de R\$ 3.811,05 (fl. 14), é relativo à pensão por morte.

Portanto, absolutamente impenhorável.

Por fim, quanto ao saldo remanescente, deve permanecer constrito. Isto porque os valores apesar de, no princípio, possuírem caráter salarial, quando entram na esfera de disponibilidade sem que tenham sido integralmente consumidos para suprir as necessidades básicas, passa a compor uma reserva de capital, e por esta razão perdem o seu caráter alimentar, podendo, portanto, serem bloqueados.

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - DESBLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS (VIA BACENJUD) - NÃO APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DA VERBA BLOQUEADA - PARCELAMENTO PARACIAL DO CRÉDITO - MANUTENÇÃO DO BLOQUEIO APENAS EM RELAÇÃO AO CRÉDITO NÃO PARCELADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O só fato de serem depositadas verbas salariais em determinada conta bancária não implica a impenhorabilidade de todos os valores que nela se encontram. 2. ‘Em princípio é inadmissível a penhora de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. Entretanto, tendo o valor entrado na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável’ (STJ, RMS 25.397/DF, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, T3, ac. un., DJe 03/11/2008). 3. Havendo parcelamento do crédito relativo a parte das CDAs em execução (CDAs nºs 25.6.02.000711-57 e 25.6.07.000358-90), legítima sua liberação do BACENJUD (por fundamento diverso - impossibilidade de manutenção do bloqueio se concedido parcelamento, v.g. AG nº 0073585.03.2012.4.01.0000/PA) mantida,

entretanto, a constrição em relação ao crédito não parcelado (CDA nº 25.7.07.000047-20) 4. Agravo de instrumento parcialmente provido. 5. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 9 de abril de 2013., para publicação do acórdão.”

(TRF1, Agravo de instrumento, relator Des. Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, e-DJF 19.04.2013, pág. 564)

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo. (...)

Não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão proferida quando do exame do pedido de efeito suspensivo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

Sentenças



AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0034549-11.2004.4.03.6100

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF, INSTITUTO NACIONAL DE TRADIÇÃO E CULTURA AFRO-BRASILEIRA - INTECAB E CENTRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DA DESIGULADADE - CEERT
Rés: REDE RECORD DE TELEVISÃO E REDE MULHER DE TELEVISÃO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: DJALMA MOREIRA GOMES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2015

Vistos etc.

Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de antecipação de efeitos da tutela, movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF, INSTITUTO NACIONAL DE TRADIÇÃO E CULTURA AFRO-BRASILEIRA – INTECAB, e CENTRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DA DESIGULADADE – CEERT em face de REDE RECORD DE TELEVISÃO e REDE MULHER DE TELEVISÃO, visando à condenação das emissoras-rés na obrigação de fazer consistente em colocar à disposição das associações autoras estúdio e estruturas pertinentes, bem como pessoal de apoio necessário à gravação e exibição de 30 (trinta) programas televisivos *a título de direito de resposta coletivo*, com duração de duas horas cada, a serem exibidos em 30 (trinta) dias consecutivos, no horário das 21 às 23 horas, devendo essa exibição, pelas emissora-rés, iniciar-se no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis após a intimação da decisão respectiva, sob pena de *multa diária* no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Pleiteiam, ainda, que a União Federal, colocada inicialmente na condição de co-ré, caso opte em se manter no polo passivo da demanda, seja condenada em obrigação de fazer consistente em *notificar o Congresso Nacional* para que os fatos relatados na exordial *sejam considerados* quando da decisão de renovação ou não da concessão das emissoras-rés.

Narram os autores que as religiões afro-brasileiras vêm sofrendo constantes agressões em programas veiculados pelas emissoras-rés, o que é vedado pela Constituição Federal, que proíbe a demonização de religiões por outras.

Dessa forma, os autores entendem plausível a aplicação *do direito de resposta coletivo*, com base no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal e do art. 29 da Lei 5.250/67, aplicando-se, por analogia, as regras da Lei de Imprensa *que regem o direito de resposta individual, ao direito de resposta coletivo pleiteado na presente ação civil pública*.

A petição inicial veio instruída com documentos (fls. 46/150).

O juízo da 5ª Vara Cível local, para o qual o feito foi inicialmente distribuído, deixou para apreciar o pedido antecipatório à vista das informações das rés, que foram solicitadas por analogia ao disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 (fls. 152/154).

Intimadas, as emissoras-rés prestaram informações (fls. 161/184 e 201/203).

O MPF reiterou o pedido de tutela antecipada (fls. 194/197), cuja apreciação foi postergada (fl. 198).

A União manifestou-se sobre a lide (fls. 206/212), requerendo a intimação da ANATEL, por ser aquela Agência o órgão público competente para regular e fiscalizar o serviço público de telecomunicações.

A União Federal manifestou seu *desinteresse em integrar o polo ativo da lide*, optando por permanecer no polo passivo da demanda (fls. 214/225). Nessa qualidade, ofertou contes-

tação (fls. 227/274), argüindo, preliminarmente, sua *ilegitimidade passiva “ad causam”*, bem como a *impossibilidade jurídica do pedido*. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

O pedido antecipatório foi parcialmente deferido para garantir o direito de resposta coletivo às associações autoras, determinando-se que as rés fornecessem todo o apoio técnico e material necessário para a produção e gravação de um único programa, com duração de uma hora, para exibição, por elas, durante sete dias, nos mesmos horários dos programas tidos como ofensivos, cujas exibições deveriam ser precedidas de chamadas pelas próprias emissoras aos seus telespectadores, tudo sob pena de multa (fls. 275/286).

As emissoras-rés ofertaram contestação em peça comum (fls. 322/490), argüindo, preliminarmente, a incompetência absoluta do juízo cível para questões de direito de resposta, a inépcia da inicial, defeito de representação de uma das co-autoras, a ilegitimidade ativa do MPF, a ausência de interesse processual, e a *decadência*. Pleitearam, também, a denúncia da lide à Igreja Universal do Reino de Deus, à vista do *vínculo contratual* entre esta e as emissoras-rés. No mérito, pugnaram pela improcedência da ação, asseverando que não existe na grade de programação das emissoras rés qualquer programa denominado “*Sessão de Descarrego*”, “*qualificativo esse de mera chamada televisiva sem nenhum intento deletério e alusivo a transmissão da liturgia da denunciada lide, com o fito exclusivo de convidar os fiéis para o Templo*” (fl. 346), *confirmando, contudo, que o programa denominado “Mistérios” “corresponde ao formato de programa veiculado pelas contestantes, com idêntico ânimo, em horários determinados, sempre de madrugada, não ultrapassando 30’ (trinta minutos, já não mais transmitido)”* (idem)(grifos no original).

Os autores foram intimados a se manifestar a respeito das preliminares arguidas (fl. 491).

As emissoras-rés interpuseram Agravo de Instrumento contra a concessão do pedido antecipatório (fls. 494/531), cujo efeito suspensivo ativo foi indeferido, por não vislumbrar a E. Relatora, Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, “*relevância da fundamentação das agravantes, a ensejar a suspensão da eficácia da r. decisão agravada*” (fls. 536/539).

Réplica às fls. 541/609.

Determinada a intimação da ANATEL “para se manifestar se tem interesse em integrar a lide” (fl. 286 e 313), a Agência, intimada (fls. 632/634), declarou *não ter interesse* em integrar a lide (fls. 612/616), a respeito do que foram as partes intimadas (fls. 617/618), tendo elas silenciado.

A Rede Record de Televisão foi intimada a, em razão da denúncia da lide, comprovar seu vínculo contratual com a Igreja Universal do Reino de Deus (fl. 617).

As emissoras-rés reiteraram o pedido de denúncia da lide à Igreja Universal do Reino de Deus e postularam a exclusão das associações co-autoras do polo ativo da demanda (fls. 640/645).

O MPF juntou aos autos cópia do DVD “*Diálogo das Religiões – direito de resposta*”, conforme decisão que concedeu parcialmente o pedido antecipatório (fls. 658/659) e postulou a realização de audiência preliminar, opondo-se à intervenção na lide da Igreja Universal do Reino de Deus (fls. 661/662).

O CEERT e o INTECAB manifestaram-se contrariamente à extinção do feito em relação a eles, tal como requerido pelas emissoras-rés (fls. 667/669).

O MPF postulou o cumprimento da medida liminar concedida (fls. 679/692), o que foi deferido, determinando o juízo mandado de intimação às emissoras-rés “para procederem ao imediato cumprimento da liminar de fls. 275/286” (fls. 693).

As emissoras-rés insurgiram-se contra a determinação do juízo, alegando a falta de intimação; a ausência de publicação da decisão; a necessidade de degravação das fitas; e a necessidade da concessão de um prazo adicional de cinco dias para o cumprimento da decisão (fls. 698/710).

As emissoras-rés foram intimadas a dar cumprimento à decisão liminar (fls. 712/716).

O MPF postulou o imediato cumprimento da liminar (fls. 718/719), tendo sido assinado o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a efetivação da medida (fls. 720).

As emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração em face da decisão que concedeu a liminar (fls. 727/755).

Audiência de conciliação (fl. 756).

O CEERT juntou aos autos cópia do DVD “Diálogo das Religiões – direito de resposta” (fls. 761/762).

As emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração em face da ausência de intimação da União para participar da audiência de conciliação (fls. 764/795).

As emissoras-rés peticionaram contra a ausência de anotações da Secretaria da Vara (fls. 797/805).

O Agravo de Instrumento foi desacolhido, mantendo-se o provimento antecipatório (fls. 809/819), mas o E. STJ, em sede de Medida Cautelar (MC 10.833 – SP), suspendeu o cumprimento da decisão, vez que o E. Relator concedeu a liminar “para suspender os efeitos da tutela antecipada, até ulterior deliberação” (fl. 822).

Rejeitados os Embargos de Declaração de fls. 794/795 (fls. 835/836).

As emissoras-rés reiteraram a necessidade de transcrição do conteúdo das fitas VHS juntadas aos autos (fls. 839/841).

As emissoras-rés declararam inviável a aceitação da proposta feita pelo MPF em audiência, haja vista a nulidade decorrente da ausência de representante da União Federal (fl. 842).

As emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração contra a decisão de fls. 835/836 (fls. 844/847), os quais foram rejeitados (fls. 850/853).

Manifestação do MPF (fls. 860/864).

As emissoras-rés postularam a remessa dos autos à Justiça Estadual, ante o desinteresse da União na lide (fls. 869/875) e interpuseram Agravo de Instrumento contra a decisão de fls. 850/853 (fls. 880/895), ao qual fora negado seguimento (fl. 897). Reiteraram o pedido de fls. 869/8754 (fl. 905).

A União requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 908/909) e opôs Embargos de Declaração contra a decisão de fls. 835/836 (fls. 910/916).

Determinação às partes no sentido de que substituíssem as fitas VHS juntadas aos autos por DVDs (fls. 918/919), de cuja decisão as emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração (fls. 930/935) e Agravo de Instrumento (fls. 937/948).

O CEERT requereu dilação de prazo para cumprir a decisão de gravação das fitas VHS em DVDs (fls. 949/950).

Indeferido o pedido das emissoras-rés quanto à nulificação da decisão de fls. 850/853 (fls. 951/952) e rejeitados os Embargos de Declaração opostos pela União Federal (fls. 953/954), assim como os Embargos de Declaração opostos pelas emissoras-rés contra a decisão de fls. 918/919 (fls. 955/957).

Despacho saneador às fls. 958/971.

O CEERT juntou aos autos DVD correspondente à transcrição de fita VHS anteriormente juntada (fls. 982/983).

As emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração contra a decisão que saneou o processo (fls. 990/1004).

O MPF manifestou-se contra os Embargos de Declaração opostos pelas emissoras-rés (fls. 1011/1013).

O juízo prestou informações à E. Desembargadora Relatora do Agravo de Instrumento (fls. 1020/1021).

As emissoras-rés interpuseram Agravo de Instrumento contra as decisões de fls. 951/952, 953/954, 955/957 e 958/971 (fls. 1026/1082).

A parte autora juntou aos autos transcrição de programas de televisão apresentados com a contestação (fls. 1084/1354).

As emissoras-rés postularam que o MPF providenciasse a gravação em DVD das fitas VHS juntadas aos autos (fls. 1356/1361) e manifestaram-se contra alegada deturpação do instituto do direito de resposta pelos autores (fls. 1372/1436). Manifestaram, ainda, acerca da obra “Orixás, Caboclos e Guias, Deuses ou Demônios” (fls. 1441/1491).

Nova manifestação das emissoras-rés acerca da necessidade de gravação das fitas VHS juntadas aos autos em DVD (fls. 1492/1509).

O CEERT informou que os DVDs juntados aos autos referentes à gravação das fitas VHS não funcionam nos aparelhos adequados (fls. 1511/1512).

As emissoras-rés afirmaram desconhecer as razões que levaram ao fato relatado pelo CEERT, imputando-o à desatualização do equipamento utilizado por aquela associação (fls. 1526/1529). Juntaram elas aos autos cópia integral de Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 1531/1588).

O CEERT informou que o aparelho utilizado na exibição malsucedida dos DVDs juntados aos autos não seria obsoleto como alegam as emissoras-rés, reiterando a petição de fls. 1511/1512 (fls. 1593/1594).

No Agravo de Instrumento ofertado pelas emissoras-rés (fls. 1026/1082) foi negado o efeito suspensivo ativo postulado (fls. 1599/1605).

O MPF manifestou-se sobre o processo, pleiteando que os Embargos de fls. 990/1004 fossem declarados como protelatórios, impondo-se às rés as multas cabíveis. Postulou, também, o julgamento antecipado da lide (fls. 1612/1617). Reiteração deste último pedido à fl. 1621.

As emissoras-rés reiteraram a arguição de incompetência do juízo cível em relação às ações que visam à concessão de direito de resposta (fls. 1624/1660).

Em decisão proferida por este magistrado, a União Federal foi excluída do feito, ante o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido formulado em relação a ela, bem como por ausência de interesse processual. Na mesma decisão foi reconhecida a natureza criminal do direito de resposta pretendido pelos autores e determinada a redistribuição dos presentes autos à Justiça Criminal Estadual (fls. 1661/1681).

Em face dessa decisão, o MPF ofertou APELAÇÃO (fls. 1687 e 1688/1705), requerendo que fosse recebido no duplo efeito, “conhecido e provido o presente recurso de maneira a, quanto ao mérito, casse-se a sentença sob exame e julgue-se procedente a demanda ajuizada pelo Apelante” (fl. 1705).

Não tendo sido a Apelação recebida pelo juízo “a quo” (fl. 1728), o MPF aparelhou Agravo de Instrumento contra essa decisão (fls. 1742 e 1743/1762), tendo sido inicialmente negado o pretendido efeito suspensivo (fls. 1768/1771) e, no mérito, negado provimento ao Agravo (fls. 1990/1998), *cujá decisão transitou em julgado* (fl. 1999).

Redistribuído os autos para a 12ª Vara Criminal do Estado, o juízo criminal declarou-se absolutamente incompetente para conhecer da matéria por se tratar de Ação Civil Pública e determinou a redistribuição do feito a uma das Varas Cíveis do Estado (fl. 1785).

O juízo cível Estadual suscitou conflito de competência negativo em face deste juízo, haja vista a presença do Ministério Público Federal na lide (fl. 1948 e fls. 1950/1956).

O E. STJ conheceu do conflito de competência para declarar competente o juízo federal desta 25ª Vara Cível (fls. 2015/2017).

Intimadas as partes sobre a decisão do E. STJ (fl. 2047), apenas o MPF se manifestou, reiterando o quanto requerido às fls. 1.612/1.617 (fl. 2048), ou seja, que a ação fosse julgada procedente nos exatos termos da inicial.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, observo que a decisão de fls. 1661/1681 não teve abaladas sua validade ou eficácia por conta do recurso contra ela dirigido à E. Corte Regional. Como assentado no Relatório supra, o recurso não foi acolhido, tendo, pois, a decisão recorrida transitado em julgado no que tange à exclusão da lide da União Federal.

No mais, tendo o E. STJ fixado a competência deste juízo – afastando, em decorrência, a da Justiça Estadual, cível ou criminal – para o deslinde da causa remanescente, qual seja, a que se trava entre o Ministério Público Federal e as organizações co-autoras versus as duas redes de Televisão (Rede Record e Rede Mulher), passo a decidir a demanda posta.

PRELIMINARES: As preliminares arguidas pelas rés não comportam acolhimento. Nenhuma delas. Quanto à alegação de incompetência deste juízo cível federal, porque a causa revistiria natureza criminal (e não cível), tem-se que restou prejudicada ante à decisão do E. STJ proferida no conflito de competência aparelhado (CC 102772). Também não procede a alegação de ser a petição inicial inepta. Não é, visto que os fatos estão perfeitamente nela descritos e o pedido formulado decorre logicamente da exposição dos fatos apresentados. O MPF é parte legitimada a este tipo de ação, em que defendidos direitos coletivos – tanto o é que foi a presença na lide do *Parquet* Federal a razão de se afirmar a competência da Justiça Federal para a presente causa, como decidido pelo E. STJ. O interesse processual dos autores é manifesto, visto que a via conciliatória mostrou-se ineficaz. Também não se operou a decadência, como alegado, ainda mais considerando-se que os fatos inquinados de ofensivos às religiões de origem africanas se protraíram no tempo, ocorrendo mesmo durante a tramitação do processo. Por fim, as partes estão regularmente representadas, pelo que não há óbice ao enfrentamento do mérito, o que passo a fazer.

No MÉRITO, a ação é *procedente*.

Os autores buscam, através deste processo, provimento judicial que lhes reconheça o *direito de resposta* diante de ofensas contidas em repetidas programações veiculadas pelas duas redes de televisão às religiões de origem africanas e lhes *assegure a efetivação do direito reconhecido*. Vale dizer, pedem que as redes de televisão rés concedam aos autores o *tempo de programação* por diversos dias, com duração de duas horas por dia, e também, para viabilizar

a exibição dos programas-respostas, *as redes disponibilizem suas dependências e equipamentos e empreguem seu pessoal técnico na produção dos programas*, isto é, fornecendo todo apoio necessário em termos de material, técnico e ainda colocando pessoas à disposição para a produção e exibição dos programas-respostas.

E os autores têm razão.

Conquanto a Lei de Imprensa editada durante o regime de exceção (Lei 5.250/67) – norma legal invocada pelos autores a albergar-lhes o direito de resposta – tenha sido retirada de nosso ordenamento legal, por conta do pronunciamento do E. STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, não há óbice a que o direito seja reconhecido, à vista do princípio segundo o qual ao juiz são trazidos os fatos e este aplica-lhes o direito (*jura novit curia*).

Para o deslinde da causa, fixamos as seguintes premissas: 1. A prestação de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens não é atribuída livremente à iniciativa privada. 2. Trata-se de serviço de serviço público de competência da União, que pode explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. 3. O prestador desses serviços, que para isso tenha recebido do Estado (União) autorização, concessão ou permissão é um *longa manus* do Estado no desempenho dessa atividade, e como o próprio Estado deve se comportar no cumprimento das regras e princípios constitucionais e legais. 4. A Constituição e a Lei impõem que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens sejam prestados – pelo Estado, diretamente, ou por quem lhes faça as vezes, como autorizado, concessionário ou permissionário – sejam prestados visando à consecução dos fins da República Federativa do Brasil, entre eles a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV). 5. Devendo a produção e a programação das emissoras autorizadas, concessionárias ou permissionárias atenderem ao princípio da preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas ao do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, art. 221, I e IV). 6. O Estado (ou quem lhes faça as vezes) garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais, protegendo as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional e valorizando a diversidade étnica e regional (CF, art. 215, *caput* e § 1º e § 3º, V). 7. Em caso de ofensa, é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo (CF, art. 5º, V).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PRIVADOS. DEVERES DOS PRESTADORES.

Dispõe a Constituição Federal que é livre o exercício de qualquer trabalho (art. 5º, XIII) e que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art. 170, § 1º).

Embora a ordem econômica seja regrada, devendo, por exemplo, observar, entre outros, o princípio da “redução das desigualdades regionais e sociais” (art. 170, VIII), ela é regida pela livre iniciativa, que confere a quem a explore ampla liberdade de escolha. Assim, por exemplo, uma padaria pode escolher livremente os tipos de pães a serem produzidos, a mortadela ou o queijo a serem utilizados nos lanches e as pizzas a serem servidas, podem empregar quem queiram, mas laboram com grande margem de escolhas. Mesmo uma padaria, ou uma quitanda, ou um supermercado, por exemplo, devem observar regras sanitárias e de defesa do consumidor. Ou seja, são livres, mas a atividade é regrada. Têm deveres legais a cumprir.

Os exemplos acima, escolhidos pela simplicidade dos casos, servem para ressaltar que as atividades econômicas, mesmo as mais comuns, estão sujeitas a regramento jurídico que impõem deveres aos seus exploradores.

No caso dos autos, os serviços explorados pela rés - serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens - não são serviços livremente exercidos pela iniciativa privada. Trata-se de SERVIÇO PÚBLICO que, mercê dessa qualidade, acha-se submetido a princípios jurídicos, entre eles o da SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, segundo o qual deve, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹, se orientar “tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão conveniências da coletividade; *jamaís os interesses secundários do Estado ou os dos que hajam sido investidos no direito de prestá-los*” (destaques do original).

Assim, não pode aquele que presta os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, seja o Estado, ou alguém a quem o Poder Público tenha autorizado, concedido ou permitido, fazê-lo no seu próprio interesse ou na conveniência sua.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. DEVERES DO ESTADO.

Dispõe a Constituição Federal em seu art. 21, XII, a:

Art. 21. Compete à União:

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão; os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Tais serviços públicos, disciplinados pela Lei nº 4.117/62, foram regulamentados pelo Decreto nº 52.795/63, cujo art. 3º dispõe:

Art. 3º Os serviços de radiodifusão tem finalidade educativa e cultural, mesmo em seus aspectos informativo e recreativo, e são considerados de interesse nacional, sendo permitida, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.

O PARTICULAR COMO LONGA MANUS DO ESTADO. DEVERES.

O Regulamento dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens estabelece ainda, além da disposição de índole geral acima transcrita que as concessionárias desses serviços, “além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações” (art. 28):

12 - na organização da programação: (Redação dada pelo Decreto nº 88.067, de 26.1.1983)

a) manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a transmissão de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes. (Incluído pelo Decreto nº 88.067, de 26.1.1983)

b) não transmitir programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico (Incluído pelo Decreto nº 88.067, de 26.1.1983).

E, por óbvio, tais normas não são meros aconselhamentos. Ao contrário, como normas jurídicas que são, caracterizam-se como preceitos impositivos, de tal sorte que o art. 62 do mesmo Regulamento estabelece que “a liberdade da radiodifusão não exclui a punição dos que praticarem abusos no seu exercício”.

¹ Curso de Direito Administrativo dos Serviços de Radiodifusão, Malheiros Editores, 14ª edição, p. 604.

E, nessa toada, dispõe o art. 67:

Art. 67. As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, observado o caráter educacional desse serviço, deverão na organização dos seus programas, atender entre outras às seguintes exigências:

1. manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a irradiação de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrários à moral familiar e aos bons costumes.

Vale dizer, como preceitos prescritivos que são, tais normas impõem sanções para o caso de descumprimento dos deveres impostos aos concessionários ou permissionários, estabelecendo o art. 122 do Regulamento:

Art. 122. Para os efeitos deste Regulamento são consideradas infrações na execução dos serviços de radiodifusão os seguintes atos praticados pelas concessionárias ou permissionárias:
5. promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião.

Assim, qualificando-se os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens como serviços públicos, o Estado, ao prestá-los diretamente, deve fazê-lo com observância à disciplina legal estabelecida, cuja disciplina legal também submete o particular que em nome do Estado exerce tais serviços como autorizado, concessionário ou permissionário.

SERVIÇO PÚBLICO. PRESTAÇÃO VISANDO À CONSECUÇÃO DOS FINS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Dispõe o art. 3º da CF que o Brasil, como país, tem objetivos a atingir.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Devendo a sociedade e o Estado trabalharem para a consecução desses objetivos, não há dúvida de que os serviços públicos, financiados pela sociedade, constituem a mais eficiente ferramenta para esse fim.

Mais especificamente, não há como negar que os serviços públicos de radiodifusão de sons e imagens constituam importante instrumento na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

PROGRAMAÇÃO. FINALIDADES EDUCATIVAS, ARTÍSTICAS, CULTURAIS E INFORMATIVAS. RESPEITO AOS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA PESSOA E DA FAMÍLIA.

Dispõe o art. 221, incisos I e IV da CF:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

(...)

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Vale dizer, antes mesmo do dever de observar os preceitos legais e regulamentares já apontados, os prestadores dos serviços de radiodifusão de sons e imagens estão, por imperativo constitucional, obrigados a produzir uma programação que tenha finalidades educativas, culturais e informativas, e, de todo modo, preocupada com o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Em outras palavras, se a programação deve se ater a esses princípios jurídicos (dever de atuar positivamente) com muito mais razão têm os prestadores desse serviço público o dever de NÃO OFENDÊ-LOS, ou seja, têm o dever de não atuar exatamente em sentido contrário ao da busca dessas finalidades educativas e culturais constitucionalmente prestigiadas e de respeito à diversidade de valores éticos e sociais das pessoas e famílias, tenham elas a orientação religiosa que tiverem.

ESTADO. DEVER DE GARANTIR O PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS CULTURAIS. E DE PROTEÇÃO ÀS MANIFESTAÇÕES DAS CULTURAS POPULARES, INDÍGENAS E AFRO-BRASILEIRAS.

A teor do disposto no art. 215 e parágrafos da CF, o Estado e seus *longa manus* têm o dever jurídico (não se trata de mera recomendação) de *garantir o exercício* dos direitos culturais (não apenas reconhece-los) e de proteger as manifestações populares (contra que as possa ofender), ressaltando especificamente as culturas dos indígenas e as afro-brasileiras.

Reproduzo o texto constitucional:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Vale dizer, ao contrário de achincalhar a cultura afro-brasileira, o Estado (e também os concessionários de serviço público, como são as emissoras de TV) deve protegê-la e garantir-lhe as manifestações, embora delas não sejam necessariamente adeptos.

Trata-se de consequência do dever de convivência com a diversidade sócio-cultural (que inclui a faceta religiosa).

Vê-se que os fatos imputados às rés na inicial desenvolveram-se em sentido diametralmente oposto à conduta esperada, segundo plasmada na Constituição Federal.

DIREITO DE RESPOSTA.

O atuar das rés é potencialmente capaz, em tese, de desencadear várias consequências nos âmbitos administrativo, da responsabilidade civil e até mesmo na esfera criminal.

Aqui cuidamos especificamente da questão da responsabilidade civil, no particularíssimo aspecto do *Direito de Resposta*, em razão das ofensas veiculadas pelas emissoras rés contra as religiões de origem africanas.

E o *Direito de Resposta* tem sede na Carta Magna, que dispõe em seu art. 5º, V:

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

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

Portanto, ainda que tenha sido retirada do ordenamento a antiga Lei de Imprensa, que dispunha expressamente sobre o direito de resposta em caso de ofensa perpetrada por meio de prestadores de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, o direito de respostas aos ofendidos deflui diretamente da Constituição, cabendo ao juiz sopesar a extensão desse direito, que deve ser “proporcional ao agravo”.

FATOS INCONTROVERSOS. GRAVIDADE.

Os fatos imputados na inicial estão comprovados e são, ademais, incontroversos. Comprovados, como adiante destacarei e incontroversos porque as emissoras rés não negam os fatos – e nem se esperaria que o fizessem – mas apenas procuram deles extrair a conotação de ofensivos atribuída pelos autores.

Quanto à comprovação dos fatos e sua gravidade, permito-me reproduzir trechos da r. decisão antecipatória de tutela, proferida pela MM. Juíza Federal, Dra. MARISA CLÁUDIA GONÇALVES CUCIO. Asseverou sua Excelência:

Assisti às fitas e não há como negar o ataque às religiões de origem africana e às pessoas que as praticam ou que delas são adeptas. Ressalto que não é preciso ser simpatizante ou adepto dessas religiões para conhecer alguns dos seus rituais e tradições. As religiões trazidas com os escravos são parte da cultura brasileira e são presença constante em nossa literatura. Não foram poucos os livros editados, e muitos foram adaptados para o cinema e para a televisão. Portanto, entendo que é possível a identificação dos ataques à religião com o intuito de menosprezar quem as pratica (referidos como bruxos, feiticeiros, pais de encosto).

Aliás, um fato interessante deve ser registrado. Nos programas gravados há depoimentos de pessoas que antes eram adeptas das religiões afro-brasileiras e que se converteram; nos templos da nova religião, essas pessoas realizam “sessões de descarrego” ou “consultoria espiritual”. Assim, é de se concluir que não negam as tradições e os ritos das religiões de matriz africana, porém afirmam que nos terreiros os seguidores praticam o mal, a feitiçaria, e a bruxaria.

Os programas tentam transmitir a ideia de simples relatos de pessoas que se converteram. Contudo, não se trata apenas de testemunhos a respeito do sucesso da conversão. Relatos não poderiam ser impedidos, todavia, as pessoas não são identificadas, sequer seus rostos são desvendados, mas são denominados como “ex-bruxa”, “ex-mãe de encosto”, e acusadas de terem servido aos “espíritos do mal” que só se dedicam a prejudicar as pessoas.

Esse tipo de mensagem desrespeitosa, com cunho de preconceito, mesmo que transmitida em horário de pouca audiência, tem impacto poderoso sobre a população, principalmente a de baixa escolaridade, porque é acessada por centenas de milhares de pessoas que podem recebê-la como uma verdade (fls. 275/286).

Por todas essas razões, a procedência da ação é medida de rigor.

Já na apreciação do pedido de antecipação de tutela, a douta magistrada observara que a produção de 30 (trinta) programas de duas horas de duração seria medida exagerada (fl. 285), com o que concordo. Considerou Sua Excelência, então, que a produção de um único programa para ser exibido algumas vezes (sete vezes), com três prévias chamadas aos telespectadores, bem cumpriria o direito de resposta. Nesse ponto, tenho que a fixação é insuficiente. Em face da gravidade das ofensas e da riqueza das manifestações das religiões de origem africana, considero adequada a produção de (4) quatro programas, os quais deverão ser exibidos em 8 (oito) oportunidades em cada uma das emissoras (duas exibições de cada programa produzido, em cada uma das redes rés), pelos quais serão feitos pelos autores os esclarecimentos por eles considerados importantes por serem capazes de promover o restabelecimento da verdade

segundo práticas e tradições de tais religiões.

Observe, a propósito, que não considero que a fixação de um número de apresentações inferior ao indicado pelos autores na petição inicial implique sucumbência delas.

As apresentações dos respectivos programas devem ter intervalo entre uma e outra de sete dias, precedidas de três chamadas diárias aos telespectadores sobre data e horário da respectiva apresentação, uma chamada no período da manhã, outra no período da tarde e outra já no período noturno.

Os horários das apresentações devem ser compatíveis com aqueles em que veiculadas as ofensas, ou seja nos horários em que regularmente eram exibidos os programas “Mistérios” e “Sessão de Descarrego”, transmitidos tanto pela Rede Record como pela Rede Mulher.

As rés serão responsáveis pela produção dos programas, devendo, para isso empregar seus espaços físicos, equipamentos e pessoal técnico.

Isso posto, JULGO PROCEDENTE a ação, extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar as rés a produzir, cada uma delas, 4 (quatro) programas de televisão, com duração mínima de uma hora, cada, a título de DIREITO DE RESPOSTA às religiões de origem africana, em razão das ofensas contra elas proferidas pelas rés no Programa “Mistérios” e quadro “Sessão de Descarrego”, conforme mencionado na petição inicial deste feito, bem como a exibir tais gravações. Para a produção dos programas e suas respectivas gravações, as rés empregarão seus respectivos espaços físicos, equipamentos e pessoal técnico.

Cada um dos 4 (quatro) programas serão exibidos em duas oportunidades, em cada emissora (totalizando oito exibições por emissora ré), em horários correspondentes àqueles em que exibidos os programas em que praticadas as ofensas. As exibições dos programas deverão observar intervalo de sete dias entre uma e outra, devendo cada exibição ser precedida de pelo menos 3 (três) chamadas aos telespectadores na véspera ou no próprio dia da exibição, uma pela manhã, outra no período da tarde e outra nas primeiras horas do período noturno.

Nos termos do art. 461, do CPC, CONCEDO A TUTELA ESPECÍFICA, para que a presente decisão seja cumprida nos termos acima estabelecidos, de modo que a produção do primeiro programa deverá ocorrer dentro de 30 (trinta) dias e as exibições se iniciar em 45 dia, com término em 75 dias, tudo a contar da data da intimação desta sentença.

Nos termos do artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por emissora por dia de atraso na produção ou exibição dos programas, ficando as rés advertidas de que a *astreinte* pecuniária ora fixada pode ser convalidada em *suspensão de toda a programação da respectiva emissora pelo tempo de descumprimento desta decisão*, em caso de recalcitrância.

Custas *ex lege*.

Condeno as rés em honorários advocatícios, solidariamente, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, monetariamente corrigido, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Publique-se, Registre-se. Intimem-se.

São Paulo, 22 de abril de 2015.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

AÇÃO PENAL

0003034-20.2011.4.03.6000

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: PAULO FLÁVIO CARVALHO

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

Juiz Federal: FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/03/2015

O *Ministério Público Federal* ofereceu denúncia, aos 16.03.2011 (fls. 85-86), em face de *Paulo Flávio Carvalho*, pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 38, “caput”, da Lei nº 9.605/98.

De acordo com a exordial (fls. 93-95), no dia 25.01.2008, por volta das 16 horas, durante fiscalização por fiscais do Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL), na sede do Sindicato dos Policiais Cíveis de Mato Grosso do Sul (SINPOL), situado na Avenida Presidente Vargas, 420, Jardim Alvorada - Coxim, MS, presidido, à época dos fatos, por *Paulo Flávio Carvalho*, constatou-se a destruição e danificação de floresta em área de preservação permanente, sem a devida licença autorizadora. Deveras, a supressão de vegetação ocorreu para a construção de uma quadra de areia (aterro de areia), protegida por um muro de arrimo com 1,50cm de altura X 19,40cm de largura por 38m de comprimento, conforme laudo de constatação nº 00351, em uma área de aproximadamente 557m² (quinhentos e cinquenta e sete metros quadrados). Tal supressão atingiu a Área de Preservação Permanente – APP da margem direita do Rio Taquari, consoante laudo de exame de meio ambiente nº 0851/10. *Paulo Flávio Carvalho*, presidente do SINPOL, à época dos fatos, afirmou que “para a edificação nas obras na área de preservação permanente na subsede de Coxim/MS, foi encaminhado pedido ao IMASUL para a abertura do procedimento administrativo, todavia, não aguardaram o término do trâmite para a realização da obra”. O Instituto Brasileiro de Meio Ambiente dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA informou que “o procedimento de autorização ambiental, neste caso, é de responsabilidade do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL”. Já o IMASUL informou que não há procedimento administrativo instaurado para construção de uma quadra de areia no SINPOL, em Coxim/MS. A Gerência de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Coxim/MS, por sua vez, informou que, também, em sede municipal, inexistiu procedimento administrativo “para supressão vegetal no terreno situado na Avenida Presidente Vargas, 420, Jardim Alvorada, em Coxim/MS, pertencente ao Sindicato dos Policiais de Mato Grosso do Sul – SINPOL”. Ademais, o SINPOL/MS, mediante o ofício nº 534, informou que “não foi encontrada nenhuma ata cuja decisão fosse a construção de um muro de arrimo na subsede” de Coxim/MS, sendo que “a atual diretoria tomou conhecimento de suposta irregularidade ambiental naquela subsede ao receber do IMASUL o auto de infração nº 00202, acompanhado de laudo de constatação nº 00351”. Assim sendo, vê-se que Paulo Flávio Carvalho, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, destruiu e danificou floresta em área de preservação permanente, sem possuir a licença cabível para supressão vegetal. Ademais, o muro de arrimo construído a mando do denunciado impede a regeneração natural da referida área de preservação permanente.

A denúncia foi recebida aos 13.07.2011, oportunidade em que foi reconhecida a extinção da punibilidade, por força da prescrição da pretensão punitiva estatal, do delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98 (fls. 96 e verso).

Foi determinada a expedição de carta precatória, para realização de audiência de suspensão condicional do processo (folha 109).

O réu foi citado e intimado, pessoalmente (folha 127), e não compareceu na audiência para oferta de suspensão condicional do processo (fls. 128 e verso).

O acusado apresentou resposta à acusação (fls. 142-145).

Não se verificou nenhuma hipótese de absolvição sumária (folha 153).

As testemunhas foram ouvidas (fls. 179-182), através de carta precatória, e o réu foi interrogado, neste Juízo. Não houve requerimento de diligências complementares, na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal (folha 201).

O Ministério Público Federal requereu a condenação do réu (fls. 207-213).

A defesa técnica, em alegações finais, apontou que o fato é atípico, eis que não houve destruição de floresta, propriamente dita, razão pela qual pugna pela absolvição do réu (fls. 215-221).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, é necessário consignar que não há que se cogitar de aplicação do princípio da identidade física do juiz, haja vista que o magistrado que presidiu a audiência de instrução (fls. 200-202) teve sua designação para atuar nesta Subseção Judiciária cessada, bem como tendo em consideração os termos da previsão constitucional engastada no inciso LXXVIII do artigo 5º da Lei Fundamental. Nesse sentido:

Afastamento do juiz. Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. Incluem-se na exceção os afastamentos por férias, licença-prêmio e para exercer cargo administrativo em órgão do Poder Judiciário (Assessor, Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça etc.) - foi grifado.

In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 392.

Quinta Turma

(...)

IDENTIDADE FÍSICA. JUIZ. PROCESSO PENAL.

A Turma denegou a ordem de habeas corpus, reiterando que o princípio da identidade física do juiz, aplicável no processo penal com o advento do § 2º do art. 399 do CPP, incluído pela Lei nº 11.719/2008, pode ser excetado nas hipóteses em que o magistrado que presidiu a instrução encontra-se afastado por um dos motivos dispostos no art. 132 do CPC – aplicado subsidiariamente, conforme permite o art. 3º do CPP, em razão da ausência de norma que regulamente o referido preceito em matéria penal. Precedente citado: HC 163.425-RO, DJe 6/9/2010. HC 133.407-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/2/2011. – foi grifado. (Informativo STJ, nº 461, de 1º a 4 de fevereiro de 2011)

Portanto, no caso concreto, é inviável a aplicação do § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal.

O artigo 38 da Lei nº 9.605/98 explicita que:

Art. 38. *Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente*, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade – foi grifado e colocado em negrito.

Floresta, segundo definição contida na versão digital do Dicionário Aurélio, significa:

1. Formação arbórea densa, na qual, ger., as copas se tocam; mata.
2. Fig. Grande quantidade de coisas muito juntas; aglomerado, conglomerado; mata: “O rio era um lençol de barcos e bandeiras, uma floresta de mastros” (Oliveira Martins, *Portugal Contemporâneo*, I, p. 83).
3. Fig. Confusão, labirinto, dédalo: uma floresta de enganos.
4. Ecol. Ecossistema terrestre organizado em estratos superpostos (o musgoso, o herbáceo, o arbustivo e o arbóreo), o que permite a utilização máxima da energia solar e a maior diversificação dos nichos ecológicos.

Como se afere acima, floresta envolve formação arbórea densa, na qual, geralmente, as copas se tocam.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça delimitou a extensão do elemento normativo floresta, na ementa abaixo transcrita, com os seguintes termos:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI Nº 9.605/98. EXTENSÃO DA EXPRESSÃO FLORESTA. O elemento normativo “floresta”, constante do tipo de injusto do art. 38 da Lei nº 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira. (Precedentes). Habeas corpus concedido. (STJ, HC 74950, Autos nº 200700110074, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, v.u., publicada no DJ aos 10.09.2007, p. 269)

No “laudo de exame de meio ambiente” (fls. 56-63) é indicado que o local em que houve o dano ambiental situa-se “na área urbana do município de Coxim” – foi grifado e colocado em negrito.

Portanto, situando-se o local do dano na área urbana do município de Coxim é forçoso concluir que *não* houve destruição ou danificação de floresta, na medida em que não se cogita de formação arbórea densa, de alto porte, na qual, geralmente, as copas se tocam.

Deve ser observado, ainda, que, para a confecção do “laudo de exame de meio ambiente”, houve a formulação de quesito específico indagando se houve destruição ou dano a floresta de preservação permanente (item V, nº 1, fls. 61-62), sendo certo que os Srs. Expertos *não* afirmaram que tenha havido destruição ou dano a floresta, mas sim de vegetação.

Na verdade, os fatos descritos na exordial amoldam-se, em tese, ao artigo 48 da Lei nº 9.605/98 (*impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa*), eis que a construção impede ou dificulta a regeneração das demais formas de vegetação. O “laudo de exame de meio ambiente” é expresso: “a remoção da vegetação previamente existente, a construção do muro de arrimo

e o aterro impedem a regeneração natural da vegetação da área de preservação permanente no local examinado” (folha 62, resposta ao quesito nº 4).

No entanto, eventual prática do delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98 foi atingida pela prescrição da pretensão punitiva estatal, ainda antes do oferecimento da denúncia, como se afere nas folhas 85-86 e 96-96v.

Portanto, em relação ao tipo previsto no “caput” do artigo 38 da Lei nº 9.605/98 o fato descrito na exordial é atípico, tendo em conta que não houve destruição ou dano de formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa.

Em face do expendido, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na vestibular, para o fim de ABSOLVER PAULO FLÁVIO CARVALHO, da imputação de prática do delito previsto no artigo 38, “caput”, da Lei nº 9.605/98, na forma dos fatos descritos na vestibular, com espeque no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Diante da sucumbência da pretensão punitiva estatal não é devido o pagamento das custas.

Após o trânsito em julgado, façam-se as comunicações e anotações pertinentes, inclusive junto ao SEDI, e, ulteriormente, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Coxim, 14 de janeiro de 2015.

Juiz Federal FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL

AÇÃO ORDINÁRIA

00 07717-34.2011.4.03.6119

Autor: MÁRIO JORGE DA COSTA CARVALHO

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2015

1) RELATÓRIO

MÁRIO JORGE DA COSTA CARVALHO ajuizou ação ordinária na qual pretende seja a União Federal condenada a pagar indenização por dano moral no valor de “consistente em 100 mil reais por dia contado do decreto de prisão preventiva até a efetiva revogação do mesmo, pois data vênua não se espera a hipóteses do seu indeferimento, tamanho seja o direito do autor, bem como as jurisprudências neste sentido.”, bem como indenização por dano material em razão da decretação da prisão preventiva expedido pelo Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Relata a inicial, em síntese, que o autor foi denunciado, juntamente com outras pessoas, pela prática de crime de concussão, tendo posteriormente sido absolvido pelo juiz criminal.

Afirma que “em função disto o requerente e outro tiveram prisão preventiva decretada pelo juízo *a quo* em agosto de 2007, sendo que a do outro foi revogada por se escrivão de polícia federal, mas o requerente, por ser somente um mero advogado, este teve que ficar com a prisão decretada por anos a fio, que somente foi revogada quando foi prolatada a sentença de mérito, por que assim foi feita VONTADE DO JUIZ daquele foro, até a data de 05 de maio de 2011, data em que foi disponibilizada a R. Sentença que a revogou.”

Esclarece que “ao tomar conhecimento do decreto de prisão preventiva contra si, e visando impedir seu cumprimento por considerar ilegal e injusta a medida constritiva a ele imposta, o requerente optou por se defender sem se submeter ao mesmo, no entanto a sua decisão não deve ser tida como desrespeito ao Poder Judiciário, porquanto encontrou abrigo naquilo que já havia entendido em circunstâncias similares a nossa Suprema Corte...”

Documentos de fls. 28/69 acompanharam a petição inicial.

Quatro apensos integram autos e trazem cópia do processo nº 0805992-56.2008.402.5101.

Justiça gratuita deferida às fls. 73.

Contestação da União Federal às fls. 80/97. Em sede de preliminar alegou a inépcia da petição inicial, a carência da ação pela impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustentou a prescrição em razão do disposto no art. 206, §3º, V do Código Civil de 2002 e a improcedência da ação pela ausência de erro judiciário, bem como ausência de violação à lei, a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais e inexistência de prova dos danos materiais e morais alegados pelo autor.

O autor fez juntar Laudo Psiquiátrico original às fls. 139/151.

A União juntou os documentos de fls. 155/248 relativos ao processo penal que teve curso na 6ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro/RJ.

O autor apresentou impugnação à contestação às fls. 251/292 reiterando, em síntese, os argumentos da inicial.

A União apresentou rol de testemunhas às fls. 294, das quais desistiu às fls. 307.

O autor apresentou o rol de testemunhas às fls. 305/306.

A audiência de instrução se realizou conforme fls. 322/328, gravação em mídia eletrônica.

O autor fez juntar os documentos de fls. 337/436 (certificado da OAB, diploma de bacharel em Direito, cartões profissionais, inscrição CNPJ, declarações de imposto de renda 2001 a 2005, notícias de jornais sobre sua atuação profissional publicados em 1992, 1993, cópia parcial da ação penal alhures mencionada).

Às fls. 441/444, a União Federal se manifestou sobre os documentos supramencionados.

Memoriais pelas partes às fls. 446/455 (Autor) e fls. 457/462 (União Federal) .

Vieram os autos conclusos.

É o relatório do necessário. Passo a decidir.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Questões Preliminares

2.1.1 Princípio da identidade física do Juiz

Apesar de não suscitado por nenhuma das partes, é necessário consignar que não há que se cogitar de aplicação do princípio da identidade física do juiz, pois o magistrado que presidiu a audiência de instrução foi removido.

Esclarecedora a lição de Nery Júnior e Rosa Maria Nery:

Afastamento do juiz. Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. Incluem-se na exceção os afastamentos por férias, licença-prêmio e para exercer cargo administrativo em órgão do Poder Judiciário (Assessor, Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça etc.) Foi grifado.

In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 392.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC. MAGISTRADO REMOVIDO PARA ATUAR EM OUTRA VARA. HIPÓTESE QUE SE SUBSUME AS EXCEPCIONALIDADES DA LEI.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Em respeito ao princípio da identidade física do juiz, consagrado no sistema processual penal pátrio, a sentença deverá, de regra, ser proferida pelo magistrado que participou da produção das provas durante o processo criminal, admitindo-se, excepcionalmente, que juiz diverso o faça quando aquele estiver impossibilitado de realizar o ato em razão das hipóteses de afastamento legal narradas.

3. No caso, demonstrado que à época na qual foi prolatado o édito condenatório o magistrado responsável pela colheita da prova no curso da instrução criminal se encontrava em uma das situações excepcionais enumeradas no art. 132 do Código de Processo Civil (removido para atuar em vara cível), não se vislumbra, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, qualquer mácula na atuação de Juiz de Direito diverso para proferir sentença condenatória.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no Ag 1325827/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 18/02/2013)

Portanto, no caso concreto, é inviável a aplicação do artigo 132 do Código de Processo Civil.

Com efeito, não há que se falar em nulidade por incompetência do Juízo.

2.1.2 Preliminares de inépcia da inicial, impossibilidade jurídica do pedido

De início, afastos a alegação da inépcia da inicial, uma vez que, por mais que esta não tenha sido redigida seguindo a melhor técnica jurídica-redacional com exposição lógica e clara dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, este Juízo entende por razoavelmente atendidos os requisitos dos arts. 282 e 283, CPC.

Afastos a alegação da UNIÃO de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o pedido do autor não encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio.

No tocante à possibilidade jurídica do pedido, ressalta-se que essa condição da ação “compreende a verificação de que, no ordenamento jurídico (abstratamente considerado), não há vedação expressa à demanda formulada. Em outras palavras, dizer que uma demanda é possível juridicamente significa analisar e concluir que não há proibição expressa no ordenamento jurídico da solicitação formulada.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 4.ed. SP:RT,2008, p. 138.), daí também não prosperar a alegação da ré.

2.2 Prejudicial de Mérito: Prescrição

Não assiste razão à União quanto ao prazo de três anos previsto no art. 206, §3º, V do Código Civil de 2002.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o tema em sede de recursos repetitivos, aplicando-se ao tema o disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32 que traz o prazo quinquenal. Vejamos:

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

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

2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel.

Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011;

REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREspsim

1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho (“Manual de Direito Administrativo”, 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha (“A Fazenda Pública em Juízo”, 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90).

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

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

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

6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no RESp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; RESp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012;

AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011.

7. No caso concreto, a Corte *a quo*, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema.

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

(REsp 1251993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012) Negrito nosso.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 206, § 3o., IV DO CC/2002. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A Primeira Seção dessa Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp. 1.251.993/PR, sob o rito do art. 543-C, do CPC, firmou o entendimento de que deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002.

2. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 108.912/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 03/04/2013) Negrito nosso.

2.3 MÉRITO

Nos presentes autos invoca-se a responsabilidade do Estado em razão de ato judicial válido, no caso, o decreto de prisão preventiva expedido contra o autor. Sustenta o autor que haveria erro judicial na determinação de sua prisão em razão de ter sido posteriormente absolvido em sentença. Ressalta que viveu foragido da data da decretação da prisão preventiva até a sua absolvição, não se apresentando à Justiça por considerar ilegal e injusta à mencionada medida judicial, sofrendo em razão disso abalo emocional e psicológico, além de interrupção de sua carreira na advocacia e desestrutura do seu núcleo familiar. Ressalta, ainda, que após a instrução processual probatória, transcorreu-se mais de dez meses para a prolação da sentença.

A prisão preventiva é uma medida cautelar prevista legalmente, sendo perfeitamente lícito que o magistrado determine a prisão de um indivíduo que posteriormente seja declarado inocente, desde que existam, no momento de sua decretação, um ou mais dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, sem que isso seja causa de indenização pessoal, uma vez que o interesse público o justifica e o legitima.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, §6º prevê a responsabilidade objetiva do Estado por atos praticados por agentes públicos, todavia, a doutrina e jurisprudência resistem em reconhecer a responsabilidade do Estado na hipótese de ato lícito praticado por autoridade judicial. Isso porque a atividade jurisdicional pressupõe o conflito, e no exercício da solução do conflito necessita acolher uma das opções, analisar provas, fazer presunções, e alcançar tanto quanto possível a verdade. Formam-se juízos, portanto, nem sempre verdadeiros ou válidos, exatamente porque partem eles do livre convencimento do Juízo, atividade sobre a qual não há controle, salvo em hipóteses teratológicas, estando presentes atos de má-fé ou dolo.

Sobre os contornos jurídicos e conceituais do denominado erro judiciário a doutrina traz lições esclarecedoras. Vejamos.

O erro judiciário, lato sensu, é um *error in iudicando*. Ele freqüentemente sucede por: a) dolo do juiz, nas modalidades negligência ou imprudência; c) decisão contrária à prova dos autos (por dolo ou culpa do juiz); d) indução a erro através da juntada ou não aos autos de elemento relevante ao esclarecimento da verdade (culpa da vítima ou culpa de terceiro - exclusiva ou concorrente); e) aparecimento posterior de fatos ou elementos que venham a contradizer ou anular provas ou elementos relevantes dos autos e que influíram decisivamente na prolação da sentença, etc.

(Serrano Jr., ODONÉ. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais, Curitiba, Juruá Editora, 1996, p. 149).

Ainda sobre erro judiciário, leciona Cavalieri Filho:

No exercício da atividade tipicamente jurisdicional podem ocorrer os chamados erros judiciais, tanto *in iudicando* com *in procedendo*. Ao sentenciar ou decidir, o juiz, por não ter bola de cristal nem o dom da adivinhação, está sujeito aos erros de julgamento e de raciocínio, de fato ou de direito. Importa dizer que a possibilidade de erros é normal e até inevitável na atividade jurisdicional.

Ora, sendo impossível exercer a jurisdição sem eventuais erros, responsabilizar o Estado por eles, quando involuntários, inviabilizaria a própria justiça, acabando por tornar irrealizável a função jurisdicional. Seria, em última instância, exigir do Estado a prestação de uma justiça

infalível, qualidade, esta, que só a justiça divina tem.

É justamente para evitar ou corrigir erros que a lei prevê os recursos, por vezes até em número excessivo. A parte agravada ou prejudicada por uma sentença injusta ou equivocada pede sua revisão, podendo chegar, neste mister, até a Suprema Corte. Mas, uma vez esgotados os recursos, a coisa julgada se constitui em fator inibitório da responsabilidade do Estado, que tudo fez, dentro das possibilidades humanas, para prestar uma justiça justa e correta.

(in Programa de Responsabilidade Civil. 10.ed. SP: Atlas, 2012. p.292)

O suposto erro judiciário sustentado pelo autor se refere ao fato de ter sido decretada sua prisão preventiva em sede da ação penal nº 2008.51.01.805992-0 (desmembrado do processo nº 2006.51.01.513766-1) e esta ter perdurado até a prolação da sentença, em 03 de maio de 2011, quando o autor e os demais denunciados foram absolvidos na forma do art. 386, VII do CPP e no mesmo ato foi revogada a medida cautelar de prisão.

Todavia, relevante para o entendimento do ponto controvertido é que o autor não se apresentou à Justiça para responder o processo. O próprio autor afirma na petição inicial e em audiência que fugiu e se escondeu para não ser preso preventivamente e buscou, na condição de foragido da justiça, a revogação da prisão preventiva o que foi negado em diversas vezes nas instâncias judiciais superiores (Tribunal Regional Federal da 2ª Região e Superior Tribunal de Justiça).

No relatório da sentença (fls. 397/436), bem como da análise do processo criminal em apenso percebe-se a incessante busca na localização do autor o que em muito contribuiu para o próprio retardamento da instrução penal (exemplo Apensos fls. 511 e 514/515, 735/737, 744), bem como justificou a manutenção da prisão preventiva. Também do relatório da sentença e da cópia anexa do processo (apensos), verifica-se que a defesa do autor no processo penal alhures mencionado foi tumultuada pela troca de advogados, pela ausência do advogado constituído em audiência (exemplo apensos fls. 551/552, fls. 553/554, fls. 555), o que este Juízo entende também ter contribuído para o retardamento do deslinde na esfera do juízo criminal federal fluminense.

A Constituição Federal de 1988 garante em seu art. 5º, LXXV, que:

Art. 5º (...)

LXXV. O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado em sentença.

Dessa forma, deve-se analisar se existiram razões para que se mantivesse a medida da prisão preventiva, e se a suspeita levantada em face do autor era fundada.

A análise da denúncia (fls. 380/388) e das decisões judiciais relativas à prisão cautelar (exemplo Apensos fls. 53/61, 81/86, 360, 422, 450, 452, 464, 499, 500, 502, 516/519, 559/543, 607, 611, 624/632, 671, 735/737, 744) não traz qualquer elemento em razão dos quais se pode afirmar que houve culpa e/ou dolo e/ou erro, hábeis a ensejar indenização por erro judiciário. Todas as decisões são absolutamente motivadas e em consonância como conjunto probatório apresentado à época, bem como pelo fato do autor ter se evadido da justiça, sendo o ônus probatório do autor nos termos da dicção do art. 333, I do Código de Processo Civil.

Sobre a demora na prolação da sentença, as informações prestadas às fls. 916/923 (apenso 03) pela Juíza Federal Substituta da Justiça Federal fluminense esclarece todo o *iter* processual, bem como a dificuldade causada pela própria defesa do autor que acabou em tumultuar e retardar a duração razoável do processo.

Vale frisar, que à página 20 do relatório da sentença de absolvição (fls. 401 dos presentes autos) traz a informação sobre a revogação da prisão preventiva do corréu Carlos Alberto Araújo. Confirmando o entendimento deste Juízo que um dos motivos a justificar a manutenção da medida cautelar em relação ao autor foi o fato deste ficar foragido durante toda a instrução processual penal.

Como o autor estava envolvido nos fatos e se encontrava foragido da justiça, mesmo que ao final tenha sido absolvido por falta de provas suficientes para condenação, não se pode afirmar que a decretação da prisão preventiva foi decorrente de um erro, uma vez que seu envolvimento nos fatos, até posterior investigação, apresentava fortes indícios da prática criminosa.

Analisando o trecho da sentença que absolveu o autor, verifica-se que o juiz criminal não declarou sua absoluta inocência, mas tão somente considerou a ausência de provas suficientes para condenação, agraciando-o com o benefício da dúvida, (fls.434/435 dos presentes autos, páginas 54 e 55 da sentença), *in verbis*:

Ainda que se pudesse vislumbrar o crime de concussão na atitude do réu MÁRIO JORGE DE CARVALHO, que teria escrito em um papel os dizeres “100%” e “DRACO 100%”, o fato é que não passa de uma vaga suposição, imaginar que o réu possuía meios de interferir na condução das investigações iniciadas tanto na DELFAZ como na DRACO. Não há nos autos um suporte probatório suficiente a comprovar o conluio entre o réu MÁRIO JORGE CARVALHO e os demais a fim de praticar o tipo previsto no artigo 316 do CP.

Também não passa despercebido ao Juízo, conforme já mencionado acima, a existência de sérias irregularidades administrativas na condução do IPL nº 2167/2005. Contudo, somente a existência dessas irregularidades (sobre as quais os dois primeiros acusados responderam processo administrativo disciplinar), ainda que aliadas ao fato de o acusado MARIO JORGE ter supostamente indicado que eventual acordo cível poderia ter reflexos na esfera criminal, não comprova, de modo suficiente, que houve exigência de vantagem ilícita por parte dos acusados, mormente porque nenhuma das testemunhas, nem mesmo a apontada “vítima” da exigência ilícita, afirmou que tenha havido tal exigência.

Com efeito, não se verifica a ocorrência do erro judiciário quanto à decretação e manutenção da prisão preventiva do autor em razão de sua posterior absolvição, uma vez que a prisão foi medida necessária para a investigação dos fatos, bem como pelo fato do autor ter se mantido foragido da justiça durante todo o período.

Sobre a responsabilidade por ato jurisdicional cautelar necessária a lição de Cavalieri Filho:

Também aqui, por se tratar de ato judicial típico, efetivo exercício da função jurisdicional, entendemos que o Estado só poderá ser responsabilizado *se ficar provado o erro judicial, o abuso de autoridade, a ilegalidade do ato, não bastasse a mera absolvição por falta de prova*. Decretada a medida nos termos e nos limites, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não existe ilícito. Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito, nem no estrito cumprimento do dever legal. Há que entender-se, então, que a responsabilidade do Estado, de que trata o art. 37, §6º, da Constituição, só é de admitir-se nas hipóteses de atos eivados de alguma ilicitude. O Estado só responde por atos lícitos nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei. *Não vemos, por isso, fundamento para responsabilizar o Estado pela prisão preventiva, regularmente decretada, mormente porque essa prisão tem respaldo na própria Constituição, em seu art. 5º, LXI. E ainda que*

sobrevenha absolvição do preso por falta de prova, não tem essa decisão, por si só, o condão de transmudá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indencizatória.
(in Programa de Responsabilidade Civil. 10.ed. SP: Atlas, 2012. p.295.) **Negrito nosso.**

Neste sentido é a jurisprudência do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO JURISDICIONAL. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO EM SEDE RECURSAL POR AUSÊNCIA DE PROVAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ART. 155, CPP. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

O C. STF já se manifestou no sentido de não se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva para a atividade judicial, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

Consoante pacificada orientação jurisprudencial e doutrinária quanto à valoração da prova penal, vigora, no ordenamento processual brasileiro, o sistema do livre convencimento motivado, que encontra, inclusive, fundamento no art. 93, IX, da CF/1988.

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas, tendo liberdade em valorá-las conforme sua consciência. Contudo, resta evidente sua vinculação às provas produzidas nos autos, na busca da verdade real.

A Constituição Federal garante ao condenado o direito à indenização, na hipótese de prisão por erro judiciário ou por ter permanecido preso além do tempo fixado na sentença penal condenatória (art. 5º, LXXV, da CF/88).

Na sentença condenatória, não se verifica qualquer má-fé ou abuso de autoridade do juiz, nem mesmo erro do judiciário que justifique o pedido de danos morais.

Conduzido o processo crime em observância ao devido processo legal, a posterior absolvição do autor, em grau de recurso, não torna a sentença reformada em ilegal ou eivada de erro judiciário.

Corrobora com tal argumentação o fato de a absolvição do autor ter decorrido da ausência de provas e não de inexistência do crime ou não configuração da autoria, reforçando a idéia de que a discussão da presente demanda cinge-se estritamente à valoração probatória.

Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0000434-12.2000.4.03.6000, Rel. JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, julgado em 17/12/2009, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/01/2010 PÁGINA: 204) **Negrito nosso.**

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos da parte autora e extingo o processo com julgamento do mérito (art. 269, I, CPC), entendo que não ocorreu o alegado erro judiciário quanto à prisão preventiva, recebimento de denúncia e posterior absolvição por ausência de provas.

Condeno o autor no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, devendo iniciar a execução apenas quando cessar o estado de miserabilidade do autor, beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Guarulhos, 27 de fevereiro de 2015.

Juíza Federal Substituta CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

AÇÃO ORDINÁRIA

0 019796-05.2011.4.03.610 0

Autora: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

Rés: UNIÃO FEDERAL E AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: MARCELO GUERRA MARTINS

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2015

Trata-se de ação ordinária promovida por SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA. em face da UNIÃO FEDERAL e da ANCINE – AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA, com pedido de antecipação da tutela, cujo objetivo é o reconhecimento judicial da não sujeição da autora ao preceituado nos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485/2011, tudo conforme os fatos e fundamentos jurídicos constantes da exordial.

A inicial veio acompanhada de documentos (fls. 38/283). Contestação da ANCINE às fls. 291/311 e da União às fls. 352/373v. Houve réplica (fls. 430/456). Às fls. 466 decidiu-se pela desnecessidade de perícia requerida pela autora, o que gerou o agravo retido de fls. 481/482. Manifestação do MPF às fls. 493/502. O pedido de antecipação da tutela foi indeferido (fls. 626/627), tendo ocorrido reforma parcial perante o E. TRF da 3ª Região (fls. 676/677). Vieram os autos conclusos para prolação da sentença.

É o relatório, no essencial. Passo a decidir.

I – DAS PRELIMINARES

Tanto a União quanto a ANCINE são partes legítimas para figurarem no polo passivo da lide.

Por primeiro, tendo a petição inicial apresentado causa de pedir acoplada a pedido expresse de reconhecimento – *incidenter tantum* – da inconstitucionalidade dos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485/2011, resta configurada a legitimidade passiva *ad causam* da União, dados os reflexos na esfera jurídica das partes a ser perpetrados pela declaração perseguida em caso de procedência da demanda.

A ANCINE, como órgão fiscalizador das atividades desenvolvidas pela autora (arts. 2, XI, 12 e 13, todos da Lei 12.485/2011), também possui legitimidade passiva, dada a possibilidade de atos concretos serem praticados pela autarquia em caso de descumprimento da legislação atacada na exordial. Com efeito, a autora adquire “pacotes de canais” e os distribui aos assinantes por meio de sinais eletrônicos.

Conforme a legislação aplicável:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

XI - Empacotamento: atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante;

Art. 12. O exercício das atividades de programação e empacotamento é condicionado a credenciamento perante a Ancine.

Art. 13. As programadoras e empacotadoras credenciadas pela Ancine deverão prestar as informações solicitadas pela Agência para efeito de fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade.

E, a possibilidade de serem aplicadas sanções encontra-se prevista nos arts. 35 e 36, ambos da Lei 12.485, *in verbis*:

Art. 35. O não cumprimento do disposto nesta Lei por prestadora do serviço de acesso condicionado implicará a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 36. A empresa no exercício das atividades de programação ou empacotamento da comunicação audiovisual de acesso condicionado que descumprir quaisquer das obrigações dispostas nesta Lei sujeitar-se-á às seguintes sanções aplicáveis pela Ancine, sem prejuízo de outras previstas em lei, inclusive as de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa, inclusive diária;

III - suspensão temporária do credenciamento;

IV - cancelamento do credenciamento.

Ao contrário do que argumenta a União em sua defesa, há interesse de agir, sendo que a via eleita pela autora é adequada. Destaco que o controle de constitucionalidade perseguido na inicial não é meramente abstrato, ao contrário.

Da leitura da causa de pedir verifica-se que a autora teme pelos ônus financeiros que lhe advirão em face da legislação impugnada. Logo, há fatos e circunstâncias concretas envolvidas na solução da lide e que se ligam diretamente à esfera jurídica da demandante.

Não havendo outras questões preliminares a serem dirimidas, passo à análise do mérito.

III – DO MÉRITO

Em síntese, nos termos preceituados pelos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485/2011:

(i) dos pacotes ofertados pela autora aos assinantes, a cada três canais, ao menos um canal deverá ser brasileiro de espaço qualificado¹;

(ii) da parcela mínima de canais brasileiros, pelo menos um terço deverá ser programado por programadora brasileira independente, até o limite de doze canais no espaço ofertado;

(iii) dos referidos canais brasileiros, ao menos dois deverão veicular, no mínimo, doze horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, três das quais em horário nobre;

(iv) a programadora de pelo menos um dos canais de que trata o item acima não poderá ser controlada, controladora ou coligada a concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens;

(v) nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo

¹ Segundo o art. 2º da Lei 12.485, canal brasileiro de espaço qualificado é aquele que, cumulativamente: seja programado por programadora brasileira; veicule majoritariamente, no horário nobre, conteúdos audiovisuais brasileiros que constituam espaço qualificado, sendo metade desses conteúdos produzidos por produtora brasileira independente e, ainda, não possua acordo de exclusividade que impeça sua programadora de comercializar, para qualquer empacotadora interessada, os direitos de sua exibição ou veiculação.

pacote ou na modalidade avulsa de programação, sendo que as respectivas programadoras não poderão deter relação de controle ou coligação entre si;

(vi) no mínimo dez por cento dos conteúdos ofertados pela autora deverão ser brasileiros.

Segundo apregoa a petição inicial, as obrigações descritas, ao determinarem a adoção do que a autora denomina de “quotas de programação”, ferem os princípios constitucionais da livre iniciativa (na modalidade da liberdade de atividade econômica), da razoabilidade e da proporcionalidade (ao promoverem uma excessiva intervenção da Administração no serviço privado), criam ilegítima reserva de mercado que embaraça a livre concorrência, viola direito dos consumidores, desrespeita o art. 220, §3º da Constituição (liberdade dos meios de comunicação) e discrimina as atividades exercidas por empresas brasileiras que parte do respectivo capital seja estrangeiro.

Desde logo, afasto as alegações de que as “quotas de programação” impugnadas na exordial violam direitos dos consumidores. Pode até ser que violem, todavia, não é possível à autora defender em nome próprio direito alheio (dos consumidores), a teor do art. 6º do Código de Processo Civil, cuja redação é bastante clara, *in verbis*:

Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Quiçá, desde que observadas as regras para a legitimação ativa, por meio da competente ação coletiva pudessem tais alegações ser consideradas pelo Poder Judiciário, mas não na via estreita da demanda que ora se julga.

Pelo mesmo motivo (defesa em nome próprio de direito alheio) afasto as alegações de criação de ilegítima “reserva de mercado” e discriminação da lei em favor de empresas de capital nacional.

Com efeito, no que concerne ao mercado explorado pela autora, as “quotas” combatidas não afetam o seu *market share*, uma vez que a obrigação foi igualmente imposta a todas as empacotadoras de canais por assinatura. Se problema de concorrência há, mas aí já fora da órbita de legitimidade da autora para litigar, é em relação às empresas produtoras e programadoras, dependendo da origem do respectivo capital (nacional/ estrangeiro).

Prosseguindo, é certo que a iniciativa privada, para bem operar, depende de um ambiente institucional favorável, ou seja, em que exista segurança jurídica e respeito à propriedade e aos contratos. É que, existindo tais condições favoráveis, o potencial investidor consegue realizar um cálculo mais preciso acerca da alocação de riscos que está disposto a incorrer.

O contrário também é verdadeiro, ou seja, ambientes inseguros, imprevisíveis, em que os ônus para exercer determinada atividade sejam excessivos, inibem o crescimento da economia, ou, dependendo da hipótese, promovem a retração dos agentes de mercado o que culmina em indesejável recessão.

Economia saudável e, sobretudo, em expansão é essencial ao desenvolvimento de qualquer país, visto não apenas como o aumento da renda *per capita*, mas principalmente como o atingimento de elevados índices de desenvolvimento humano (por exemplo, IDH superior a 8, segundo a classificação da ONU).

Todavia, o crescimento econômico é um forte pressuposto do desenvolvimento. Conforme bem coloca Nali de Jesus de Souza, não se pode esquecer que “Maiores índices de educação e de longevidade *dependem do crescimento econômico*” (*Desenvolvimento econômico*. 5ª ed.,

Atlas, 2008, 18, grifei).

De fato, ainda segundo a autora citada:

um ambiente sócio-econômico desfavorável constitui um entrave ao desenvolvimento econômico. Instituições precárias e contrárias ao espírito capitalista dos negócios inibem os investimentos e incentivam a fuga de capitais para outros países. Aumentando os riscos dos negócios, reduz-se o diferencial entre a taxa de retorno dos investimentos e a taxa de retorno considerada mínima, inviabilizando a acumulação de capital. Ao contrário, instituições favoráveis estimulam o crescimento econômico (ob.cit. p. 299).

Em toada semelhante, merecem ser transcritas as preclaras palavras Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia de 1998 e prestigiado estudioso da questão do desenvolvimento:

Ser *genericamente contra* os mercados seria quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre as pessoas (ainda que certas conversas sejam claramente infames e causem problemas a terceiros – ou até mesmo aos próprios interlocutores). A liberdade de trocar palavras, bens ou presentes não necessita justificação defensiva com relação a seus efeitos favoráveis mais distantes; essas trocas fazem parte do modo como os seres humanos vivem e interagem na sociedade (a menos que sejam impedidos por regulamentação ou decreto). A contribuição do mecanismo de mercado para o crescimento econômico é obviamente importante, mas vem depois do reconhecimento da importância direta da liberdade de troca – de palavras, bens, presentes (*Desenvolvimento como liberdade*. 7ª reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, p. 21).

Portanto, é muito provável que o constituinte originário, ciente das vantagens que o sistema de trocas em mercado é capaz propiciar, com inequívoca contribuição para o desenvolvimento, garantiu direitos como a propriedade (art. 5º, XXII), a liberdade de exercício de profissão e atividade econômica (art. 5º, XIII e 170, *caput*, inciso II, e parágrafo único) e a livre concorrência (art. 170, IV).

Evidentemente, em tempos de *Welfare State*, isso é, superadas as épocas do liberalismo clássico do século XIX e início do XX, *a atividade econômica deve ser desenvolvida em harmonia com outros valores sociais de grande relevo*, tais como a defesa do consumidor e do meio ambiente, a busca pela redução das desigualdades sociais e regionais e do pleno emprego (art. 170, V, VI, VII, VIII da CF/88). Por isso é que, em certas hipóteses, ou seja, diante do que a doutrina econômica denomina de “falhas de mercado” (identificadas logo adiante), a intervenção do Estado é legítima e, sobretudo, necessária.

Acontece, e me parece tolice negar, que existe uma *conexão diretamente proporcional entre a capacidade do Estado de fazer cumprir a Constituição* (notadamente naquilo em que lhe são incumbidas competências de agir – os direitos sociais) *e o volume de riqueza gerado por uma sociedade* (leia-se, o tamanho da economia), com a correspondente capacidade social de contribuir (por meio dos tributos) em prol do bem comum.

Nessa banda, como bem preleciona Marcus Faro de Castro, “o atendimento dos direitos sociais depende da despesa estatal, que, a seu turno, requer a existência de receita fiscal compatível”. (Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. *Revista de Direito Empresarial*, nº 06, jul./dez. de 2006, p. 51).

Logo, quanto maior for a economia de determinado país, presume-se que mais abastecido estará o Tesouro do Estado que, então, poderá melhor desempenhar suas competências constitucionais. Na colocação de José Casalta Nabais:

(...) só o florescimento da economia, no seu todo e nas suas componentes, preenche o pressuposto para o estado de obter as receitas fiscais necessárias ao financiamento de suas tarefas. Daí que a “economização” da tributação esteja, ao fim e ao cabo, ao serviço da própria obtenção de receitas, e a função económica da tributação *prima facie* extrafiscal tenha assim carácter fiscal (*O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almeida, 1998, p. 234).

Em resumo, o que se quer dizer é que qualquer regulação legal que venha disciplinar ou restringir a livre iniciativa deve considerar o que acima foi dito, de maneira a sempre pautar-se pelos *princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade*, sob pena da sociedade como um todo sair perdendo por causa da inibição da atividade económica.

Afinal de contas conforme assevera Luís Eduardo Schoueri, “o modelo de Estado intervencionista, antes de ser uma rejeição da concepção liberal, revela-se como evolução deste, já que um e outro adotam a mesma crença no mecanismo de mercado” (*Normas tributárias indutoras e intervenção económica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73), ou, nas palavras de Eros Roberto Grau, “Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. (...) O sistema capitalista é assim preservado, renovado sob *diverso regime*” (*A ordem económica na Constituição de 1988*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 28).

Aqui não se está colocando em pauta o serviço público, mesmo quando prestado por agente privado sob regime de concessão. Evidentemente, a intervenção estatal nessas hipóteses é de ser muito mais amplamente tolerada. A própria legislação assim prevê. Portanto, deve o agente privado “pensar duas vezes” antes de assumir o exercício de determinado serviço público, dadas as normais e esperadas ingerências governamentais que advirão.

No entanto, o serviço prestado pela autora (empacotamento de canais por assinatura) não pode ser qualificado como público, não sendo suficiente para tal qualificação o simples fato de o serviço em apreço necessitar de prévia autorização pelo Poder Público. Ora, diversos outros serviços também necessitam de tal chancela (por exemplo, os táxis), mas nem por isso são considerados serviços públicos em termos jurídicos.

É a lei que, em obediência aos preceitos constitucionais, pode qualificar determinado serviço como sendo público. *In casu*, a própria Lei 12.485/2011 (art. 2º, XXIII) considera o serviço de empacotamento como sendo NÃO público. Logo, à evidência, trata-se de serviço privado, ainda que de interesse coletivo. Com efeito:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: *serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado*, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer (grifei).

Não se trata, é bom que se esclareça, do serviço público de radiodifusão sonora, e de sons e imagens objeto do art. 21, XII, “a”, da Constituição de 1988. Aliás, isso fica bem estipulado no §1º do art. 1º da Lei 12.485/ 2011:

Parágrafo único. Excluem-se do campo de aplicação desta Lei os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, ressalvados os dispositivos previstos nesta Lei que expressamente façam menção a esses serviços ou a suas prestadoras.

Por conseguinte, em se tratando de serviço privado (não público, portanto), a intervenção estatal somente deve ser admitida quando o objetivo for neutralizar uma das denominadas falhas de mercado, a saber: rigidez de fatores², assimetria de informação³, concentração econômica⁴, externalidades⁵ e a utilização de bens coletivos⁶.

Ademais, a liberdade econômica costuma andar de mãos dadas com a liberdade política de um povo, elemento indispensável e pedra angular do tão ansiado Estado Democrático de Direito. De fato, conforme constatado pelo já citado Amartya Sen, “há fortes indícios de que as liberdades econômicas e políticas se reforçam mutuamente, em vez de serem contrárias umas às outras (como às vezes se pensa)”.

Portanto, não é difícil concluir que fora das falhas de mercado acima descritas, a intervenção estatal sobre a iniciativa privada é presumivelmente nociva.

Ocorre que, em meu sentir, as obrigações objeto dos arts. 17, 18 e 19 da Lei 12.485/2011 não estão relacionadas com a neutralização de uma das falhas acima identificadas.

- 2 Por exemplo, mercados que negociem bens cuja confecção encontre acentuada dificuldade para reagir aos estímulos, tanto para majoração, quanto para refreamento da produção, carecem da inserção de mecanismos capazes de minimizarem essa letargia, tais como, por exemplo, uma CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico), nos moldes autorizados pelo art. 149 da Constituição de 1988, a ser exigida periodicamente dos agentes envolvidos, com o intuito de, posteriormente, em casos de necessidade, financiar ações que visem neutralizar os desequilíbrios que naturalmente surgem ao longo do tempo (v.g. empréstimos a juros reduzidos cujos recursos devam ser destinados a modernizar as técnicas produtivas, subsídios para que consumidores adquiram produtos a preços mais baixos, instituição e sustento de um órgão governamental – agência regulatória – específica para cuidar de determinado setor, etc.).
- 3 É esperado que na maioria dos produtos vendidos ao público em geral (v.g. remédios, alimentos, roupas, cigarros, eletrodomésticos, produtos para faxina) o fabricante conheça com elevada precisão as efetivas propriedades daquilo que oferta, bem como eventual potencial danoso. Na assertiva de Elizabeth Farina: “Se compradores e vendedores não dispuserem de informações necessárias para tomar suas decisões corretamente, o modelo de concorrência perfeita não funciona como previsto. Entretanto, a maioria dos consumidores não têm consciência dos efeitos associados ao consumo de certos produtos” (*Competitividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, p. 117). Portanto, face à notória desigualdade de informações nesses casos, é que normas como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) trazem preceitos destinados a coibir – ou ao menos minimizar – a propaganda enganosa, bem como para obrigar o fabricante a indicar, nas embalagens, extensos dados acerca do produto posto à venda, tais como: prazo de validade, perigos potenciais, número de calorias, ingredientes, composição, maneiras de conservar, instruções de operação, etc.
- 4 Trata-se dos monopólios e oligopólios, eventos que podem influir no equilíbrio do mercado. Conforme ensina Fábio Nusdeo, o bom funcionamento do mercado requer “um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em interação recíproca, e nenhum deles excessivamente grande ou importante” (*Curso de economia*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 149). Em realidade, segundo Vasco Rodrigues “em concorrência perfeita as empresas conseguem apenas um lucro normal. Esta não é, portanto, uma alternativa interessante para o monopolista. É preferível vender uma quantidade menor por um preço mais elevado” (*Análise econômica do direito*. Coimbra: Almeida, 2007, p. 162). Na lição de Richard Posner, um efeito decorrente da concentração é “fazer com que alguns consumidores satisfaçam suas demandas por substituição a bens cuja produção seja mais custosa para a sociedade (...) O custo adicional é um desperdício para a sociedade” (*El análisis económico del derecho*. 2ª ed. Trad. para o espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 435).
- 5 As externalidades, segundo André F. C. Coelho, são “a tendência dos agentes econômicos de excluir a própria responsabilidade por todos os custos necessários à sua produção e de, por outro lado, procurar apropriar-se das vantagens, por circunstâncias provocadas por terceiros” (A necessária interação entre o direito e a economia diante da regulação do Estado na ordem econômica. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 27, 2007, p. 196). Um exemplo clássico é a poluição gerada por determinada indústria.
- 6 O bem coletivo possui duas características marcantes, conforme Vanessa Borati tais bens são “não excludentes”, isso é, não é possível afastar alguém de desfrutá-lo, e também são “não rivais”, pois o seu consumo pode ocorrer simultaneamente por mais de uma pessoa (*Economia para o direito*. Barueri: Manole, 2006, p. 73/74). Exemplo clássico é a defesa nacional, comodidade promovida pelo Estado que beneficia a todos residentes ao mesmo tempo. Noutro giro, a extinção de uma praga que afete determinada lavoura se caracteriza da mesma maneira, uma vez que os benefícios dessa empreitada se estendem a todos os agricultores, não sendo possível excluir quem quer que seja. Logo, ante a possibilidade de um comportamento “carona livre”, é normal não haver grande incentivo para os particulares investirem preciosos recursos em pesquisas e outras tarefas afins com esse tipo de desiderato. Fato é que, segundo Fábio Nusdeo, “Uma economia fundada apenas no mercado tenderá a discriminar fortemente os bens coletivos e a exagerar a produção de bens exclusivos” (ob.cit., p. 164).

Com efeito, a implantação das “quotas de programação” em nada modifica a rigidez de fatores experimentada pelas empresas empacotadoras como a autora, não melhora a qualidade (e quantidade) das informações dos assinantes acerca dos serviços recebidos, não influi no nível de concentração econômica do mercado em referência, não arrefece eventuais externalidades geradas pelas empacotadoras, nem visa suplantar desincentivos de operação/ inovação em decorrência da utilização de bens coletivos (não excludentes e não rivais).

E, se assim é, trata-se de intervenção excessiva do Poder Público sobre o domínio privado, o que, por conseguinte, autoriza o reconhecimento *incidenter tantum* da inconstitucionalidade dos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485.2011, por não se compatibilizarem com o direito de exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da Constituição de 1988).

A atuação corretiva do Poder Judiciário em hipóteses que tais, na qualidade de intérprete último da Constituição, é legítima. Aliás, em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal afastou obrigações tributárias impostas por lei, mas consideradas pela Corte como excessivas (ADIN’s nºs 1.075, 2.010 e 2.551). O mesmo raciocínio aqui é aplicado, afinal: *ubi eadem est ratio, ibi jus*.

Dentro dessa conjuntura, a atividade administrativa de fomento em benefício das produtoras nacionais não pode ser financiada, ainda que parcialmente, pelas empresas empacotadoras. Se há interesse público em incentivar tal segmento de empresas, inclusive com vistas à preservação do aventado “caráter nacional” das produções, então outros instrumentos devem ser colocados em prática (v.g. tributação favorecida, linhas de crédito a juros reduzidos, etc.).

Mas, o que não me parece razoável é impingir parte dessa conta à autora que, operando serviço de cunho nitidamente privado, deve ter ampla liberdade na escolha dos canais a serem ofertados aos respectivos assinantes, dentro de uma estratégia empresarial para exercer a concorrência com as demais empacotadoras.

Muito além de se estar reverenciando direitos individuais como, por exemplo, a liberdade de exercer atividade privada com fins de lucro, nunca é demais repetir que o nível de liberdade econômica influi e está relacionado com o tamanho do PIB e, por conseguinte, relaciona-se com o volume de tributos arrecadados, além de andar de mãos dadas com o não menos relevante nível de liberdade política de um povo.

Prosseguindo, tenho que o previsto no §3º do art. 222 da Constituição de 1988 não beneficia as teses apresentadas pelas demandadas. Nos termos do aludido dispositivo:

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na **execução** de produções nacionais (grifei).

Ainda que se admita seja o preceito aplicável às empacotadoras (em face da expressão “comunicação social eletrônica”), a prioridade a ser garantida aos profissionais brasileiros reside na *execução de produções nacionais e não na respectiva exibição*. A execução, *in casu*, significa a preparação, a confecção, o fazimento. São medidas que obviamente antecedem a exibição que, dependendo do caso, pode até não ocorrer. Assim, a lei deve prever medidas para que, nas produções nacionais, tenham profissionais brasileiros prioridade em detrimento dos estrangeiros.

Por fim, antes de finalizar, registro menção elogiosa ao trabalho apresentado pela defesa, tanto por parte dos procuradores da União, quanto pelos da Ancine, que muito se empenharam

na construção de argumentos claros, lógicos, persuasivos e concatenados com os interesses que defenderam nos autos. Todavia, a demanda é procedente.

III – DO DISPOSITIVO

Por tais razões, JULGO PROCEDENTE a presente ação para afastar da órbita jurídica da autora as disposições e obrigações objeto dos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485/2011. Como consequência, condeno a parte ré na verba honorária que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa (§§ 3º e 4º do art. 20 do CPC), obrigação essa a ser divida de modo igual entre cada demandada. Custas *ex lege*.

Oportunamente, remetam-se os autos ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para reexame necessário.

P.R.I.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

Juiz Federal MARCELO GUERRA MARTINS

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**0000515-60.2012.4.03.6316**

Autor: ANTÔNIO BOTECA

Ré: UNIÃO FEDERAL (AGU)

Origem: JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL ADJUNTO DE ANDRADINA - SP

Juiz Federal: FELIPE RAUL BORGES BENALI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2015

1. RELATÓRIO

ANTÔNIO BOTECA (RG nº 4.974.624-8; C.P.F. nº 312.289.418-15) promoveu a presente demanda em face da UNIÃO visando compeli-la à pagar indenização por danos morais em razão de constrição bancária que sofrera em razão de confusão com homônimo, com diferente número de CPF, que seria reclamado em Reclamação Trabalhista. Informa que seu número de CPF foi indicado para fins de constrição junto ao sistema BacenJud em 10/11/2011 por equívoco e que, para debelar tal situação, percebera despesas várias, além de ficar impedido de realizar movimentações bancárias em razão do fato.

Devidamente citada da propositura da demanda e intimada a respondê-la, a União contestou a pretensão inicial, alegando basicamente:

a) o reclamado na Reclamação Trabalhista nº 0045600-70.1999.5.15.0120 usava duas grafias para seu sobrenome, ora aparecendo como “Boteca” ora aparecendo como “Botega”, razão pela qual seria impossível utilizar o cruzamento de dados com a Receita Federal porquanto naquele órgão a grafia de seu nome era “Boteca”, o que sugeriria que seria terceira pessoa e não o próprio reclamado;

b) inexistência de prejuízo porque desde a constrição e a liberação passou-se tempo exíguo, entre 10/11/2011 e 28/11/2011;

c) que o pedido é juridicamente impossível por se tratar de erro atribuído exclusivamente à Juiz do Trabalho e tais atos seriam acobertados pela “imunidade de jurisdição”;

d) no mérito o pedido não mereceria acolhida porquanto o ato construtivo se efetivou por erro de Magistrado do Trabalho no uso de suas prerrogativas judicantes, tornando inviável a responsabilização extracontratual do Estado por tais atos, os quais seriam expressão da soberania nacional de um dos Três Poderes da República;

e) que a responsabilização estatal por erro judiciário se restringe à esfera penal e processual penal e que o magistrado apenas seria pessoalmente responsável se agisse com dolo ou fraude, porquanto inexistente qualquer omissão ou erro judiciário;

f) que a condenação em danos morais seria incabível porque inaplicável à situações corriqueiras da vida, ainda que causassem dissabores indevidos à terceiros.

Foram produzidas provas documentais e orais.

Eis o necessário relatório. DECIDO.

2. FUNDAMENTAÇÃO**2.1. PRELIMINARMENTE - Da alegada impossibilidade jurídica do pedido**

Não merece acolhida a preliminar invocada, tendo em vista que sua análise se confunde

com o próprio mérito. Não há vedação apriorística no ordenamento jurídico para o processamento de demanda deste naipe, pelo que não há que se falar em carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

2.2. NO MÉRITO

A presente lide tem como ponto controvertido a atribuição ou não de responsabilidade à União por ato praticado por Juiz do Trabalho que resultou em constrição bancária em conta de terceiro estranho à lide trabalhista, sendo perceptível o erro na execução da ordem de bloqueio, motivado pela incorreta alimentação de dados referentes ao verdadeiro reclamado na ação trabalhista nos cadastros da Receita Federal do Brasil.

O reclamado na ação trabalhista se chama *Antônio Botega* e possui inscrição no CPF sob número 358.202.178-53 e a parte autora tem o mesmo nome, porém inscrição diferente no CPF, tal qual evidencia a sua qualificação acima.

O erro na execução da ordem de bloqueio de valores é evidente e poderia ser facilmente sanado, visto que uma simples constatação de dados demonstraria que o reclamado e o autor desta ação não guardavam qualquer identidade.

A discriminação das obrigações e responsabilidades de pessoa jurídica de direito público está prevista normativamente tanto na legislação codificada, como na Constituição Federal, *verbis*:

Código Civil:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

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

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

Constituição Federal, Art. 37, § 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.

A tese básica da União está fundada na impossibilidade de responsabilização do Estado por ato de Magistrado no desempenho de sua função que não importe em dolo, fraude ou infração de dever funcional (art. 133, CPC) ou ainda que não seja pertinente à processos penais, nos termos do inciso LXXV do artigo 5º da Constituição Federal, cujos teores dos dispositivos são os seguintes

Art. 133, CPC. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Art. 5º, LXXV, CF/1988: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Em abonação à tese da defesa há farta jurisprudência, tal qual evidenciamos, exemplificativamente:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário (C.F., art. 5º, LXXV) mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (RE-AgR 429518, CARLOS VELLOSO, STF.)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ATOS DO PODER JUDICIÁRIO. I - A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que, em se tratando de responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º), o Estado somente responde por danos decorrentes da prestação jurisdicional em hipóteses expressamente indicadas em lei, quais sejam: a) erro judiciário em condenação penal (CF, art. 5º, LXXV); b) quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença (CF, art. 5º, LXXV); e c) nas hipóteses do art. 133, do CPC (quando o magistrado no exercício de suas funções agir com dolo ou fraude ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deve ordenar de ofício, a requerimento da parte), incorrentes, no caso concreto. II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. REO 51343519994013700, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 23/03/2012 PAGINA: 865.)

Contrariamente à contestação da União há incipientes teses aventando a possibilidade de responsabilização do Estado por ato judicial prejudicial à terceiros, considerando a atividade jurisdicional como típico *serviço público* e comparando o ato judicial falho à uma mera falha na prestação de serviço público, mormente por se tratar de atividade estatal vinculada e exclusiva e, uma vez que a jurisdição é sempre um exercício de soberania estatal, propõe-se que nada seria mais coerente do que a assunção dos riscos pela sua má prestação serem absorvidos pelo Estado (SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais*, Curitiba, Juruá Editora, 1996, p. 104).

Nesse sentido, é possível encontrar no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal precedentes reconhecendo a possibilidade de se responsabilizar o Estado por danos causados por ato judiciário, ressalvado o direito de regresso contra o magistrado faltante que age com dolo ou fraude:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade

passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 228977, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 05/03/2002, DJ 12-04-2002 PP-00066 EMENT VOL-02064-04 PP-00829)

Filio-me a esta última corrente, considerando que a construção doutrinária da irresponsabilidade Estatal por atos jurisdicionais tem por objetivo último proteger, bem verdade, a liberdade decisória *dos magistrados*. Trata-se de fundamento de relevo, sendo inegável que se deve blindar a figura pessoal do magistrado, no exercício da função judicante, contra responsabilização civil por eventuais prejuízos causados a terceiros, dada a falibilidade humana dos julgamentos, salvo nas hipóteses em que atuar com dolo ou fraude, sob pena de, tendo em vista a própria natureza humana dos juízes, desaguar-se em um Judiciário receoso e desprovido de autonomia.

Isto não significa dizer, porém, que a pessoa jurídica de direito público interno a qual o magistrado integra, como agente político, encontra-se igualmente exculpado de indenizar os prejuízos causados, sob pena de violar a máxima que fundamenta a própria responsabilidade objetiva do Estado, que é a da *igualdade dos ônus e encargos sociais*, autorizando até mesmo a responsabilização do Estado por atos lícitos (STF, RE 113587, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 18/02/1992). Em outras palavras, não é justo que alguns membros da sociedade suportem sozinhos os prejuízos concretos e individualizáveis causados por ato Estatal, ainda que proveniente do Estado-juiz, implementado em prol de toda a sociedade.

Nessa toada, o disposto no art. 133, inc. I, do CPC tem o condão de impedir a responsabilização do magistrado quando este agir no exercício de suas funções, salvo nos casos de dolo ou fraude, mas não impede a responsabilização do ente estatal ao qual pertence e em cujo nome exerce parcela da soberania estatal por meio da jurisdição.

Não obstante o que foi dito, o caso dos autos não se enquadra em erro judiciário típico ou incorreção de ato de magistrado, tal qual ficou sobejamente claro pelo conteúdo probatório e da audiência realizada.

No caso concreto, a falha que se corporificou em ato de juiz lesivo à terceiro originou-se em procedimento levado a cabo pelo sistema informatizado da Justiça do Trabalho, consoante explicado pelo magistrado trabalhista às fls. 50 da contestação da União Federal:

Esclareço que o bloqueio de valores nas contas de titularidade do Sr. Antonio Botega deveu-se à *regularização automática* dos processos que por esta Vara tramitavam sem o CPF ou CNPJ das partes, até o ano de 2011, saneamento esse que então *cruzou os nomes cadastrados no sistema informatizado com os dados constantes da Receita Federal*, respeitando a exata grafia das informações trazidas aos autos.

Trata-se, sem dúvida, de medida tendente a regularizar a autuação processual dos feitos trabalhistas; entretanto, o método de operacionalização eleito pelos operadores do sistema, qual seja, o “cruzamento de nomes” com o sistema da Receita Federal, observando apenas a “grafia” dos mesmos, gerou sem dúvida um grande *risco* de que se atribuisse erroneamente pessoas homônimas a reclamações trabalhistas com as quais não tinham qualquer pertinência subjetiva, justamente consoante ocorreu no caso dos autos. Ora, é justamente esse *risco* criado

pela atuação Estatal, com possibilidade de acarretar danos a membros certos da coletividade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais, que autoriza a responsabilização do Estado na modalidade de risco administrativo, teoria esta agasalhada pelo art. 37, §6º da CF/88.

Observe-se também que *o erro do Juiz do Trabalho é meramente reflexo, derivado e indireto, tendo como causa o erro primordial da Secretaria da Vara Trabalhista* em qualificar as partes no sistema, tendo em vista que já constava da RT cópia dos documentos pessoais do real reclamado, *com CPF distinto da parte autora da presente ação*, o qual, por razões desimportantes para o deslinde da presente ação, não havia sido devidamente cadastrado na autuação da reclamatória trabalhista. Em última análise, o bloqueio indevido ordenado pelo Juiz do Trabalho decorre da censurável operacionalização do “cruzamento de dados” feito pelo sistema da Justiça do Trabalho esclarecida acima, já que tomou por base critério passível de falha (coincidência de nomes).

Estes erros administrativos são passíveis de responsabilização nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal porquanto não se referem a atos de juiz ou de cunho jurisdicional, mas a atividades administrativas do Cartório daquela Vara, afastando-se da precitada polêmica de responsabilização do Estado por ato jurisdicional.

Em que pese a União afirmar que o suposto prejuízo da parte autora é de somenos importância por ter se mantido por pequeno lapso de tempo, o fato é que não poderia existir qualquer dissabor para a parte autora em razão da deficiência na alimentação, manutenção e conferência dos dados da Receita Federal, visto que é inadmissível que terceiro estranho à qualquer lide seja prejudicado indevidamente e por isso tenha que adiar possíveis empreitas para as quais os valores constrictos seriam usados, necessitando contratar advogado para debelar tais percalços.

Em relação aos danos materiais, não há provas nos autos de qualquer evento para o qual os valores constrictos seriam necessários e que tenha sido adiado em razão do bloqueio ou mesmo notícia de evento perdido em face ao bloqueio incidente sobre os valores, de modo que o desbloqueio realizado pela Justiça do Trabalho recompôs parcialmente este prejuízo, ao qual deverá ser acrescida a despesa com contratação de advogado, nos termos da Nota Fiscal Eletrônica anexada às fls. 56 da petição inicial, no montante de R\$ 800,00 (*oitocentos reais*) em 02/04/2012.

Por fim, não há prova de que os dispêndios constantes das páginas 57 e 58 da inicial sejam decorrentes do fato sob análise, supostamente gastos com advogada correspondente; ainda que assim não fosse, os documentos em questão estão ilegíveis, impedindo a correta visualização dos mesmos por este magistrado.

Quanto aos danos *moraes*, entendo que estes estão eficazmente comprovados nos autos devido aos transtornos pelos quais o autor se submeteu para desfazer um erro a que não deu causa, necessitando contratar advogado e se submeter a todo um procedimento para que, finalmente, retornasse ao *status quo ante* do qual nunca deveria ter sido demovido. Na prova produzida em audiência, verificou-se que a parte autora teve que se direcionar até fornecedores e, mostrando o extrato bancário com o bloqueio judicial, pedir que “segurassem” seus cheques para que os mesmos não fossem devolvidos.

Trata-se, sem dúvida, de episódio que atentou contra os direitos da personalidade do demandante, não se tratando de simples dissabor cotidiano, aborrecimento ordinário ou episódio ínsito à vida em sociedade; não se compreende que um bloqueio judicial em conta corrente esteja inserido no conceito de “mero contratempo, mágoa ou excesso de sensibilidade”; trata-se, sim, de fato que tem o condão de interferir intensamente no bem-estar psíquico do homem

médio, acarretando-lhe abalo moral, angústia, sofrimento e humilhação perante terceiros, que não pode remanescer indene de reparação.

Resta apenas analisar o quantitativo da indenização devida.

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas em prescrever que a composição do quantitativo dos danos morais deve considerar a justa indenização comungada à vedação de enriquecimento sem causa do favorecido, como se observa:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. (...) 3. A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, levando-se em consideração o critério da proporcionalidade, bem como as peculiaridades de cada espécie. Precedentes. (...) (STJ - REsp: 1139997 RJ 2009/0091125-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/02/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2011)

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. EMISSÃO EM DUPLICIDADE DO CPF. DANO MORAL CONFIGURADO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. A emissão do CPF compete exclusivamente à Secretaria da Receita Federal, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda. Patente, portanto, a legitimidade passiva da União. Preliminar rejeitada. Sobre a responsabilidade civil da Administração Pública, aplica-se o art. 37, § 6º, da CF/1988. Adotou-se a teoria do risco administrativo, pelo qual o ente público responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes que atuarem nessa condição. O conjunto probatório apresentado nos autos é suficiente para demonstrar a responsabilidade da União pelo erro na emissão em duplicidade do número dos CPFs do autor e do seu homônimo. O dano de ordem moral será indenizável quando atingir ou violar valor imaterial da pessoa, estando aí incluídas ofensas à dignidade, honra e imagem (art. 5º, X, da CF/1988). A inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito, por si só, justifica o pedido de ressarcimento a título de danos morais, em razão de presunção do abalo moral sofrido. É da essência do dano moral ser este 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 MP nº 2.180-35, de 24/8/2001, trata da condenação da Administração Pública envolvendo verbas de natureza remuneratória, em nada se referindo à presente demanda. Precedentes do STJ. Apelação a que se nega provimento. (TRF-3 - AC: 61 SP 2006.61.03.000061-3, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, Data de Julgamento: 11/03/2010, TERCEIRA TURMA)

Diante deste quadro, inviável a condenação em danos morais nos patamares pedidos pela parte autora, sugeridos em trinta salários mínimos, porquanto tal montante não reflete o equacionamento do binômio *justa recomposição x vedação ao enriquecimento ilícito* sopesados pela proporcionalidade que a situação conclama.

Neste diapasão e com estas premissas, importa dar provimento aos pedidos da parte autora.

3. DISPOSITIVO

Diante do exposto, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão deduzida na inicial para:

1. CONDENAR a UNIÃO à pagar a quantia de R\$ 800,00 (oitocentos reais) à parte

autora à título de indenização por danos materiais; juros moratórios tem por termo inicial a data do evento danoso (bloqueio indevido), segundo a Súmula 54 do STJ e o art. 398 do CC; a correção monetária tem por base a data constante da Nota Fiscal Eletrônica de Serviços nº 00000006 de 02/04/2012, anexada às fls. 56 da petição inicial,

2. CONDENAR a União à pagar a quantia de R\$ 800,00 (*oitocentos reais*) à *parte autora à título de indenização por danos morais*; juros moratórios tem por termo inicial a data do evento danoso (bloqueio indevido), segundo a Súmula 54 do STJ e o art. 398 do CC; a atualização monetária deve observar o prescrito na *Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça* (data do arbitramento, *in casu*, data da presente sentença, salvo evidentemente se posteriormente modificado o valor por instância revisora);

Os valores deverão ser atualizados nos termos da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal (Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal), *com as alterações promovidas pela Resolução nº 267, de 02/12/2013*, tendo em vista o decidido nas ADINs nº 4357 e 4425, nas quais se declarou a *inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 1º-F da Lei 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/09*.

Com efeito, a TR (taxa referencial) *é inepta para aferir variação inflacionária*, já que se trata de taxa interbancária, pré-fixada, *sem qualquer aptidão para aferir o aumento geral dos preços em função do tempo*. Assim, inexoravelmente, o valor da condenação contida na sentença não será respeitado por ocasião do pagamento em face da defasagem do poder aquisitivo da moeda (inflação), o que deságua em ofensa à própria essência da coisa julgada.

A par disso, não se pode olvidar que as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade gozam de *eficácia erga omnes e efeito vinculante*, relativamente ao Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta (art. 102, § 2º, da CF/88), e com efeitos *ex tunc* (retroativos). Com base em precedentes do próprio Pretório Excelso, *o início da eficácia da decisão proferida em sede de ADIN se dá já a partir da publicação da ata de julgamento no DJU, o que já ocorreu no dia 02.04.2013* (vide consulta no próprio site do STF), sendo prescindível aguardar o trânsito em julgado (ADI 711, Rcl 2576, Recl 3309 e Inf. 395/STF), pois irradia seus efeitos sobre esta decisão.

Não por outra razão, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, *em sede de julgado repetitivo* (rito do art. 543-C do CPC), já adequou sua jurisprudência anteriormente sedimentada ao novo paradigma (STJ, 1ª Seção, REsp nº 1.270.439/PR, Primeira Seção, 26.06.2013), assim como o CJF atualizou seu manual de cálculos, por meio da Resolução nº 267/2013 supracitada.

Ressalte-se que o próprio CJF decidiu não suspender as alterações promovidas no Manual de Cálculos em razão de eventual modulação dos efeitos a ser deferida nas ADINs, até mesmo porque a decisão do Min. Fux na ADI 4.357, em decisão de 11/04/2013, alcançou apenas o indicador a ser aplicado na atualização dos precatórios já expedidos, não se referindo aos cálculos de liquidação de processos em tramitação (Fonte: Vide CJF-PCO-2012/00199. Conforme noticiado em <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2014/marco/cjf-nega-pedido-da-agu-para-suspender-manual-de-calculos-e-mantem-ipca-e-como-indexador>). Apesar da insistência da União, a terceira manifestação foi novamente rechaçada pelo Conselho na sessão de 29/09/2014 (Processo nº CF-PCO-2012/00199).

Assim, *ao montante condenatório à título de danos materiais deverá incidir, para fins de correção monetária, o IPCA-E, e para fins de compensação da mora, os índices oficiais de juros aplicáveis à caderneta de poupança*.

Evidentemente, se no momento da liquidação da presente sentença tiverem ocorrido inovações no ordenamento jurídico, tal como o advento de nova legislação ou nova decisão proferida pelo STF com eficácia *erga omnes*, deverão as mesmas serem observadas, sem que isso implique em violação à coisa julgada, tendo em vista a cláusula *rebus sic stantibus* que acompanha toda sentença, o princípio *tempus regit actum*, a regra da aplicação imediata das leis (art. 6º da LINDB) e, por fim, o entendimento de que a correção monetária e os juros moratórios renovam-se mês a mês, aplicando-se a eles a legislação vigente à época da sua incidência (REsp 1111117/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, DJe 02/09/2010).

Após o trânsito em julgado, à Contadoria para realização dos cálculos de atualização do débito.

Sem custas e honorários (art. 55 da Lei nº 9.099, de 26.09.95).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Juiz Federal Substituto FELIPE RAUL BORGES BENALI

AÇÃO PENAL

0003163-12.2013.4.03.6111

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: ADILSON MAGOSSO, JOSIAS PEREIRA BARBOSA E SIDNEY MINALI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP

Juiz Federal: JOSÉ RENATO RODRIGUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/03/2015

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação penal pública promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de ADILSON MAGOSSO (art. 304 e art. 299, ambos do Código Penal e artigos 1º e 12, I, da Lei nº 8.137/90, c/c arts. 69 e 71, ambos do CP) JOSIAS PEREIRA BARBOSA (art. 299 do Código Penal) e SIDNEY MINALI (artigos 1º, 11 e 12, I, todos da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71, do CP), denunciando-os como incurso nos delitos antes apontados individualmente.

A denúncia de fls. 540/543 foi recebida em 23/08/13 (fl. 544).

O réu Adilson foi citado e constituiu advogado (fls. 559/560 e 575). Apresentou sua defesa às fls. 580/592, arrolando três testemunhas.

Em sua defesa, invocou ausência de justa causa ao fundamento de que o Direito Penal não deve intervir, pois já há execução fiscal ajuizada onde se busca a satisfação do débito. Negou a prática dos delitos a ele imputados, uma vez que “nunca teve o domínio do fato sobre os valores que deveriam ser declarados a título de imposto de renda (nos anos de 2.001, 2.002 e 2.003)”, considerando que os honorários advocatícios eram pagos a seu empregador – sindicato e, se omissão houve, não pode ser ela imputada ao réu. Defendeu que não há falsidade nos recibos, pois eles exprimem a verdade. Aponta a absorção dos crimes de falsidade e uso de documento falso pelo crime de sonegação, sendo descabida a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90.

Após ser citado, o réu Sidney também constituiu advogado (fls. 562/563 e 566), tendo apresentado defesa escrita às fls. 567/572, oportunidade em que arrolou três testemunhas.

Defendeu ele a inépcia da denúncia por não estar especificado o crime por ele cometido, até porque, “o tributo sequer era devido pelo acusado”. Sustentou haver prescrição da pretensão punitiva, na consideração de que os fatos narrados na denúncia se amoldam no art. 2º, I da Lei nº 8.137/90 e não no rol taxativo do seu art. 1º, tendo transcorrido mais de 4 anos entre os fatos e a data do recebimento da denúncia. No mérito, disse que não praticou “o ato ilícito que lhe é atribuído”.

Foi citado o réu Josias, tendo sido nomeado defensor, que apresentou defesa escrita, arrolando testemunha já arrolada pela acusação (fls. 597, 609 e 615/629).

Ouvido o MPF (fls. 633/638).

Rejeitadas as preliminares e afastada a hipótese de absolvição sumária dos réus, designou-se audiência de instrução e julgamento para oitiva das testemunhas arroladas pelas partes e interrogatórios, nos termos da decisão de fl. 638. A audiência foi redesignada (fl. 699).

À fl. 641 foi prolatada sentença extinguindo a punibilidade em relação a Josias, em virtude de prescrição reconhecida. Houve o trânsito em julgado (fl. 698).

Em audiência, foi indeferido o pedido de sobrestamento do andamento processual feito pela defesa do réu Adilson, inquiridas as testemunhas Ariovaldo e Edilson. O réu Adilson

desistiu da oitiva de José Luiz e o réu Sidney de ouvir as testemunhas Adriano e Jair. Restou indeferido, ainda, o pedido da defesa para oitiva, como testemunha, do réu Josias. A defesa do réu Adilson fez consignar suas irresignações quanto aos indeferimentos. Designou-se nova data para oitiva de duas testemunhas e realização dos interrogatórios (fls. 738/743).

Na audiência seguinte, a defesa do réu Adilson desistiu da oitiva das duas testemunhas faltantes, realizando-se os interrogatórios dos réus Adilson e Sidney e, nada requerido na fase do art. 402 do CPP, deferiu-se prazo para as partes apresentarem alegações finais escritas (fls. 757/761).

Alegações finais foram apresentadas pela acusação às fls. 763/778 e pelos réus Sidney (fls. 781/808) e Adilson (fls. 809/819).

O MPF, em alegações finais, requereu a condenação dos réus Adilson e Sidney, sustentando que as materialidades e as autorias dos delitos a eles imputados na denúncia restaram comprovadas.

A defesa de Sidney disse que ele não praticou qualquer conduta dolosa e nem concorreu dolosamente para que o réu Adilson praticasse sonegação, haja vista que ao opor sua assinatura nos recibos de honorários não sabia que Adilson iria perpetrar crimes, tendo agido “em erro de tipo essencial” – art. 20 do CP. Em caso de condenação, pugna pela desclassificação para o tipo previsto no art. 2º, I da Lei nº 8.137/90 e pela não aplicação do disposto no art. 11 da aludida Lei, tendo em vista a ausência de liame subjetivo. Invoca, ainda, o princípio da subsidiariedade tácita (“soldado da reserva”). Reiterou a tese da prescrição aventada na sua defesa preliminar, acrescentando que a ocorrência de prescrição deve ser apreciada levando-se em conta a participação de menor importância (art. 29, § 1º do CP) no crime praticado pelo réu Adilson. Defende a não aplicação da causa de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90, por não estar demonstrado efetivo dano à coletividade.

Já o réu Adilson, em síntese, reiterou os protestos feitos em audiência e ratificou suas teses defensivas já apresentadas, acrescentando que sempre ostentou ótima reputação perante a classe que representou por décadas e que, como empregado do sindicato, recebeu honorários que foram regularmente escriturados, tendo o sindicato repassado parte dos honorários para Josias, não restando demonstrado, no seu entender, que praticou os delitos narrados na denúncia.

Certidões de distribuição e documentos de antecedentes foram juntados aos autos (Adilson: fls. 550/551, 577, 671/674, 696/697, 736/737 e 747/748; Josias: fls. 552/553 e 578; Sidney: fls. 554, 579 e 674).

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

As preliminares de inépcia da denúncia e ausência de justa causa já foram rejeitadas pela decisão de fl. 638.

A alegada inexistência de conduta criminosa/dolosa, bem como a não demonstração da autoria e a noticiada absorção de crimes são matérias de mérito e, por isso, serão adiante enfrentadas.

Da mesma forma, eventual prescrição será reconhecida à frente, se o caso.

Acerca da reiteração dos protestos efetivados em audiência pela defesa do réu Adilson, mantenho as decisões por mim prolatadas por ocasião da referida audiência.

À minguia de outras questões preliminares a serem enfrentadas e por estarem presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

A acusação formulada pelo Ministério Público Federal centra-se na afirmação de que o réu Adilson, nos anos/exercícios 2002 e 2003, omitiu em suas declarações de ajuste anual do imposto de renda pessoa física, os honorários advocatícios que recebeu pelos serviços prestados em reclamações trabalhistas, reduzindo indevidamente o imposto devido.

Assevera que houve dissimulação nos recebimentos dos honorários, pois o réu Sidney, na qualidade de presidente do sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Marília e região, assinou vários recibos em nome do sindicato “simulando o recebimento de honorários advocatícios pela assistência judiciária do sindicato, visando ocultar o denunciando [Adilson] como verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária”.

Afirmou que o sindicato informou à fiscalização que não recebeu honorários advocatícios nos anos de 2001 a 2003, embora os reclamantes tenham declarado, nas respectivas declarações de ajuste anual do imposto de renda pessoa física, à Receita que pagaram honorários advocatícios ao sindicato, pois estavam na posse de recibos emitidos em papel timbrado e em nome do sindicato.

Sustenta que o réu Adilson apresentou, em 22/11/06, declaração à Receita subscrita por Josias, também advogado, dizendo que este recebeu 40% dos honorários advocatícios das mesmas ações trabalhistas patrocinadas por Adilson, não havendo, entretanto, prova dos citados rendimentos e nem das atuações de Josias nas reclamações, salvo uma petição inicial assinada em 1990 e uma procuração de Laura. Pontua que o réu Adilson, intimado pelo Fisco, não apresentou DARF do recolhimento do carnê-leão de Josias, referente a suposta parte recebida – 40%.

Aduz, ainda, que o réu Adilson também omitiu resgate de contribuições de previdência privada referentes a 2001.

Deixando de declarar ditos rendimentos, houve redução do imposto devido e foi constituído, definitivamente, o crédito tributário de R\$ 411.563,54.

Sustenta o órgão ministerial que essas condutas se amoldam aos seguintes crimes: art. 304 e art. 299, ambos do Código Penal e artigos 1º e 12, I, da Lei nº 8.137/90, c/c arts. 69 e 71, ambos do CP (ADILSON MAGOSSO) e artigos 1º, 11 e 12, I, todos da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71, do CP (SIDNEY MINALI), *in verbis*:

Lei nº 8.137/90:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(...)

Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

(...)

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

(...)

Código Penal:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. (...)

Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

(...)

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

(...)

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

A primeira observação que se impõe é que para que haja sonegação (evasão fiscal) é imprescindível que também exista o emprego fraude¹, pois o simples não pagamento de um tributo é somente um ilícito tributário e, por isso, não deve ser reprimido pelo direito penal.

A conduta do tipo de sonegação é suprimir (eliminação total do tributo) ou reduzir (eliminação parcial do tributo).

O artigo 1º traz várias modalidades de condutas (condutas-meio), por intermédio das quais o tributo poderá ser suprimido ou reduzido. Todas as condutas tentam iludir a administração tributária, uma vez que produzem uma falsa imagem da realidade.

Além do dolo genérico (supressão e redução) é necessário que haja o dolo específico (elemento normativo do tipo), ou seja, a intenção do agente em suprimir ou reduzir tributo.

Por outro lado, sabe-se que o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza possui o seu fato imponible delimitado pelo art. 43 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

¹ Qualquer ato ilícito, como, por exemplo, falsificação de documentos, simulação ou omissão relevante, quando exista a obrigação legal de declarar.

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador *a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica*:

I - *de renda*, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - *de proventos de qualquer natureza*, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

(...)

Negritei.

Portanto, o imposto de renda possui como fato imponible o acréscimo patrimonial decorrente da aquisição da disponibilidade econômica e jurídica de renda (oriunda de capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e de proventos de qualquer natureza (todos os acréscimos não caracterizados como renda). Em outras palavras, o imposto de renda somente incidirá quando houver um acréscimo no patrimônio do contribuinte, independentemente da denominação da renda ou do provento auferido ou das suas origens.

Com essas considerações iniciais acerca do crime principal em tese praticado (sonegação), bem como sobre o fato imponible do imposto de renda, passo a verificar se estão presentes as materialidades e autorias dos delitos imputados aos réus Adilson e Sidney.

Começo discorrendo sobre a prova oral produzida nas duas audiências ocorridas neste juízo (fls. 738/743 e 757/761).

Ouvido como testemunha, o auditor fiscal Ariovaldo esclareceu, em linhas gerais, que participou da apuração administrativa, constatando que o réu Adilson sonegou imposto de renda por dois anos, valendo-se do sindicato. Confirmou que assinou a representação fiscal de fls. 07/10. Mencionou que o réu Adilson, embora fosse assalariado pelo sindicato, não prestava os serviços de advogado aos reclamantes pelo sindicato, pois os reclamantes contrataram diretamente o réu Adilson. Mencionou que o réu Sidney emitiu os recibos em papel timbrado do sindicato. Informou que o réu Adilson entregou a declaração assinada por Josias, sendo a mesma desconsiderada pela fiscalização por falta de elementos de prova – declaração “fria”. Consignou que o réu Adilson também não declarou as contribuições por ele resgatadas. Em resposta a pergunta do defensor do réu Sidney, frisou que o sujeito passivo é o réu Adilson. Sobre a forma de pagamento do imposto de renda sobre honorários advocatícios, consignou que embora a utilização do livro caixa seja facultativa, ele é importante para facilitar o controle e a declaração, pois deve haver a soma mensal dos honorários recebidos, recolhendo-se o tributo federal no mês seguinte.

Já Edilson, esclareceu, em seu testemunho, que foi presidente do sindicato de 01/01/2006 a 31/12/2013. Registrou que não foi ouvido na polícia federal. Analisando o documento de fls. 53/55, confirmou como sendo sua a assinatura, dizendo que foi o réu Adilson quem elaborou, “na confiança”, o aludido documento. Pontuou que o réu Adilson já era advogado do sindicato há mais de 20 anos. Em resposta à pergunta do defensor do réu Adilson, ponderou que não conhece o réu Josias. Exibido o documento de fls. 90/93, confirmou sua assinatura, dizendo que ele foi confeccionado pelo réu Adilson e, sobre o item 4.4, disse que o Sidney não confeccionava os recibos de honorários. Disse que tais recibos vinham do próprio jurídico e podem ter sido feitos pelo réu Adilson. Antes de ser presidente do sindicato já tinha sido secretário geral na gestão anterior (2002 a 2005) e, antes, foi diretor sindical em agências bancárias (2000/2001).

Em seu interrogatório, o réu Sidney mencionou que assinou alguns recibos elaborados pelo réu Adilson, que era advogado empregado do sindicato. Esclareceu que assinava os do-

cumentos, trazidos “em bolo”, na confiança, pois o réu Adilson já estava lá há tempos, tendo começado como “boy”. Informou que foi presidente por dois mandatos consecutivos – 1994 a 2001. Sobre as reclamações trabalhistas, pontou que os reclamantes eram todos bancários que, já na homologação das rescisões, já acertavam o ajuizamento das reclamações. Sobre os honorários advocatícios, afirmou que havia um contrato verbal da antiga diretoria, que foi mantido durante a sua gestão, no sentido de os honorários advocatícios eram de 15% e que 4% ficavam com o sindicato, sendo isto contabilizado. Em respostas às perguntas de seu defensor disse, acerca dos débitos, que nunca foi chamado e/ou responsabilizado pela Receita Federal.

Já o réu Adilson, ao ser interrogado, disse que trabalhou no sindicato de 1984 a 2004 e que não houve simulação, pois Josias sempre teve participação nos honorários advocatícios. Esclareceu que sempre foi assessor e que tinha uma equipe de advogados, inclusive de fora (São José do Rio Preto, São Paulo e Distrito Federal). Mencionou que além de Josias, o sindicato também tinha parte nos honorários. Ponderou que não ofendeu o fiscal e que não tinha livro caixa dos repasses a Josias e nem para os outros advogados. Frisou a existência de um contrato verbal acerca dos honorários contratuais de 15% pagos pelos reclamantes, assegurando uma parte para o sindicato e 40% para o réu. Disse que ele e outros advogados eram constituídos diretamente pelos reclamantes. Pontou que não recolhia o carnê leão. Frisou que os recibos emitidos eram seus, tendo errado ao usar papel timbrado. Afirmou que os documentos não eram falsos. Respondendo a indagações do MPF disse que os reclamantes eram avisados que os honorários lhe pertenciam, tendo reconhecido parte dos honorários na Receita Federal em novembro de 2006. Já em resposta à pergunta da defesa do réu Sidney, reconheceu como sendo sua a assinatura dos documentos de fls. 97/98. Por fim, respondeu perguntas de seu defensor, dizendo que está em situação financeira ruim e que vai pagar se for reconhecido o valor justo na execução fiscal embargada.

Da análise dos documentos de fls. 07/515, que corresponde ao Processo Administrativo nº 13830.002745/2006-86, constato que houve fiscalização, iniciada em 16/10/06, abrangendo o contribuinte/réu Adilson, a qual foi encerrada em 11/12/06 com a lavratura de auto de infração (fls. 20/35) em virtude de irregularidades relativas ao imposto de renda pessoa física ocorridas nos anos/calendários 2001 e 2002 (omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica – resgate de contribuições de previdência privada - e omissão de rendimentos recebidos de pessoa física - trabalho sem vínculo empregatício), apurando-se R\$ 412.673,36 (R\$ 333.686,78 de imposto e mais R\$ 78.986,58 de multa exigida isoladamente) de débito devido.

Consta que houve impugnação administrativa, sendo o pedido julgado parcialmente procedente para o fim de reduzir o percentual da multa exigida isoladamente para cinquenta por cento (fls. 444/467) e, depois, recurso interposto pelo réu, tendo havido “provimento PARCIAL ao recurso para excluir da exigência a multa isolada, por falta do recolhimento do carnê-leão, aplicada concomitantemente com a multa de ofício e desqualificar a multa de ofício reduzindo-a ao percentual de 75%” (fls. 470/491). Recurso especial da Fazenda Nacional teve seguimento, mas foi improvido. Já o especial interposto pelo réu teve seu seguimento negado. Houve inscrição em dívida ativa em 26/04/13, ou seja, a constituição definitiva do crédito tributário, sem notícia de quitação e/ou parcelamento (fls. 510/514 e 524). Tramita neste juízo a execução fiscal nº 0002652-14.2013.403.6111 sendo o réu Adilson o único executado de uma dívida de R\$ 456.597,44.

O auto de infração veio acompanhado do substancial relatório fiscal de fls. 12/18, onde o servidor federal fez as seguintes observações, *in verbis*

(...) Não houve nenhuma explicação do porquê o Sr. Josias Pereira Barbosa não assinou os

recibos na época própria nem tampouco submeteu quaisquer documentos que corroborassem as alegações dele ou do fiscalizado. (...)

Dia 21 de novembro de 2006, portador entregou carta-resposta do Sindicato, a fls. 203 e 221, volume II deste processo, na qual consta informação no item 1 de que no ano de 2001 houve repasse pelo fiscalizado à entidade de valores oriundos de acordos trabalhistas no total de R\$9.603,86. De notar que o registro contábil do repasse alegado de dezembro de 2001 foi de valor diverso do informado, conforme documento de fls. 416, volume III deste processo.

7- Com relação ao item 4.4 da intimação, questionando o fato de o presidente do Sindicato assinar recibos em nome de terceiros, o Sindicato informou, a fls. 205, que “Foram confeccionados e assinados pelo Senhor Sidney Minali, presidente do Sindicato à época, por orientação do departamento jurídico vez que o advogado encarregado, de tal sorte, por certo não estava presente na ocasião”. Esta informação evidencia claramente a tentativa de escamotear a imposição tributária sobre o fiscalizado.

8 – Cabe ressaltar que, em regular diligência prévia ao Sindicato, a fls. 041 a 045, esta entidade declarou em 09 de outubro de 2006, que “Nos anos de 2001, 2002 e 2003 esta entidade não percebeu honorários advocatícios”, documento de fls. 045. Analisaram-se os livros Razão nº 021 de 2001 com 265 folhas e nº 022 de 2002 com 292 folhas e não foi localizado registro da percepção de honorários advocatícios, corroborando a informação prestada.

Dos fatos

9- O fiscalizado é o real sujeito passivo da obrigação tributária advindo da percepção de honorários advocatícios dessas ações trabalhistas judiciais mencionadas, tanto que em sua carta-resposta, a fls. 053 e 054, “assumiu” a percepção de rendimentos de pessoas físicas nos valores que lista. Informou que o restante do montante dos recibos fora percebido por terceiros, que também nomina. Ocorre que não forneceu nenhuma comprovação de suas alegações.

10- Da busca efetuada por esta fiscalização junto às duas Varas do Trabalho de Marília-SP, não se encontrou documento em nome dos reclamantes que não fosse assinado pelo fiscalizado, exceto a inicial do processo trabalhista de José Roberto Mazini, assinada por ele e por Josias Pereira Barbosa em 08 de agosto de 1990, a fls. 301 e 302, e a procuração de Laura Liberali Pelucio Mafra, a fls. 314. O fiscalizado atuou do início ao fim de cada processo, tendo ele próprio recebido valores das guias de retirada judicial, conforme faz prova vasta documentação acostada e assinada pelo fiscalizado e juntada nas fls. 222 a 415. Por exemplo, guias de fls. 263 verso, 270, 275, 363 verso e 412.

11- Das respostas dos contribuintes/reclamantes, pode-se inferir que o fiscalizado foi o único representante deles em todos os processos, exceto o de Edna Bezerra de Lima Muchiutti, no qual o fiscalizado foi substabelecido e cujo valor é de pequena monta.

12- Os contribuintes/reclamantes declararam em suas declarações de ajuste anual pagamentos ao Sindicato, e o Sindicato declarou que nada recebeu, exceto o repasse já mencionado. (...)

14- Os recibos foram impressos em papel com o timbre do Sindicato e três deles assinados pelo presidente do Sindicato na ocasião, embora o Sindicato negasse a percepção de receita advinda de honorários advocatícios, exceto os R\$ 9.603,86 a título de ressarcimento entregues pelo fiscalizado, além do que o Sindicato nada escriturou em sua contabilidade acerca desses valores dos recibos mesmo que doze contribuintes/reclamantes houvessem declarado pagamentos ao Sindicato em suas declarações de ajuste anual.

(...)

16- O fiscalizado é profissional liberal e tem a faculdade de escriturar livro-caixa, de acordo com o que preceitua o artigo 6º da Lei nº 8.134/90. Essa escrituração permite ao fiscalizado deduzir dos rendimentos tributáveis oriundos de pessoas físicas as despesas previstas na legislação. Assim, eventuais despesas pagas pelo fiscalizado ao Sindicato somente seriam dedutíveis se imprescindíveis à percepção da receita e se escrituradas em livro-caixa. Não o fazendo, não pode deduzir os repasses mencionados ao Sindicato.

17- Com relação à informação de que parte dos recibos fora recebido por terceiros, nominan-

do-os especificamente, Josias Pereira Barbosa, Jose Eduardo Furlanetto e o Sindicato, a fls. 054, nada foi comprovado, embora haja declaração de Josias Pereira Barbosa de que recebeu parte dos valores dos recibos, contudo, esta alegação foi desconsideração face à absoluta falta de comprovação de sua efetividade. Se Josias Pereira Barbosa ou Jose Eduardo Furlanetto houvessem recebido honorários advocatícios desses reclamantes, deveriam ter assinado seus próprios recibos e na época devida, além da obrigatoriedade do recolhimento mensal obrigatório – carnê-leão – pelos profissionais liberais. Saliente-se que o DARF de recolhimento do carnê-leão é uma prova contundente de que ambos receberam rendimentos de pessoas físicas e por isso foi solicitado especificamente este documento no Termo de Ciência e de Solicitação de Esclarecimentos, sem que o fiscalizado o atendesse. Não há que se falar em sigilo fiscal no tocante a esses rendimentos.

(...)

20- Nenhum reclamante citou o nome do Sr. Josias Pereira Barbosa como partícipe do processo. Não há prova da participação do Sr. Josias Pereira Barbosa, exceto a inicial do processo de Jose Roberto Mazini. Não há prova da percepção de rendimentos advindos dessas ações trabalhistas judiciais por parte do Sr. Josias Pereira Barbosa. Não pode o fiscalizado eximir-se de apresentar prova da efetividade das transações com o Sr. Josias Pereira Barbosa, se elas existiram de fato.

(...)

25- A apuração das omissões está delineada no Anexo nº 3 do Auto de infração, a fls. 024, que aponta cada recebimento de honorários advocatícios pelo fiscalizado decorrente das ações trabalhistas judiciais conhecidas do Fisco, uma vez que escapa ao conhecimento do Fisco o montante global auferido pelo fiscalizado no período. (...)

27- Houve também o lançamento de omissão de rendimentos de pessoas jurídicas em função de resgate de previdência privada no ano-calendário 2001, a fls. 038, conforme apurado no corpo do Auto de infração.

28- Tendo em vista a omissão de rendimentos reiteradamente de 16 pessoas físicas por dois anos consecutivos provenientes de ações trabalhistas judiciais; tendo em vista a dissimulação na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; tendo em vista que os valores omitidos são substancialmente maiores que os oferecidos à tributação em sua declaração de ajuste anual; tendo em vista o fiscalizado haver declarado, a fls. 048, que tributou seus rendimentos de pessoas físicas e depois assumir que os recebeu em valores bem superiores aos declarados, a fls. 053 e 054, houve o agravamento da multa de ofício por, em tese, evidente intuito de fraude, (...)

Em decorrência deste relato, o auditor elaborou a representação fiscal para fins penais de fls. 07/10.

Como antes asseverado, o réu Adilson, durante o seu interrogatório judicial, reconheceu que errou ao utilizar papel timbrado para emitir os recibos de honorários por ele recebidos, pois sempre avisou os reclamantes, que o contrataram diretamente como profissional liberal, que os honorários advocatícios lhe pertenciam. Foi enfático ao afirmar que reconheceu, perante o Fisco em 2006 e após o início da fiscalização, que realmente recebeu parte dos honorários advocatícios não declarados. Ou seja, reconheceu ele, ainda que parcialmente, que não declarou, nos momentos oportunos – nas entregas das respectivas declarações –, todos os valores dos honorários advocatícios que recebeu de seus clientes.

É bem verdade que o réu Adilson informou que depois que recebia os honorários advocatícios repassava parte dos valores recebidos ao sindicato, baseado num contrato verbal, e outra parte a Josias, que também é advogado.

Esse trecho de sua fala é corroborada pelo réu Sidney, o qual, em seu interrogatório, esclareceu que manteve, durante a sua gestão como presidente do sindicato, o acerto verbal

já existente com diretorias anteriores, no sentido de ficar para o Sindicato 4% dos valores dos honorários recebidos pelo réu Adilson.

Entretanto, não é possível reconhecer que tal contrato verbal, de fato, existiu e, muito menos que ele foi cumprido, pois a fiscalização foi taxativa ao afirmar que isto não consta da contabilidade do sindicato. É o que se extrai, por exemplo, do item 8 do relatório fiscal – fl. 14.

Também não é possível dar guarida à tese do réu Adilson de que repassou parte dos honorários advocatícios que recebeu para Josias.

Sobre este ponto, importante repisar que a eficiente fiscalização também esteve no Fórum trabalhista local, tendo analisado vários autos de reclamações trabalhistas, constatando que os reclamantes, bancários, outorgaram procuração ao réu Adilson, que atuou, sozinho, em todas as fases processuais, retirando, inclusive, todas as guias de levantamentos em seu próprio nome, apresentando os reclamantes que o contrataram individualmente.

Merece nova transcrição, a corroborar a impossibilidade de se reconhecer os alegados repasses de parte dos honorários, os seguintes trechos do relatório fiscal de fls. 12/18 que acompanha o auto de infração:

9- O fiscalizado é o real sujeito passivo da obrigação tributária advindo da percepção de honorários advocatícios dessas ações trabalhistas judiciais mencionadas, tanto que em sua carta-resposta, a fls. 053 e 054, “assumiu” a percepção de rendimentos de pessoas físicas nos valores que lista. Informou que o restante do montante dos recibos fora percebido por terceiros, que também nomina. Ocorre que não forneceu nenhuma comprovação de suas alegações.

10- Da busca efetuada por esta fiscalização junto às duas Varas do Trabalho de Marília-SP, não se encontrou documento em nome dos reclamantes que não fosse assinado pelo fiscalizado, exceto a inicial do processo trabalhista de José Roberto Mazini, assinada por ele e por Josias Pereira Barbosa em 08 de agosto de 1990, a fls. 301 e 302, e a procuração de Laura Liberali Pelucio Mafra, a fls. 314. O fiscalizado atuou do início ao fim de cada processo, tendo ele próprio recebido valores das guias de retirada judicial, conforme faz prova vasta documentação acostada e assinada pelo fiscalizado e juntada nas fls. 222 a 415. Por exemplo, guias de fls. 263 verso, 270, 275, 363 verso e 412.

11- Das respostas dos contribuintes/reclamantes, pode-se inferir que o fiscalizado foi o único representante deles em todos os processos, exceto o de Edna Bezerra de Lima Muchiutti, no qual o fiscalizado foi substabelecido e cujo valor é de pequena monta.

(...)

17- Com relação à informação de que parte dos recibos fora recebido por terceiros, nominando-os especificamente, Josias Pereira Barbosa, Jose Eduardo Furlanetto e o Sindicato, a fls. 054, nada foi comprovado, embora haja declaração de Josias Pereira Barbosa de que recebeu parte dos valores dos recibos, contudo, esta alegação foi desconsideração face à absoluta falta de comprovação de sua efetividade. Se Josias Pereira Barbosa ou Jose Eduardo Furlanetto houvessem recebido honorários advocatícios desses reclamantes, deveriam ter assinado seus próprios recibos e na época devida, além da obrigatoriedade do recolhimento mensal obrigatório – carnê-leão – pelos profissionais liberais. Saliente-se que o DARF de recolhimento do carnê-leão é uma prova contundente de que ambos receberam rendimentos de pessoas físicas e por isso foi solicitado especificamente este documento no Termo de Ciência e de Solicitação de Esclarecimentos, sem que o fiscalizado o atendessem. Não há que se falar em sigilo fiscal no tocante a esses rendimentos.

(...)

20- Nenhum reclamante citou o nome do Sr. Josias Pereira Barbosa como partícipe do processo. Não há prova da participação do Sr. Josias Pereira Barbosa, exceto a inicial do processo de Jose Roberto Mazini. Não há prova da percepção de rendimentos advindos dessas ações

trabalhistas judiciais por parte do Sr. Josias Pereira Barbosa. Não pode o fiscalizado eximir-se de apresentar prova da efetividade das transações com o Sr. Josias Pereira Barbosa, se elas existiram de fato.

Ainda que se admita, só para prosseguir na fundamentação, que existia o contrato verbal acerca de repasses, pelo réu Adilson, de partes dos honorários para o sindicato e para Josias e, que os repasses tenham sido levados a termo, não pode isto prejudicar o Fisco, pois “(...) as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes” – art. 123 do Código Tributário Nacional, como bem observado pelo fiscal que atuou o réu Adilson (fl. 16, item 19).

O conjunto probatório me permite concluir que o testemunho do auditor fiscal que efetuou a fiscalização está correto, ou seja, o réu Adilson soncou imposto de renda por dois anos valendo-se do sindicato.

Embora fosse empregado do sindicato, ele foi contratado, como advogado autônomo, pelos bancários sindicalizados, firmando com estes contratos para prestação de serviços perante a Justiça obreira, onde atuou, sozinho, desde os ajuizamentos e até as satisfações dos créditos, recebendo, para si, os honorários contratados.

A partir daí, valeu-se de seu prestígio conquistado com anos de labor como empregado no sindicato, elaborando recibos, em nome do sindicato e a maioria com assinaturas de presidentes do sindicato, dos honorários que recebeu como advogado único dos reclamantes que o contrataram. Utilizou-se, inclusive, de papel timbrado do sindicato, entregando os recibos aos bancários que receberam verbas trabalhistas/indenizações em ações trabalhistas que patrocinou.

Este proceder, bem como a tentativa de demonstrar, sem sucesso, que sempre repassou, para o sindicato e para Josias, parte dos valores que recebeu diretamente a títulos de honorários advocatícios contratuais, demonstra, sem sombra de dúvidas, que praticou vários ilícitos com o intuito de encobrir os acréscimos patrimoniais que teve com as rendas resultantes de seu trabalho como advogado autônomo contratado diretamente pelos reclamantes.

Além disso, a defesa do réu Adilson não produziu nenhuma prova apta a afastar a reconhecida omissão dos rendimentos oriundos das contribuições previdenciárias por ele resgatadas por força de plano de previdência privada (*vide* auto de infração de fls. 20/35 e item 27 do relatório fiscal – fl. 18).

Em suma, patente está a supressão (materialidade) de imposto de renda cometida pelo réu Adilson. É este, pois, o responsável pela ausência de informação essencial ao Fisco e, por consequência, pelo não recolhimento dos tributos federais oriundos das rendas por ele recebidas e não declaradas.

Além disso, também restou comprovado o dolo do réu, caracterizado pela vontade consciente e livre de omitir informações com o escopo de suprimir ou, ao menos, reduzir o valor do imposto de renda devido.

Observe-se que a consumação do tipo penal previsto inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90 se dá com a omissão de informações, ou seja, é crime omissivo que se consuma com a ausência de informações ao Fisco.

Conforme aponta doutrina específica, “cuida-se de fraude caracterizada pelo silêncio

contraposto à exigência legal de declarar a ocorrência do fato gerador.”²

Sobre o pleito do MPF de reconhecimento de concurso material entre o delito de sonegação e a falsidade ideológica (art. 299 do CP) e o uso de documento falso (art. 304 do CP), tenho que não deve ser acatado.

Apesar de saber que tais crimes apresentam existências autônomas, posto que tutelam bens jurídicos diversos, entendo que, no caso, os delitos constantes dos art. 299 e 304 do CP, restaram absorvidos pelo crime de sonegação fiscal, haja vista que o falso, bem como a utilização do documento falso, tiveram como finalidade a sonegação em si, ou seja, foram eles meio necessário para a sua consumação (da sonegação – crime fim).

Esse entendimento já foi seguido pelo E. TRF da 4ª Região diante de “apresentação pelo contribuinte de documentos inidôneos destinados a comprovar o cumprimento da obrigação tributária, durante o curso do processo administrativo”, sendo que os recibos falsificados “foram utilizados antes da lavratura do auto de infração, justamente com o intuito de suprimir e/ou reduzir o imposto de renda devido”.³

Assim, tenho que o réu Adilson deve responder somente pela prática do crime previsto no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90, em continuação (art. 71 do CP).

Esclareça-se que entendo que o réu deve responder pelo delito com a causa especial de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90, pois é de fácil verificação que o alto valor sonegado trouxe grave dano à coletividade, que não pode usufruir, até a presente data, de tal valor mediante implementação de política estatal. Repita-se que o valor devido pelo réu já extrapola, por certo, a casa do meio milhão de reais (fl. 524). Nesse mesmo sentido vem decidindo o E. STJ, *in verbis*:

(...)

6. A continuidade delitiva, não se confunde com a causa de aumento de pena relativa ao grave dano à coletividade. De fato, é possível que certo agente pratique apenas um crime contra a ordem tributária e cause grave dano à coletividade. Assim como, é possível o cometimento de diversos delitos e não se fazer aplicar a causa de aumento prevista no art. 12, inciso I da lei 8.137/90. 7. *In casu*, todavia, referidos exemplos se conjugam, uma vez que o recorrente praticou várias infrações contra a ordem tributária “calçando” inúmeras notas fiscais nos exercícios de 1994 a 1996, o que ensejou o reconhecimento da continuidade delitiva e causou grave dano à coletividade em razão do elevado montante de tributos não recolhidos, estimados em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), razão pela qual não há falar em *bis in idem*. 8. Resta motivada a majoração da pena, nos termos do art. 12, I da Lei 8.137/90., em razão do grave dano à coletividade, compreendido na sonegação de vultosa quantia aos cofres públicos. Precedentes. (...)

(AGRESP 200901407205, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, v.u., DJE 05/03/2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CAUSA DE AUMENTO. ART. 12, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. VALOR SONEGADO EM TORNO DE R\$ 790.000,00 (SETECENTOS E NOVENTA MIL REAIS), SEM CONTAR O MONTANTE DEVIDO A TÍTULO DE JUROS DE MORA E DE MULTA. APLICAÇÃO DO AUMENTO JUSTIFICADO. GRAVE DANO À COLETIVIDADE CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça já manifestou-se no sentido de que o não recolhimento de vultoso montante de tributos configura grave dano

² BALTAZAR JÚNIOR. José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, pág. 353.

³ HC 2007.04.00.011517-0/PR, Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, 8ª T, v.u., 09/05/07.

à coletividade, que enseja a aplicação da causa de aumento da pena estabelecida no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Tal majorante justifica-se pelo fato de a quantia vultosa suprimida repercutir sobre a coletividade, destinatária da receita pública decorrente do pagamento de tributos. 2. É inquestionável que a quantia não recolhida pelo Recorrente - R\$ 790.456,71 (setecentos e noventa mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e setenta e um centavos), sem contar o montante devido a título de juros de mora e de multa - justifica a aplicação da causa de aumento, pois impõe grave dano à coletividade. Aplicação da Súmula nº 83 desta Corte Superior. 3. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 201303527550, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, V.U., DJE 10/04/2014).

Passo a analisar eventual responsabilidade penal do réu Sidney.

Em Direito Penal cada um deve ser punido de acordo com sua culpabilidade no caso de haver concurso de pessoas. Por isso, há distinção entre autor, coautor e partícipe. Autor é quem executa o crime ou quem se envolve na execução ou aquele que tem domínio do fato. Por outro lado, partícipe é aquele que, não tendo o domínio do fato, colabora para o crime de qualquer modo, ou seja, a sua atuação é acessória, pois dependente de uma conduta principal. Para punir o partícipe há que se invocar o disposto no art. 29 do CP⁴, que é uma norma de extensão.

Tendo o réu Sidney reconhecido, ao ser por mim interrogado, que sabia da existência do contrato verbal de repasse de parte dos honorários advocatícios e, mais, frisando expressamente que manteve, como presidente do sindicato, a sua aplicação durante sua gestão (de 1994 a 2001), evidente está que ele não era um mero desavisado que incorreu “em erro de tipo essencial”, como quer fazer crer a sua defesa.

Ficou desmentida, por outro lado, a sua fala no sentido de os repasses para o sindicato estarem contabilizados, pois a fiscalização demonstrou que isto não aconteceu (*vide* item 8 do relatório fiscal – fl. 14).

Acerca do erro de tipo (art. 20 do Código Penal), sabe-se que ele sempre exclui o dolo, seja evitável ou inevitável. Sendo o dolo elemento do tipo, a presença do erro de tipo exclui a tipicidade do fato doloso, podendo o sujeito responder por crime culposos, desde que seja típica a modalidade culposa.

Diante das circunstâncias demonstradas nos autos, não há como reconhecer que o réu Sidney incorreu em erro de tipo, uma vez que tinha consciência da ilicitude da não declaração, ao Fisco, dos valores recebidos atinentes aos honorários advocatícios contratuais pagos pelos reclamantes sindicalizados, tanto que ele confirmou os recebimentos efetivados pelo réu Adilson, bem como os repasses ao sindicato de partes dos honorários, frisando que estes repasses eram contabilizados pelo sindicato. Entretanto, como antes afirmado, não constou da contabilidade do sindicato os noticiados repasses.

Ora, se reconheceu que parte dos honorários advocatícios recebidos era repassada ao sindicato com sua anuência e não estando tais fatos formalmente contabilizados é lógico que contribuiu, consciente e voluntariamente, para a empreitada criminosa do réu Adilson.

Dizendo de outro modo, teve o réu Sidney efetiva participação nas sonegações perpetradas pelo réu Adilson. Com suas condutas acessórias colaborou materialmente para a sonegação de imposto de renda devido pelo primeiro.

Concorrendo, como partícipe, para o crime de sonegação perpetrado em continuação,

4 Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

deve o réu Sidney suportar a reprimenda prevista para o aludido crime da mesma forma que o réu Adilson, aplicando-se, todavia, a diminuição mínima (um sexto) prevista no § 1º do art. 29 do Código Penal, tendo em vista a sua relevante participação.

Em virtude do antes asseverado, ou seja, da consumação, em continuação, do crime previsto no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90, não é possível acolher a almejada desclassificação para o delito previsto no art. 2º, I da Lei nº 8.137/90⁵ – forma tentada do crime do art. 1º, I. Veja-se que foi reconhecida a efetiva supressão/redução de tributo federal, consumando-se, por isso, o crime do art. 1º, I. A consumação do crime do art. 2º, I ocorre com o emprego da fraude visando suprimir ou reduzir, ou seja, não se exige que, efetivamente, haja supressão ou redução de tributo; basta a fraude com a finalidade de eliminar ou diminuir o tributo devido.

Considerando, por fim, que a denúncia, que noticia a supressão de tributos nos anos de 2002 e 2003, foi recebida em 23/08/13 (fl. 544), patente está que não ocorreu a alegada prescrição, posto que o crime imputado aos réus tem pena máxima de cinco anos (inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.137/90) e, por isso, não transcorridos doze anos (art. 109, III, do CP).

III - DISPOSITIVO

Posto isso, *julgo parcialmente procedentes* os pedidos formulados na denúncia e, em consequência, *condeno* os réus ADILSON MAGOSSO e SIDNEY MINALI pelo cometimento, em concurso de pessoas, do crime descrito no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 (mais de uma vez) c/c o art. 12, I, da mesma lei e com o art. 71, do Código Penal, aplicando-se para o segundo réu a diminuição mínima (um sexto) prevista no § 1º do art. 29 do CP.

Nos termos dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar as penas.

Na primeira fase, verifico que o réu *Adilson*, na época dos fatos (2002/20003), era primário, não registrava maus antecedentes e não havia notícia de conduta social reprovável e/ou de condenação (fls. 550/551, 577, 671/674, 696/697, 736/737 e 747/748). À míngua de elementos para a análise da personalidade do condenado, não havendo elementos repugnantes sobre os motivos do crime, nem sobre suas consequências, estes serão considerados favoráveis. Não obstante isto, tenho que a sua culpabilidade é dotada de maior censurabilidade, o mesmo se dizendo em relação às circunstâncias do crime, considerando as condutas perpetradas pelo réu para o cometimento da sonegação, ou seja, ele era empregado há vários anos do sindicato e, nesta condição, abusou de seu prestígio e da facilidade proporcionada pelo cargo para obter, primeiro, vantagem pecuniária (honorários advocatícios contratuais) de pessoas que eram sindicalizadas que não deveriam, no meu entender, arcar com honorários advocatícios por serem elas sindicalizadas e por estarem valendo-se dos serviços de um empregado do próprio sindicato e, depois, para conseguir as emissões de recibos em nome do próprio sindicato e com assinaturas de pessoas que ocuparam, em mais de uma gestão, o cargo de presidente da referida entidade. Diante de tais considerações, a fixação da pena base deve ser acima (+ 2/6) do mínimo legal. Assim, fixo a pena base em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias multa, à base de meio salário mínimo vigente à época, tendo em vista a capacidade financeira do condenado – advogado que percebe R\$ 4.000,00/R\$ 5.000,00 por mês (*vide* final de seu interrogatório).

Na segunda fase, não vislumbro a presença de agravantes ou atenuantes e, por isso, mantenho a pena base como pena provisória.

5 Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

(...)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Na terceira fase, diante da causa especial de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90 e, por outro lado, por ter praticado supressões de tributos federais em continuação (art. 71 do CP) nos anos de 2002 a 2003, deve haver aumento das penas provisórias em, respectivamente, 1/3 (um terço) e mais 1/6 (um sexto) - mínimos permitidos - o que resulta num acréscimo de 01 ano e 04 meses de reclusão e 06 dias multas (10 meses e 20 dias de reclusão e 04 dias multas + 05 meses e 10 dias de reclusão e 02 dias multas, respectivamente), motivo pelo qual fixo a *pena definitiva* em *04 (quatro) anos de reclusão* e ao pagamento de *19 (dezenove) dias multa*, à base de meio salário mínimo vigente à época.

Na primeira fase, verifico que o réu *Sidney* é primário, não registra maus antecedentes, agiu com culpabilidade normal para o delito e não há notícia de conduta social reprovável e/ou de condenação (fls. 554, 579 e 674). À míngua de elementos para a análise da personalidade do condenado, não havendo elementos repugnantes sobre os motivos e circunstâncias do crime, nem sobre suas consequências, estes serão considerados favoráveis. Assim, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias multa, à base de um salário mínimo vigente à época, tendo em vista a capacidade financeira do condenado – aposentado pelo INSS e pelo Banco do Brasil, com proventos mensais de R\$ 17.000,00, conforme informado em seu interrogatório. Na segunda fase, não vislumbro a presença de agravantes ou atenuantes e, por isso, mantenho a pena base como pena provisória.

Na terceira fase, diante da causa especial de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90 e, por outro lado, por ter contribuído com supressões de tributos federais em continuação (art. 71 do CP) nos anos de 2002 a 2003, deve haver aumento das penas provisórias em, respectivamente, 1/3 (um terço) e mais 1/6 (um sexto) - mínimos permitidos - o que resulta num acréscimo de 01 ano de reclusão e 04 dias multas (8 meses de reclusão e 03 dias multas + 04 meses de reclusão e 01 dia multa, respectivamente), chegando-se a 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 14 (quatorze) dias multa. Aplicando-se, agora, a causa de diminuição mínima (um sexto) prevista no § 1º do art. 29 do Código Penal, diminui-se a pena em 06 meses de reclusão e 02 dias multas, motivo pelo qual fixo a *pena definitiva* em *02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão* e ao pagamento de *12 (doze) dias multa*, à base de um salário mínimo vigente à época.

O regime inicial de cumprimento das penas será o *aberto* (art. 33, § 2º, alínea “c”, do CP).

Não obstante as razões para majoração da pena base (culpabilidade e circunstâncias do crime) do réu Adilson, reputo preenchidas, por ambos, as exigências do art. 44 do Código Penal e, entendendo suficiente, substituo as penas privativas de liberdades por uma restritiva de direitos, consistente na *prestação de serviços à comunidade* (art. 46, CP), para cada um, a ser disciplinada pelo juízo da execução da pena e outra de *multa*, cujo valor fixo em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para o réu Adilson e em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para o réu Sidney, a serem destinadas para a União.

Condene os réus, ainda, ao pagamento das custas judiciais (art. 804, do CPP).

Após o trânsito em julgado, inscrevam-se os nomes dos réus no rol dos culpados e façam-se as comunicações de praxe, em especial ao E. TRE (art. 15, III, CF/88).

Translade-se cópia desta sentença para os autos nº 0004105-10.2014.403.6111 – embargos à execução.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

Marília, 03 de março de 2015.

Juiz Federal Substituto JOSÉ RENATO RODRIGUES

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0005587-24.2013.4.03.6112

Autor: MUNICÍPIO DE IEPÊ

Réu: FRANCISCO CÉLIO DE MELLO

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

Juiz Federal: BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

1. Relatório

O *Município de Iepê* ajuizou a presente *Ação Civil Pública* em face de *Francisco Célio de Mello*, Prefeito do Município de Iepê à época dos fatos, em razão da reprovação da prestação de contas referente ao Convênio nº 740545/2010 firmado com o Ministério de Turismo para a realização da 2ª Rodeio Fest Show de Iepê.

Segundo a inicial, as contas foram reprovadas, em razão do evento promovido ser em comemoração ao aniversário da cidade, objeto este, não considerado como de fluxo turístico autorizado a receber verba do Ministério do Turismo, sendo o município compelido a devolver R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Governo Federal. Alega que ante o evidente prejuízo ao erário, incorreu o réu, na prática de Ato de Improbidade Administrativa.

Com vistas, o Ministério Público Federal, em manifestação lançada às fls. 94/95, sustentou que o caso é de competência da Justiça Federal.

Notificado o réu para oferecimento de manifestação escrita, veio aos autos a petição juntada como fls. 103/110, arguindo a não caracterização de ato de improbidade administrativa, ante a ausência de dolo e de dano ao erário.

Com a r. decisão das fls. 116/117, a petição inicial foi acolhida, oportunidade em que, determinou-se a citação do requerido.

A contestação foi juntada como fls. 130/137, reiterando os termos da defesa preliminar.

A União manifestou interesse no feito às fls. 138/139, sendo determinada sua inclusão no polo ativo na condição de assistente litisconsorcial (fls. 170).

Instados a especificarem provas, o Município de Iepê não se manifestou (fls. 200), o Ministério Público Federal nada requereu (fls. 204), a União requereu o aditamento à inicial (fls. 206) e o réu requereu a produção de prova oral e a juntada de documentos (fls. 208/263).

O despacho saneador deferiu a produção de prova oral (fls. 264/266).

Em audiência realizada em 06 de novembro de 2014, foi tomado o depoimento pessoal do autor e inquiridas duas testemunhas (fls. 292/293) e fixado prazo para que o Município de Iepê trouxesse aos autos documentos indicando os feriados municipais.

O Município de Iepê apresentou os memoriais às fls. 294/296 e juntou os documentos de fls. 297/305.

O requerido Francisco Célio de Mello ofereceu suas alegações finais às fls. 307/312. Juntou documentos (fls. 313/329).

Com a petição de fls. 330/333, a União apresentou suas alegações finais, requerendo a procedência da ação.

O Ministério Público Federal, por sua vez, manifestou-se às fls. 335/342, opinando pela improcedência da demanda, por entender que não houve enriquecimento ilícito ou promoção

pessoal do réu, bem como prejuízo ao erário, de modo que não houve ato de improbidade administrativa.

O réu foi cientificado dos documentos juntados e, em seguida, os autos vieram conclusos para sentença.

2. Decisão/Fundamentação

Encerrada a instrução, passo ao julgamento do feito.

2.1 Da Ação de Improbidade

A ação de improbidade administrativa é modalidade de ação civil pública, voltada à tutela da probidade e da moralidade administrativas, com regras processuais e procedimentais próprias traçadas pela Lei nº 8.492/92, que comporta a aplicação subsidiária do sistema integrado da Lei nº 7.347/85, com o Título III da Lei nº 8.078/90, e o Código de Processo Civil, nessa ordem. Logo, a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fundamento na Lei 8.429/92.

Ressalte-se que o caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

O art. 12 da Lei 8429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, dispõe:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

2.2 Da Necessidade de Conduta Dolosa ou Culposa

O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo.

De fato, segundo as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sem seu já consagrado livro “Direito Administrativo”, 25ª Edição, Atlas: São Paulo, p. 899:

Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa de intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto da proporcionalidade entre meios e fins.

Prossegue a renomada doutrinadora explicando que embora somente o artigo 10, da Lei 8.429/92 fale em dolo ou culpa, mesmo nas hipóteses do art. 9 e do 11, a exigência também se apresenta.

Com efeito, a interpretação das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com cautela, já que uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa, indo bem além de que o legislador pretendeu.

A má-fé, portanto, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador.

Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva.

O mesmo raciocínio se aplica ao pedido de ressarcimento de valores em caso de ilícitos que causem prejuízos ao erário, já que a responsabilidade objetiva, via de regra, não é acolhida pelo ordenamento jurídico.

A rigor, a CF consagra em seu art. 37, § 6º, da CF, apenas a responsabilidade objetiva do Estado em relação a terceiros, mas não a do agente causador do dano, cuja responsabilidade será sempre subjetiva.

2.3 Das Supostas Irregularidades constatadas pelo Ministério do Turismo

Segundo a Nota Técnica nº 570/2012 (fls. 22/25) e que teria embasado a propositura desta Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa algumas falhas foram constatadas em relação ao Convênio 740545/2010, firmado entre o Ministério do Turismo e a Prefeitura Municipal de Iepê.

Em linhas gerais, a falha consiste em utilização de recurso do Ministério do Turismo para promoção de evento em comemoração ao aniversário da cidade.

Segundo o Parecer Técnico, não foram atendidos os requisitos de elegibilidade do convênio, sendo a execução física reprovada, ficando o município obrigado a restituir, ao Tesouro Nacional, o valor firmado, devidamente corrigido (R\$ 122.983,00 – fl. 155).

A União, em suas alegações finais, alega o dano ao erário da União, tendo em vista que não houve a restituição do valor objeto do convênio, bem como desobediência ao ordenamento jurídico, uma vez que não atendeu ao programa federal de fluxo turístico, tendo o réu se enquadrado nos artigos 10 e 11, da Lei de Improbidade.

Cabe-nos delimitar a suposta existência de improbidade.

A principal irregularidade apontada pela União refere-se ao objeto do Convênio, o qual foi firmado para a realização da 2ª *Rodeio Fest Show de Iepê*.

Importante consignar que irregularidades meramente formais, não são aptas, por si só, a configurar qualquer situação de improbidade, muita embora possam até mesmo reforçar eventual condenação quando se prove que foram deliberadamente praticadas para perpetrar fraude.

Em outras palavras, não é a simples existência de irregularidades que levará a condenação do réu por improbidade. De fato, eventual condenação por improbidade só poderá ocorrer se restar comprovado que o réu praticou deliberadamente tal conduta para promoção pessoal ou enriquecimento ilícito.

Conforme disposto na Portaria 153, de 06 de outubro de 2009, o Ministério do Turismo somente autoriza a utilização de recursos *para eventos considerados de fluxo turístico*, os quais estão elencados no artigo 16 (Carnaval, Carnaval fora de época, Cavalgadas, Etapas de Eventos Esportivos - Nacional ou Mundial, Festas Juninas, Festividades Natalinas, Festivais de Cinema, Festivais Culturais, Festivais Folclóricos, Festivais Gastronômicos, Festivais de Inverno, Festivais de Pesca Esportiva, Feiras e Exposições de Produtos locais, regionais ou nacionais, Vaquejadas, Réveillon e Rodeios).

Pois bem. Conforme prova produzida nos autos, inclusive oral, não há dúvida de que o evento se concretizou, bem como que o evento realizado entre os dias 23 a 27 de junho de 2010, objeto do convênio em questão, foi o 2ª *Rodeio Fest Show de Iepê*.

E, conforme elencado na Portaria, rodeio é considerado evento de fluxo turístico, logo, em conformidade com o programa federal de gerar fluxo turístico e contribuir com a movimentação de turistas na região e no país.

Desta feita, por si só, pelo evento tratar-se de Rodeio, não há de se falar em irregularidade no objeto do convênio, mesmo que o evento fosse destinado à comemoração do aniversário da cidade.

Contudo, segundo a Lei Orgânica Municipal, promulgada em 5 de abril de 1990, o Município de Iepê comemora, como feriados municipais, o dia 24 de junho, dia de São João Batista, Padroeiro da cidade e, no dia 30 de novembro, dia da emancipação política do Município (artigo 257) (fl. 313).

O decreto 27, de 28 de abril de 2014, o qual dispõe sobre calendário de feriados, sendo posterior aos fatos, inclusive à propositura desta ação civil pública, não pode ser utilizada como parâmetro para fixação da data comemorativa de aniversário da cidade.

Desde modo, por entender que no dia 24 de junho comemora-se o dia do padroeiro da cidade de Iepê, pelo evento tratar-se de um rodeio, considerado como de fluxo turístico pelo Ministério do Turismo, segundo a portaria 153/2009, não há de se falar em desobediência ao ordenamento jurídico.

E ainda, não estando comprovados nos autos que houve promoção pessoal ou enriquecimento ilícito do réu, bem como não restou demonstrado prejuízo ao erário federal ou municipal, não há a caracterização de atos de improbidade.

Assim, tenho que o caso é de improcedência da ação, por restar provado que o réu não

cometeu qualquer ato de improbidade administrativa, atuando nos estritos limites de suas atribuições funcionais de modo regular e probo.

3. Dispositivo

Em face do exposto, na forma da fundamentação supra, *Absolvo o réu Francisco Célio de Mello* por restar provado que não cometeu qualquer ato de improbidade administrativa, atuando nos estritos limites de suas atribuições funcionais de modo regular e probo.

Destarte, uma vez absolvido o réu das imputações que lhe foram feitas na inicial, *JULGO IMPROCEDENTE* o pedido inicial. Extingo o feito, com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do CPC.

Sem custas. Sem condenação em verba honorária, uma vez que indevida na ação civil pública, salvo comprovada má-fé, o que não é o caso dos autos.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.

Juiz Federal Substituto BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

MANDADO DE SEGURANÇA

0009415-70.2014.4.03.6119

Impetrante: SARAIVA E SICILIANO S.A.

Impetrado: INSPETOR CHEFE DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP

Juiz Federal: ETIENE COELHO MARTINS

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2015

Trata-se de mandado de segurança em que se pretende o reconhecimento da imunidade do leitor eletrônico de livros digitais em relação aos impostos federais (Imposto de Importação - II e Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI) e a utilização da classificação da mercadoria no Código NCM 4901.99.00, para inclusão nas Notas Fiscais, dando cumprimento à obrigação acessória. Também pleiteia-se que a autoridade coatora se abstenha da lavratura de auto de infração e suas consequências daí decorrentes, como inscrição na Dívida Ativa, no Cadastro de Inadimplentes (CADIN) e outros, assim como o ajuizamento de executivo fiscal para cobrança dos impostos e qualquer outra penalidade que possa ser imposta à impetrante.

A petição inicial foi instruída com procuração e documentos (fls. 31/138).

Às fls. 149/151, *decisão que deferiu em parte o pedido de liminar*, determinando à autoridade coatora que considere os aparelhos eletrônicos descritos nos documentos apresentados pela impetrante às fls. 54/69 como similares de livros, com suas implicações tributárias; e também se abstenha de impor sanções por conta do não recolhimento dos impostos ora combatidos, tais como lavratura de auto de infração, inscrição em dívida ativa ou inclusão do nome da impetrante no CADIN, apenas no que tange aos impostos objeto deste feito, até final decisão.

Às fls. 156/158, a impetrante opôs embargos de declaração aduzindo que a decisão liminar possui erro material, uma vez que a ordem de citação dos documentos deve ser aquela do desembarque dos produtos no Brasil, consoante o quadro indicado à fl. 157. Às fls. 160/161, foi proferida decisão recebendo a petição de embargos como emenda à inicial e, em complementação à decisão de fls. 149/151, determinou à autoridade coatora que considerasse os aparelhos eletrônicos descritos no “Conhecimento de Transporte MAWB nº 045-96978431 e HAWA nº TEH – 10068810, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) nº 20141203-BR-SARAIVA-2” e “Conhecimento de Transporte MAWB nº 045-96978420 e HAWA nº TEH – 10068883, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) nº 20141208-BR-SARAIVA-2” como similares de livros, com suas implicações tributárias; e também se abstivesse de impor sanções por conta do não recolhimento dos impostos ora combatidos, tais como lavratura de auto de infração, inscrição em dívida ativa ou inclusão do nome da impetrante no CADIN, apenas no que tange aos impostos objeto deste feito, até final decisão.

Às fls. 166/184, informações da autoridade coatora.

Às fls. 188/200, a União requereu seu ingresso no feito e comunicou a interposição de agravo de instrumento.

À fl. 201, foi deferido o ingresso da União no feito.

Às fls. 204/205, parecer do MPF pela inexistência de interesse público a justificar sua intervenção.

Às fls. 206/207, decisão proferida no agravo de instrumento nº 0002555-43.2015.4.03.0000, indeferindo o efeito suspensivo pretendido.

É o relatório necessário. DECIDO.

Como *preliminar*, a autoridade coatora alegou a *inadequação da via eleita*, uma vez que há a necessidade de dilação probatória e esta é incabível em sede de Mandado de Segurança. Entretanto, *a questão que envolve o objeto deste processo é estritamente jurídica*, restando definir se o e-reader pode ou não ser entendido como livro e, conseqüentemente, ser imune à incidência de impostos. De fato, *tenho que o manual de instrução dos aparelhos e a declaração do fabricante são suficientes para resolver a questão*. Tais documentos gozam de presunção relativa de certeza quanto às propriedades dos aparelhos, cabendo, assim, à autoridade coatora e à União o levantamento de dúvidas razoáveis que pudessem colocar em xeque a veracidade das informações dos documentos. Não basta a simples alegação. Portanto, sendo suficientes e claras as informações contidas no manual de instrução e na declaração do fabricante, *afasto a preliminar suscitada*.

No mérito, a questão se volta em saber se os aparelhos importados pela impetrante (leitores de livros digitais) estão no conceito de livro trazido no art 150, VI, “d”, da CRFB/88.

Inicialmente, a alegação de que *se deve aplicar o art 111 do CTN para interpretar restritivamente o art 150 da CRFB/88 não procede*. Isto porque tal dispositivo se destina à interpretação da “legislação tributária” e esta, segundo o próprio CTN, não abarca a Constituição.¹ Do mais, conforme ensina a hermenêutica constitucional, *a legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição e não o inverso*. Assim, seja por estrita determinação do CTN, seja por lógica hierárquica, não pode o art 111 determinar como se deve interpretar a Constituição da República.

Com relação à correta aplicação do art 150, VI, “d”, CRFB/88, tenho que o próprio *legislador infraconstitucional optou por uma interpretação extensiva*, levando-se em conta o objetivo do dispositivo constitucional. Nos termos da Lei 10.753/2003, a qual instituiu a Política Nacional do Livro, o art 2º trouxe um conceito de livro e o art 4º determinou a utilização deste conceito ao presente caso:

Art. 2º. Considera-se livro, para efeitos desta Lei, a *publicação de textos escritos* em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura, em capas avulsas, *em qualquer formato e acabamento*.

Parágrafo único. *São equiparados a livro:*

(...)

II - *materiais avulsos relacionados com o livro*, impressos em papel ou em *material similar*;

(...)

VI - textos derivados de livro ou originais, produzidos por editores, mediante contrato de edição celebrado com o autor, *com a utilização de qualquer suporte*;

.....

Art. 4º. *É permitida a entrada no País de livros em língua estrangeira ou portuguesa, imunes de impostos nos termos do art. 150, inciso VI, alínea d, da Constituição, e, nos termos do regulamento, de tarifas alfandegárias prévias, sem prejuízo dos controles aduaneiros e de suas taxas.* (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

¹ Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Conforme se nota, a interpretação do conceito de livro escolhida pelo legislador não foi restritiva, alcançando, portanto, a hipótese de materiais equiparados a livros. Do mais, o art 4º é expresse em determinar que seja aplicada a definição de livro do art 2º aos casos de imunidade de impostos. Feita esta introdução, passo a verificar se os aparelhos importados são livros ou equiparados, gozando, portanto, da imunidade do art. 150, inciso VI.

Os documentos de fls. 54/69 revelam a importação de milhares de “Saraiva Lev” e “Saraiva Lev com luz”. No manual de instrução dos citados aparelhos (fls. 73/121), verifica-se que o aparelho eletrônico destina-se à leitura de livros eletrônicos, com algumas variações, como acessar rede Wi-Fi para baixar outros livros eletrônicos. Segundo informação do fabricante, em fls (fls. 123/125), o produto destina-se exclusivamente a possibilitar a leitura, em forma digital, de livros oriundos de determinadas empresas. Neste ponto, vale destacar a sua diferença de outros aparelhos, tais como os tablets ou smartphones, os quais autorizam acesso quase que irrestrito à rede mundial de computadores, o que seria capaz de desvirtuar o aparelho como simples leitor de livro eletrônico. Dessa forma, conclui-se que os produtos importados não se prestam a qualquer outra função, exceto leitura de livros eletrônicos.

A partir da definição do objeto da importação, volto aos dispositivos transcritos acima para verificar se o caso concreto se amolda à hipótese legal. Pelo art 2º da Lei 10.753/2003, livro é “a publicação de textos escritos em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura...”. Pelo parágrafo único, II, do mesmo art 2º, também é livro os “materiais avulsos relacionados com o livro, impressos em papel ou em material similar;”. Pela leitura destes dois dispositivos, conclui-se que também é livro a publicação de textos escritos em materiais avulsos relacionados com livro, impressos em material similar ao papel. Portanto, resta claro que uma plataforma eletrônica que se preste unicamente a visualizar a publicação de textos faz as vezes do papel e, conseqüentemente, deve ser equiparado a livro.

Neste contexto, tenho que, se os aparelhos importados (fls. 54/69) servem exclusivamente para a leitura de textos, não há como excluí-lo do conceito de “equiparados a livro” descritos no art 2º, parágrafo único, incisos II, Lei 10.753/2003 (instituiu a Política Nacional do Livro). Em consequência, concluo também que gozam de imunidade de impostos, conforme o art 150, VI, “d”, CRFB/88, e os art 2º e 4º da Lei 10.753/2003.

No que tange ao pedido de utilização da classificação da mercadoria na Norma Comum do Mercosul - NCM nº “4901.99.00”, para inclusão nas notas fiscais, verifico que o aparelho consiste em produto da indústria eletrônica e não da indústria gráfica, que é inerente à família 4901 da norma classificatória, não assistindo razão à impetrante. Friso, também, que a NCM se trata de uma classificação aduaneira para efeitos de compromissos internacionais, não devendo se confundida com eventual definição que se dê no plano interno. Do mais, por se tratar de definição apenas para efeitos alfandegários e perante o MERCOSUL, não há prejuízo para o gozo da imunidade requerida, já que as definições de um não influencia na do outro. Portanto, é caso de improcedência.

Dispositivo

Diante do exposto, CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA, resolvendo o mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para determinar à autoridade coatora que:

a) considere como equiparados a livros, com suas implicações tributárias, os aparelhos eletrônicos descritos nos documentos apresentados pela impetrante (fls. 54/69): Conhecimento de Transporte MAWB nº 045-96978431 e HAWA nº TEH – 10068810, Conhecimento de Embarque (Packing List) e Fatura Comercial (Commercial Invoices) nº 20141203-BR-SARAI-

VA-2; o Conhecimento de Transporte *MAWB* n° 618-87587371 e *HAWA* n° *TEH* – 10068807, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) n° 20141128-BR-SARAIVA-2; o Conhecimento de Transporte *MAWB* n° 045-96978420 e *HAWA* n° *TEH* – 10068883, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) n° 20141208-BR-SARAIVA-2 e o Conhecimento de Transporte *MAWB* n° 045-96978022 e *HAWA* n° *TEH* – 10068730, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) n° 20141206-BR-SARAIVA-2; e

b) também se abstenha de impor sanções por conta do não recolhimento dos impostos ora combatidos, tais como lavratura de auto de infração, inscrição em dívida ativa ou inclusão do nome da impetrante no CADIN, *apenas no que tange aos impostos objeto deste feito*.

Encaminhe-se cópia por meio de correio eletrônico, conforme determina o Provimento COGE n° 64 de 28 de abril de 2005, ao Exmo. Sr. Desembargador Federal relator do Agravo de Instrumento n° 0002555-43.2015.4.03.0000, com cópia desta sentença.

Custas na forma da lei.

Sem condenação em honorários, a teor do art. 25 da Lei n° 12.016/09.

Nos termos do art. 14, §1º, da Lei n° 12.016/09, encaminhem-se os autos com as nossas homenagens ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Guarulhos, 14 de abril de 2015.

Juiz Federal ETIENE COELHO MARTINS

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0000069-77.2015.4.03.6340

Autora: CLEUSA MUSA DANIEL

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE GUARATINGUETÁ - SP

Juiz Federal: LEANDRO GONSALVES FERREIRA

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 22/04/2015

Dispensado o relatório, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.099/95.

Trata-se de ação na qual a parte autora visa obstar a cobrança do valor de R\$ 5.730,99 (cinco mil, setecentos e trinta reais e noventa e nove centavos), em razão da percepção pela parte autora, como procuradora do segurado previdenciário, de auxílio-acidente de titularidade de seu irmão, Pedro Daniel, ora falecido, entre o período de 01/12/2011 a 30/11/2012.

Inobstante a alegação levantada pelo INSS a justificar a cobrança – irregularidade que consiste em recebimento após o óbito do segurado (conforme página 17 do arquivo de nº 01) -, entendo que *o caso em tela apresenta peculiaridades que o distinguem dos demais e por isso merecedor de análise mais acurada.*

Alega a parte autora que, por ser seu irmão usuário de drogas, dele não mais teve notícias desde *dezembro de 2011*, quando este se deslocou para a cidade de São José dos Campos, sob a alegação de participar de tratamento clínico, e que somente soube de seu paradeiro *após novembro de 2012*, quando foi solicitado pela autarquia previdenciária o cadastramento do beneficiário para que este continuasse a receber o benefício, e então teve informações de que o irmão havia falecido há cerca de um ano, não tendo sido seu corpo identificado pelas autoridades do local do falecimento, sendo, portanto, *enterrado como indigente.*

Ante tais fatos, a primeira discussão que se coloca é se o pagamento realmente foi indevido ou não. Conforme se depreende da leitura do artigo 86, § 1º, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97, o benefício de auxílio acidente é cessado quando da implantação do benefício de aposentadoria ou quando do óbito do segurado. Por sua vez, o Código Civil é explícito em relação ao óbito e à ausência, em seu artigo 6º, assim dispondo:

Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

No caso, no período em que a demandante recebeu o benefício do irmão na qualidade de sua procuradora, não havia qualquer notícia do óbito do segurado, ao que consta dos autos.

Não há que se falar ainda em exigibilidade, por parte da autora, de comunicação da ausência do segurado, dado, principalmente, o escasso período de um ano entre a ida de seu irmão para outra cidade e a notícia de seu óbito e também ao fato de que o irmão “desaparecido” constituía procuradora (a autora), circunstância que, em princípio, não justificaria a declaração de ausência, a teor do art. 22 do Código Civil:

Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, *se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens*, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador. (g.n.)

Friso que, mesmo para os casos de decretação de ausência para fins previdenciários, em especial para obtenção de benefício de pensão por morte, que tem prazos diferenciados da decretação civil de ausência, fixa a lei 8.213/91, em seu artigo 78, *caput*, o prazo de ao menos seis meses de desaparecimento do segurado.

Vale dizer, *a devolução do benefício, no período de 01/12/2011 a 30/11/2012, conforme cobrança do INSS (págs. 17 e 18 do arquivo nº 1), pressupõe pagamento indevido*. Todavia, seja pelo *aspecto objetivo (existência do vínculo obrigacional)* ou pelo *aspecto subjetivo (ciência do erro)* não se pode falar, *quando da realização dos efetivos depósitos do benefício, em pagamento indevido, à luz da teoria da aparência, porque tanto por parte do INSS quanto da procuradora (autora) existia causa jurídica justificadora da prestação previdenciária, ainda que aparente ou putativa*.

Explico.

Como bem frisado na sentença proferida pela Justiça Estadual, que determinou a retificação da certidão de óbito, o antigo registro (sem identificação do cadáver) “*não inspira a verdade real dos fatos*” (cf. pág. 22/25 do arquivo nº 1).

Desse modo, tanto o INSS quanto a autora (na qualidade de procuradora do segurado) tinham a *falsa percepção da realidade* no sentido de existência de uma obrigação. Evidência disso é que o INSS somente alimentou seu sistema com a informação do óbito em 26/11/2014 (arquivo nº 28), isto é, após a lavratura da certidão de óbito ocorrida em 14/08/2014 (pág. 25 do arquivo nº 1). E, ao que consta dos autos, a autora, na época dos pagamentos em questão, *não tinha ciência do óbito do irmão*, visto que o conhecimento dos fatos ocorreu posteriormente, com a identificação do cadáver.

Ainda, considerando que o mandato cessa com o óbito (art. 682, II, CC), o desconhecimento do óbito justificou ou deu causa jurídica aos atos da autora tendentes à preservação do direito do irmão (recebimento do benefício – cf. páginas 15/16 do arquivo de nº 01). Não se pode atribuir má-fé à autora, porque tal conduta não se presume, deve ser provada.

O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente (art. 667 do CC). A autora, como mandatária ou procuradora, agiu com diligência, nos termos da lei civil, não se podendo aplicar cegamente, neste processo específico, o art. 115 da Lei 8.213/91, *haja vista a peculiaridade do caso concreto*.

Com efeito, a multiplicidade dos fatos da vida por vezes não é abarcada pelas regras jurídicas e daí a necessidade de se aplicar e sopesar os princípios e regras de direito, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.099/95:

Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Desse modo, entendo não ser aplicável na espécie o art. 115 da Lei 8.213/91 e o entendimento da TNU no PEDILEF 50190790520134047200.

Apesar de o INSS cumprir, com a cobrança, o princípio da *estrita legalidade*, reputo que o mais adequado na espécie é a aplicação da *teoria da aparência*, com esteio na qual o *Superior Tribunal de Justiça* tem entendido que, embora o recebimento de determinado valor não seja devido, se o servidor público o recebeu de *boa-fé e com base na teoria da aparência, não se pode exigir sua restituição* (AgRg no AREsp 152.344/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJA-

MIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 15/06/2012). Trata-se de julgado que comporta aplicação no caso concreto por analogia.

A teoria da aparência pressupõe, como sua denominação indica, que *uma situação irreal (simples aparência) seja aceita como verídica*, desde que presentes determinados requisitos, quais sejam, objetivamente: a) situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente se apresentem como se fora uma segura situação de direito; b) situação de fato que assim passa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas - *error communis facti* - c) que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou direito como se realmente existisse. E subjetivamente: a) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera: b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu (TJRJ – Ap. 586-89, 28.11.89, 1ª CC, Rel. Des. Renato Maneschy, in ADV JUR, 1990, p. 136, v. 48146).

E todos os pressupostos para a aplicação dessa teoria estão evidenciados no caso concreto, visto a ausência de notícias do óbito do segurado, bem como restar comprovado ser a parte autora procuradora deste para fins de percepção da benesse. Ademais, entendo plausível a boa-fé da parte autora, comprovada na espécie pelos documentos acostados aos autos, como comprovantes de compra de materiais de construção para a obra destinada, segundo prova oral, a beneficiar seu irmão (páginas 02/09 do arquivo de nº 01), guia de recolhimento previdenciário do mês de outubro de 2012 (página 11), este último ratificado pelo juízo mediante consulta aos sistemas PLENUS/CNIS (arquivo nº 28), que demonstra ter havido recolhimentos como contribuinte individual de 12/2010 a 11/2012 e de 01/2012 a 10/2012 (após o óbito inclusive), além de pedido de retificação do óbito de Pedro Daniel (páginas 23 e 24 do arquivo de nº 01), que vem a corroborar a tese de ignorância da ocorrência do óbito deste.

Frise-se ainda que os depoimentos da parte autora e das testemunhas arroladas (arquivos 24 a 27) foram uníssonos em afirmar o desconhecimento do óbito do segurado Pedro Daniel previamente ao seu reconhecimento junto ao IML, bem como a conduta do irmão da autora, que tinha por hábito se ausentar do lar devido à enfermidade apresentada.

Ante todo o exposto, merece ser acolhido o pedido formulado pela parte autora.

Pelo exposto, julgo PROCEDENTE a ação para o efeito de *declarar a inexigibilidade da cobrança, pelo INSS, do valor de R\$ 5.730,99 (cinco mil setecentos e trinta reais e noventa e nove centavos)* e eventuais acréscimos, objeto das Cartas nº 799/2014 (de 04/12/2014) e nº 19/2015 (de 13/01/2015), ambas da Agência da Previdência Social de Guaratinguetá-SP e referentes ao benefício 94/025.406.075-7, e, por conseguinte, *determinar ao INSS que se abstenha de exigir a respectiva devolução*.

Presente a plausibilidade do direito autoral, nos termos da fundamentação, e considerando os atos de cobrança da dívida pelo INSS, demonstrativos da iminente lesão ao patrimônio da demandante, vislumbro a presença dos requisitos do art. 273 do CPC e por isso *DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA para determinar ao INSS que, até decisão definitiva da Turma Recursal ou determinação diversa desta, deixe de cobrar a dívida objeto desta demanda*.

Comunique-se à APSDJ/INSS para fins de cumprimento desta decisão.

Sem custas e honorários nesta instância.

Publique-se e intimem-se.

Juiz Federal LEANDRO GONSALVES FERREIRA

AÇÃO ORDINÁRIA

0003946-31.2015.4.03.6144

Autora: CSU CARDSYSTEM S/A

Rés: UNIÃO FEDERAL E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF

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

Juiz Federal: JOSÉ TARCÍSIO JANUÁRIO

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/03/2015

Vistos, etc.

Trata-se de pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado por CSU CARDSYSTEM S/A em face da UNIÃO FEDERAL e da CAIXA, no qual se pleiteia a suspensão da exigibilidade da contribuição ao FGTS prevista no artigo 1º da LC 110/2001.

Em síntese, a parte autora sustenta que (a) as contribuições sociais criadas pela LC 110/01 não foram recepcionadas pela EC 33/2001; (b) já foi atingida integralmente a finalidade almejada pelas contribuições social gerais da LC 110/01, de modo que se impõe o reconhecimento da sua inconstitucionalidade superveniente; c) está sendo praticado evidente desvio na destinação de recursos arrecadados pela contribuição social ao FGTS.

Decido.

A antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do que preceitua o art. 273 do Código de Processo Civil, depende da existência da prova inequívoca prevista no *caput*, ou seja, de prova capaz de conduzir a um juízo de verossimilhança do direito alegado, além de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso, não vislumbro a plausibilidade jurídica suficiente e necessária - robusto *fumus boni juris*, para antecipação da tutela judicial buscada ao final do processo.

Com efeito, a Lei Complementar 110, de 29 de junho de 2001, em seu artigo 1º, instituiu a Contribuição Social devida pelos empregadores, à alíquota de 10% sobre o montante total dos depósitos ao FGTS, além da contribuição do artigo 2º, devida por sessenta meses, e com base na remuneração do trabalhador.

Nas ADIs 2.556 e 2.558 foi declarada a constitucionalidade da ora questionada contribuição social do artigo 1º da LC 110/01.

Pretende-se agora seja reconhecida a inconstitucionalidade superveniente, seja pela não recepção de tal contribuição social pela Emenda Constitucional 33/2001, seja pelo esgotamento – desde 2007 - da finalidade pela qual a contribuição foi criada, pagamento dos expurgos inflacionários do FGTS, ou pelo desvio de finalidade.

Tais argumentos possuem relevantes teses defensivas. Contudo, não se pode perder de vista as interpretações histórica e finalística na análise da questão.

A Lei Complementar 110, de 29 de junho de 2001, decorre do Projeto de Lei Complementar 195, apresentado pelo Poder Executivo no início de abril de 2001 e objeto de deliberação no Congresso Nacional entre abril e junho de 2001, sendo ao final aprovada a contribuição na forma proposta inicialmente.

Ou seja, o Congresso Nacional, de maneira clara e expressa, instituiu nova contribuição social tendo como base de cálculo o total dos depósitos ao FGTS.

Por outro lado, a Emenda Constitucional 33, promulgada em 11 de dezembro de 2001, também teve sua origem no Poder Executivo, que apresentou a Proposta de Emenda Consti-

tucional nº 277, de 2000, cuja finalidade era instituir contribuições sociais e de intervenção na atividade econômica sobre operações com petróleo, seus derivados e gás natural, como constou na exposição de motivos.

Aludida PEC 277 tramitou pela Comissão Especial do Congresso Nacional destinada à sua apreciação entre maio e agosto de 2001, tendo recebido 13 emendas em maio de 2001 e com Parecer do Relator, deputado Basílio Villani, de 07/08/2001.

Na Proposta original de Emenda Constitucional assim estava redigida a alteração do artigo 149 da Constituição Federal:

Art. 1º É acrescentado ao art. 149 da Constituição Federal o seguinte § 22, renumerando-se para § 1º o atual parágrafo único:

“Art. 149

.....

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de bens ou serviços recebidos do exterior, inclusive energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis, ainda que o destinatário seja pessoa natural, que, no caso, poderá, na forma da lei, ser equiparada a pessoa jurídica”. (NR)

E no artigo 2º dessa PEC 277 constava a inclusão do § 4º ao artigo 177 da CF com a seguinte redação:

Art. 177

...

§ 4º A Lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de comercialização, decorrente de revenda ou refino, e de importação de petróleo e seus derivados, bem assim de gás natural e álcool carburante, deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição será:

a) *ad valorem*, incidindo sobre o faturamento ou a receita bruta, no caso de comercialização e, no caso de importação, sobre o respectivo valor aduaneiro; ou

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada;

II - a alíquota poderá ser:

a) diferenciada por produto ou destinação;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

...

Em maio de 2001, quando – lembre-se – também tramitava o projeto convertido na LC 110/01, houve, na Comissão Especial que analisava a PEC 277, apenas proposta de alteração da redação do artigo 149 da CF pretendendo incluir no seu § 2º, inciso I, a imunidade dos hidrocarbonetos líquidos em estado natural, Proposta de Emenda nº 11 do deputado Márcio Fortes, além da Proposta de Emenda nº 13, do mesmo deputado, com a seguinte redação:

III - poderão ter incidência monofásica;

IV – se incidentes sobre combustíveis automotivos, definidos em lei federal, independentemente da destinação final do produto, terão tributação monofásica.

§ 3º - O disposto nos inciso I e II do § 4º do artigo 177 aplicar-se-á às contribuições sociais incidentes sobre as operações, ou as receitas dela decorrentes, com combustíveis automotivos definidos em lei federal.

Em sua Justificação, o deputado Márcio Fortes afirmou que pretendia incluir a tributação monofásica, para evitar distorções entre o produto produzido na cadeia produzida nacional e o importado, assim como incluir a possibilidade de tributação dos combustíveis por alíquota específica. [Observe-se que tanto na proposta original quanto na Emenda 13 o “poderão” está sendo usado como faculdade e não como limitação.]

Por fim, foi aprovado o texto do Substitutivo da PEC apresentado pelo relator, com a seguinte redação para o § 2º do artigo 149 da CF:

Art. 149.

§ 1º.....

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

...

Conforme deixa expresso o Parecer do Relator, no item 17.10 de seu Relatório: “Os objetivos das emendas nos 11, 12 e 13 ficam acolhidos, embora não se tenha aproveitado o seu teor literalmente.”

Quanto ao Substitutivo da PEC, narra o Relator, no item 18.1:

O art. 1º do Substitutivo, além de acrescentar a importação de gás natural e álcool carburante ao rol de eventos sobre os quais poderá incidir a futura contribuição, procura também, como já mencionado no item 14 acima, atender emendas propostas com o objetivo de *estender às contribuições sociais, quando incidirem sobre combustíveis, algumas características que se pretendem atribuir à contribuição de intervenção no domínio econômico sobre combustíveis*. (grifei)

Tais características são, basicamente: a possibilidade de instituição de alíquotas específicas ou *ad valorem*, contemplada no inciso III do § 2º acrescentado ao art. 149 da Constituição, e a incidência em uma única vez, nas hipóteses definidas em lei, abrigada pelo § 3º do mesmo dispositivo.

Dos debates havidos na Comissão, pode-se concluir que se trata de aspectos essenciais, para combater artifícios de que atualmente se valem algumas distribuidoras, aproveitando-se de falhas nos textos legais e constitucional, para obter vantagem sobre as que operam dentro da lei.

No item 14 do Relatório acima mencionado diz o Relator da PEC que “ao explicitar que as alíquotas da contribuição de intervenção no domínio econômico relativa ao petróleo e seus derivados, ao gás natural e ao álcool carburante poderão ser *ad valorem* ou específicas, o texto

proposto concede ao legislador ordinário louvável oportunidade de opção.”

Fazia referência, então, à proposta original da PEC para redação do § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, incisos I e II, que tratava das alíquotas *ad valorem* ou específica para a CIDE combustível.

Prosseguiu o relator, naquele item 14 do Relatório, discorrendo que:

A referência apenas à contribuição de intervenção no domínio econômico, contudo, pode ensejar o entendimento de que essas características não se aplicariam a outros tributos e contribuições, o que não parece conveniente. Pelo contrário, torna-se indispensável, a fim de alcançar plenamente os objetivos almejados com a Emenda Constitucional de que ora se cogita – vale dizer, de equiparar as cargas tributárias incidentes sobre os combustíveis nacionais e os importados – *que se possam instituir alíquotas ad valorem ou ad rem* também para as contribuições sociais, nomeadamente, a COFINS e a do PIS/PASEP. (negritos acrescidos) O texto do Substitutivo proposto, ao trazer esses dispositivos para o art. 149 da Constituição, procura solucionar esse problema, reafirmando a faculdade de o legislador infraconstitucional escolher livremente, ao deliberar sobre as contribuições sociais ou de intervenção no domínio econômico, entre ambas as espécies de alíquotas.

Do quanto ora exposto é possível extrair as seguintes conclusões:

a) a PEC 277 transformada na EC 33/01 visava à instituição de contribuições sociais e CIDE “como forma se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado, em detrimento daquele, que fatalmente ocorrerão se mantido o ordenamento jurídico atual.” em razão da “liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e seus derivados e ao gás natural” (exposição de motivos);

b) seja no projeto original, seja nas emendas apresentadas, ou mesmo no Substitutivo da PEC apresentado pelo Relator, não houve nenhuma intenção, ou mesmo proposta ou discussão, tendente a restringir o alcance da hipótese de incidência possível das contribuições sociais gerais, especialmente daquelas então existentes;

c) há expressa manifestação do Relator no sentido de que a menção no artigo 149 às alíquotas *ad valorem* e *ad rem* teria por fim *possibilitar que também* as contribuições sociais – citando o PIS e a COFINS – fossem instituídas com tais bases.

Desse modo, concluir-se que as contribuições para o FGTS que haviam acabado de ser instituídas pela LC 110/01 teriam sido revogadas implicitamente pela EC 33/01 aparenta ser um salto interpretativo dissociado do histórico e da finalidade da citada Emenda Constitucional.

Não é possível adotar entendimento no sentido de que o Congresso Nacional, buscando atender à proposta de Poder Executivo de criação de contribuições sociais e CIDE, à sorrelfa, acabou por colocar na ilegalidade contribuições então existentes, especialmente a então recém aprovada pela LC 110/01.

Na verdade, a interpretação de que a hipótese de incidência possível das contribuições restou reduzida pela nova redação dada ao artigo 149 da CF pela EC 33/01 deve ser afastada porque incidiria em inconstitucionalidade, por desrespeito ao devido processo legislativo, por afronta ao artigo 60 da Constituição Federal, pois não se identifica de quem foi a iniciativa de tal medida e nem mesmo a votação de tal restrição em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional (art. 60, § 2º, CF).

Ou seja, é de ser reconhecida a inconstitucionalidade, sem redução de texto, da interpretação ab-rogante da competência tributária da União, sem que tenha havido o devido processo

legislativo, especialmente em relação às contribuições então existentes. Evidentemente que tal conclusão não afasta a delimitação hoje existente, não podendo a lei vir a subverter os conceitos descritos no inciso III, § 2º, do art. 149 da CF quando da criação de novas contribuições, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao indevido alargamento do conceito de valor aduaneiro.

Por outro lado, observo que – conforme dito acima – resta evidenciado o uso da palavra “poderão” no sentido de faculdade e não de limitação, seja no projeto de emenda original, na proposta de alteração de redação, ou no Relatório final, pelo que é bastante aceitável a interpretação e que o “poderão” do inciso III do § 2º do artigo 149 da CF apenas autoriza a utilização de alíquotas *ad valorem* ou específicas nas hipóteses que discrimina, sem prejuízo de outras hipóteses, especialmente no tocante às contribuições então existentes.

Lembro que o inciso II do mesmo artigo e parágrafo deixa claro que o vocábulo “poderão” está sendo usado como faculdade.

Quanto ao esgotamento da finalidade pelas quais as contribuições previstas na LC 110/2001 foram instituídas, é de se registrar que o aumento de arrecadação líquida do FGTS nenhuma relação tem com o passivo surgido pelos expurgos inflacionários reconhecidos em favor dos depositantes dos anos de 1989 e 1990 pelo simples fato de que todo depósito ao FGTS é vinculado a um trabalhador. Ou seja, se aumentou em muito o depósito ao FGTS, aumentou também a contrapartida, que é a necessidade de que o Fundo tenha os recursos depositados.

Outrossim, embora a questão seja relevante, já que as contribuições instituídas pela LC 110/01 tinham finalidade específica, que era cobrir o “rombo” provocado pelo pagamento dos expurgos inflacionários aos depositantes, o fato é que novo e gigantesco “rombo” se avizinha, que se refere ao reconhecimento judicial da troca da atualizada pela Taxa Referencial por índice maior (IPCA-e, etc), sem qualquer contrapartida.

Assim, tendo em vista que a LC 110/01 não previu um prazo para cobrança das contribuições; que até recentemente ainda havia milhares de ações buscando a recomposição do FGTS em relação aos expurgos inflacionários; que há possibilidade de novo déficit nas contas do FGTS, e em observância ao princípio contábil da Prudência, não se pode concluir pela desnecessidade financeira do FGTS em ser suprido pelas contribuições sociais hoje existentes.

Por fim, em relação ao alegado desvio de destinação, anoto que o desvio de destinação de qualquer contribuição não a torna inexigível, mas apenas ilegal o ato administrativo que determinou tal desvio. De todo modo, a utilização de verbas do FGTS em programas habitacionais não desvirtua a destinação prevista legalmente, Lei 8.036/90, para aplicação dos recursos do Fundo.

Ante o exposto, *indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela*, uma vez que não restou evidenciada a verossimilhança das alegações da parte autora.

Publique-se. Intime-se. Citem-se a UNIÃO (PGFN) e a CAIXA.

Barueri, 13 de março de 2015.

Juiz Federal JOSÉ TARCÍSIO JANUÁRIO



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (re-messa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide Conflito de Competência nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ Súmulas aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, reenumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015.

SÚMULA N° 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula n° 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei n° 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula n° 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula n° 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 12

Incidirá a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei n° 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula n° 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula n° 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei n° 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula n° 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula n° 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula n° 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula n° 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA N° 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, insere no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula n° 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

Impressão e acabamento:
Divisão de Serviços Gráficos



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1532