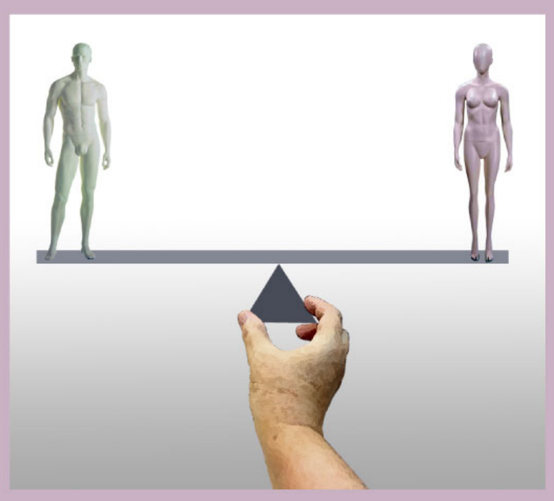
REVISTA
do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXX - N. 141 - ABRIL / JUNHO DE 2019 - ISSN 1982-1506



Políticas públicas para mulheres: pela obtenção de igualdade plena de mulheres e homens

Celeste Leite dos Santos

O contrato social como ideia regulatória: a evolução de um conceito jurídico

João Felipe Menezes Lopes

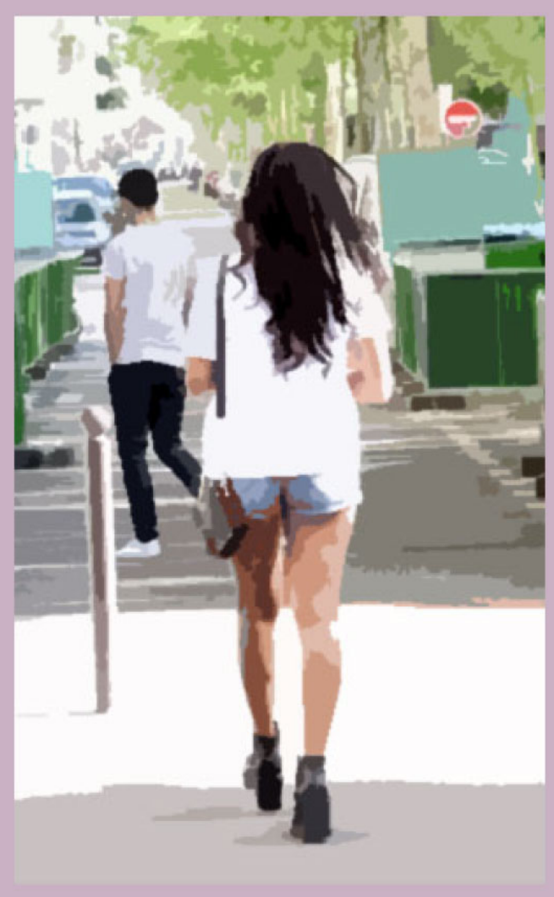
O direito de superfície na Alemanha e o seu caráter social

Leonardo Estevam de Assis Zanini



O frete de uniformização de preços de álcool não é isenção fiscal

Leonardo de Medeiros Fernandes e Rodrigo Tomiello Silva



A questão da mulher: muito além do Direito

Juliana Paula Magalhães

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal André Nekatschalow

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 XXX	n. 141	p. 1-481	Abr./Jun. 2019

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal André Nekatschalow

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]

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98 - Presidente[2]
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99 - Vice-Presidente[3]
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002 - Corregedor-Regional [4]
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 [5]
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
HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 05/06/2019.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY - Presidente
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

CECÍLIA MARCONDES
MAIRAN MAIA
NELTON DOS SANTOS - Presidente
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA - Presidente

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI - Presidente
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO - Presidente
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI - Presidente
DAVID DANTAS

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN - Presidente
VANESSA MELLO - Juíza Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO - Presidente

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
LUCIA URSAIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 28/02/2018)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Políticas públicas para mulheres: pela obtenção de igualdade plena de mulheres e homens
Celeste Leite dos Santos *15*

O frete de uniformização de preços de álcool não é isenção fiscal
Leonardo de Medeiros Fernandes e Rodrigo Tomiello Silva *27*

O contrato social como ideia regulatória: a evolução de um conceito jurídico
João Felipe Menezes Lopes *39*

A questão da mulher: muito além do Direito
Juliana Paula Magalhães *53*

O direito de superfície na Alemanha e o seu caráter social
Leonardo Estevam de Assis Zanini *69*

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Ação declaratória de nulidade de processo administrativo. INCRA. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Partilha não registrada em cartório. Intimação na pessoa da inventariante. Prevalência da transcrição constante no registro imobiliário. Ausência de nulidade da notificação do proprietário.
Ap 0002311-12.2013.4.03.6103
Desembargador Federal Valdeci dos Santos 91

Mandado de Segurança. Ensino superior. Inadimplência. Curso distinto. Negativa de matrícula. Impossibilidade.
ReeNec 5001130-82.2018.4.03.6112
Desembargador Federal Mairan Maia 97

Mandado de Segurança. DL 73/66. SUSEP. Empresa seguradora em liquidação extrajudicial. Afastamento e nomeação de liquidante. Resolução CNSP nº 335/2015. Ilegalidade e inconstitucionalidade. Inocorrência.
EDclApCiv 5007542-65.2018.4.03.6100
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 100

Mandado de Segurança. Suposta omissão no preenchimento de vagas em concurso para servidores públicos. Restrição orçamentária. Autorização de aproveitamento de candidatos do concurso da justiça eleitoral. Vagas e previsão orçamentária posteriores à perda de validade do concurso desta corte.
MS 5014511-63.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Muta 105

Servidor público. Transferência. Universidade federal. Cônjuge. Necessidade de comprovação de vaga. Artigo 99 da Lei nº 8.112/1990.
AI 5020824-40.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Wilson Zauhy 109

DIREITO AMBIENTAL

Ação Civil Pública. Área de preservação permanente. Dano ambiental. Cerceamento do direito de defesa. Prova técnica. Necessidade. Sentença desconstituída.
Ap 0005080-57.2008.4.03.6106
Juíza Federal Convocada Eliana Marcelo..... 115

DIREITO CIVIL

Contrato de abertura de crédito para financiamento estudantil - FIES. Ação monitória. Óbito do mutuário.
Ap 0013467-35.2015.4.03.6100
Desembargador Federal Peixoto Junior 127

DIREITO CONSTITUCIONAL

Livre iniciativa. Norma e interpretação: questão constitucional. STF: RE 562276, sob o regime de repercussão geral. Execução Fiscal contra sociedade empresária. Registro do distrato social, na junta comercial. Responsabilização patrimonial de sócio e administrador: impossibilidade.
EDclAI 5023081-72.2017.4.03.0000
Desembargador Federal Fábio Prieto 133

Ação ordinária. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento. Hipossuficiente. Doença de Fabry. Medicamento Replagal.
ApReeNec 5000255-42.2018.4.03.6103
Desembargador Federal Marcelo Saraiva..... 144

Suspensão de Segurança. Ação de Reintegração de Posse. Fazenda Esperança/MS. Ocupação indígena. Questão fundiária indígena: oposição de produtores agropecuários e comunidades indígenas, em controvérsias quanto à posse de determinadas áreas localizadas ao longo do Estado do MS.
SLAT 5005398-51.2019.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 155

DIREITO PENAL

Serviço de comunicação multimídia. Art. 183 da Lei nº 9.472/1997. Crime de perigo abstrato. Tipicidade. "Abolitio criminis". Resolução 680/2017 da ANATEL. Causa extintiva de punibilidade.
Ap. 0010203-34.2011.4.03.6105
Desembargador Federal Nino Toldo 175

Cheque clonado. Art. 171, § 3º, do CP. CEF. Dolo comprovado. Dosimetria da pena mantida. Pena pecuniária reduzida de ofício.
Ap. 0013755-31.2015.4.03.6181
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 179

Corrupção de menores. Artigo 244-B da Lei nº 8.069/1990. Crime formal. Consumação independe da prova da efetiva corrupção do menor.
Ap. 0007767-58.2017.4.03.6181
Desembargador Federal Maurício Kato 186

Uso de CNH materialmente falsa. Art. 304 c/c art. 297 do CP. Apresentação após a solicitação de agente policial. Crime configurado. Alegação de autodefesa rejeitada. Maus antecedentes. Reincidência e confissão espontânea. Compensação. Adequação da prisão preventiva ao regime semiaberto. Execução provisória da pena.
Ap. 0000004-21.2018.4.03.6003
Desembargador Federal José Lunardelli 192

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte. Menor sob guarda. Óbito do mantenedor posterior à Lei nº 9.528/1997. Recurso repetitivo. REsp 1.411.258/RS. Especialidade do ECA sobre a lei previdenciária. Direito ao benefício garantido.
Ap 0028399-49.2007.4.03.9999
Desembargadora Federal Inês Virgínia 203

Cálculo da renda mensal inicial. Revisão. Artigo 29, II, da Lei nº 8.213/1991. Requisitos preenchidos.
Ap 0004491-42.2011.4.03.6112
Juíza Federal Convocada Vanessa Mello 206

Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade absoluta e permanente configurada. Laudos periciais. Interpretação "a contrario sensu". Perda da qualidade de segurado. Segurado facultativo. Prorrogações. Inaplicabilidade.
Ap 0037163-48.2012.4.03.9999
Desembargador Federal Carlos Delgado 213

Benefício de prestação continuada. Estrangeiro residente no país. Falecimento. Habilitação. Sobrinha. Resíduo. Honorários advocatícios. Defensoria pública.
Ap 0002996-68.2013.4.03.6119
Desembargadora Federal Marisa Santos 219

Servidora em cargo de provimento em comissão. Vinculada ao RGPS. Art. 40, § 13, da CF/1988. Correção do PBC do benefício. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade laborativa total e permanente comprovada. Qualidade de segurada e carência demonstradas. Doença incapacitante.
ApelRemNec 0004337-65.2013.4.03.6108
Desembargador Federal Paulo Domingues 223

Atividade especial. Enfermagem. Agentes biológicos. Conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial. Procedente. Termo "a quo".
Ap 0007536-64.2013.4.03.6183
Desembargador Federal Newton De Lucca 230

Salário-maternidade de rurícola. Trabalhadora rural. Diarista. Existência de início de prova material. Conjunto probatório suficiente para obtenção do benefício.
Ap 0011719-08.2015.4.03.9999
Desembargador Federal David Dantas 239

Aposentadoria por idade urbana. Art. 48, "caput", da Lei nº 8.213/91. Contribuição para o regime próprio concomitante ao regime geral da previdência social. Possibilidade de cumulação de aposentadorias. Não comprovação dos requisitos legais. Benefício indevido.
Ap 0025029-81.2015.4.03.9999
Desembargador Federal Nelson Porfírio 245

Aposentadoria especial. Prova pericial emprestada. Cabimento. Atividade especial parcialmente comprovada. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Benefício concedido.
Ap 0001561-72.2016.4.03.6113
Desembargador Federal Toru Yamamoto 248

Mandado de Segurança. Tempo especial. Auxiliar/inspetor de segurança. Uso de arma de fogo. Riscos inerentes à profissão. Preenchidos os requisitos para implantação da aposentadoria especial.
ApReeNec 5000197-53.2016.4.03.6121
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 256

Aposentadoria proporcional por tempo de contribuição. Atividade especial. Hidrocarbonetos aromáticos, pintor de pistola.
Ap 0005274-03.2017.4.03.9999
Desembargador Federal Baptista Pereira 261

Auxílio-reclusão. Execução. Levantamento de valores atrasados pela genitora de filhos menores. Possibilidade.
Ap 0025009-85.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Gilberto Jordan 270

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Execução de sentença. Precatório. Saldo remanescente. Juros de mora. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Juízo de retratação. Termo final da incidência dos juros de mora. Coisa julgada.
Ap 0007954-05.2010.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 277

Sindicato. Legitimidade para promover a defesa de direitos individuais homogêneos dos substituídos em juízo. Assistência judiciária gratuita.
Ap 0012900-18.2012.4.03.6000
Desembargador Federal Hélio Nogueira 279

Aposentadoria por tempo de contribuição. Atividade especial. Indeferimento da prova pericial. Cerceamento de defesa. Anulação da sentença.
Ap 0010035-21.2013.4.03.6183
Desembargador Federal Luiz Stefanini 285

Agravo interno. Negativa de seguimento ao recurso extraordinário. Artigo 543-B, § 3º do CPC/1973, Atual artigo 1.030, I c/c 1.040, I do CPC. Objeto restrito às questões que motivaram a negativa de seguimento. Correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação firmada pelo STF. Descabimento da manutenção do sobrestamento. Impossibilidade de rediscussão do acórdão paradigma. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Tema nº 69 de Repercussão Geral.
Ag RE ApCiv 5000431-22.2017.4.03.6114
Desembargador Federal Nery Júnior 291

Aposentadoria por idade rural. Repetição de demandas. Existência de coisa julgada material. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Períodos não abrangidos pela coisa julgada. Início de prova material. Prova testemunhal corrobora apenas parte do período pleiteado, insuficiente à concessão do benefício.
ApelRemNec 0002665-13.2018.4.03.9999
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 295

Ação ordinária em sede de cumprimento de sentença. Resolução PRES nº 142/2017 deste Tribunal. Digitalização dos autos físicos. Paralisação dos autos na falta de cumprimento da incumbência.
AI 5008391-04.2018.4.03.0000
Desembargador Federal André Nabarrete 302

Execução. Valor incontroverso. Prosseguimento. Previdenciário. Cumprimento de sentença. Tutela antecipada revogada. Devolução. REsp 1.401.560/MT. Proposta de revisão da tese. Suspensão dos processos.
AI 5027560-74.2018.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 310

DIREITO PROCESSUAL PENAL

"Habeas Corpus". Unificação de penas. Juízo da execução. Artigo 111 da LEP. Possibilidade. Regressão de regime. Não configuração. Impossibilidade de substituição por restritivas de direitos. Artigo 44 do CP.
HC 5000674-04.2019.4.03.0000
Desembargador Federal Paulo Fontes 315

"Habeas Corpus". Inquérito Policial. Requisição. MPF. Legitimidade passiva. TRF. Competência. Trancamento. Inquérito policial. Ação penal. Exame aprofundado de provas. Inadmissibilidade. Sentença trabalhista. Súmula vinculante nº 24 do STF. Admissibilidade. Sonegação fiscal. Crimes de falsidade material ou ideológica. Absorção. Potencialidade lesiva. Casuística.
HC 5001999-14.2019.4.03.0000
Desembargador Federal André Nekatschalow 319

DIREITO TRIBUTÁRIO

IPI. Industrialização modalidade renovação ou recondicionamento. Aparas de papel e papelão. Direito ao crédito. Possibilidade. Princípio da não cumulatividade. STF. RE 398.365/RS. Repercussão geral. Créditos escriturais. Prescrição quinquenal.
ApelRemNec 0011626-54.2005.4.03.6100
Juíza Federal Convocada Leila Paiva..... 333

Embargos à Execução Fiscal. Empresa pública. Natureza jurídica. Penhora. Bens afetados atividade fim (serviço público). Não comprovado.
ApelRemNec 0001559-50.2012.4.03.6111
Desembargadora Federal Marli Ferreira 358

Parcelamento de débito fiscal. Suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Efeitos imediatos mesmo antes da consolidação na esfera administrativa.
AI 5002978-78.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 364

Mandado de Segurança. Incidência do IPI na operação de revenda de produto importado. Legalidade da exação. Art. 543-C do CPC/73. EREsp nº 1.403.532/SC.
Ag ApCiv 5002062-76.2018.4.03.6110
Desembargadora Federal Diva Malerbi 367

Mandado de Segurança. Sistema "reintegra". Benefício fiscal. Decreto nº 9.393/2018. Redução do percentual de 2% para 0,1%. Majoração indireta de tributo. Princípios da irretroatividade, da anterioridade anual e nonagesimal: não observância. Revisão de entendimento pessoal anterior.
AI 5017401-72.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Johonson Di Salvo..... 372

Medida Cautelar Fiscal. Lei nº 8.397/1992, artigo 2º, incisos III, V, b, VII e IX. Possibilidade de ajuizamento em face de quem não constou do processo administrativo. Débitos alegados de mais setenta e três milhões de reais. Detalhado relatório de fiscalização. Indícios de prática de atos com intuito de frustrar a satisfação do crédito tributário e confusão patrimonial, por meio de atuação pessoal dos administradores. Constituição de sociedade voltada em tese à blindagem patrimonial. Ausência de violação ao sigilo bancário e fiscal. Indisponibilidade de ativos financeiros. Medida excepcional. Cabimento na hipótese dos autos.
AI 5022250-87.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Nelton dos Santos.....377

Alteração do regime de tributação pela Lei nº 13.670/2018. Princípio da irretroatividade da lei. Segurança jurídica. Impossibilidade de retratação.
AI 5029735-41.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Souza Ribeiro 400

Execução Fiscal. INFOJUD – DIMOB E DIMOF. Necessidade de esgotamento de diligências em busca de bens. Situação em que foi determinada penhora de três imóveis de propriedade dos executados. Indeferimento da medida.
AI 5000211-62.2019.4.03.0000
Desembargador Federal Cecília Marcondes.....403

Prescrição intercorrente. Ocorrência. Redirecionamento aos sócios. Ausência de citação válida no quinquênio posterior ao ajuizamento. Súmula 106/STJ. Inaplicabilidade.
AI 5001083-77.2019.4.03.0000
Desembargadora Federal Mônica Nobre 408

SENTENÇAS

Ação Penal. Lei nº 8.137/1990. Informação falsa em contrato social. Inscrição fraudulenta da empresa no SIMPLES. Supressão de pagamento de COFINS, IRPJ, CSSL e PIS.
0000632-59.2013.4.03.6108
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 419

Ação de Reintegração de Posse. Fazenda Esperança (Aquidauana/MS). Alegação de invasão do imóvel por indígenas.
0005471-63.2013.4.30.6000
Juiz Federal Renato Toniasso 442

Mandado de Segurança. Stock options. IRPF com alíquota de 27,5%. Abatimento do valor já pago a título de IRPF sobre ganho de capital (entre 15% e 22,5%) ou, pelo menos, o reconhecimento de tal crédito para fins de compensação administrativa ou via precatório.
5012609-45.2017.4.03.6100
Juiz Federal Tiago Bitencourt De David 449

Ação Penal Pública. Furto. Cabeamento de cobre. Agência da CEF. Incidente de insanidade mental. Dependente químico. Semi-imputabilidade. Absolvição imprópria. Aplicação de medida de segurança. Tratamento ambulatorial em Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas, ou em entidade congênere.
0000988-53.2018.4.03.6181
Juíza Federal Louise Vilela Leite Filgueiras Borer 456

Mandado de Segurança. CEF. Liberação de FGTS. Cardiopatia grave.
5006611-02.2018.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 466

Obrigação de fazer. Registro da empresa e de seu responsável. Atividade de representante comercial. Conselho Regional. Desconsideração da personalidade jurídica da empresa.
5008700-24.2019.4.03.6100
Juíza Federal Denise Aparecida Avelar 469

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 475

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 479



Artigos Doutrinários

Revista do TRF3 - Ano XXX - n. 141 - Abr./Jun. 2019

Políticas públicas para mulheres: pela obtenção de igualdade plena de mulheres e homens



Celeste Leite dos Santos

Promotora de Justiça. Coordenadora Geral dos Grupos de Estudos do MPSP. Doutora pela USP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Autora do Projeto de Lei 4.828/2016 e Projeto de Lei do Estado de São Paulo 130/2016 que visa estabelecer o Pacto Federativo de Igualdade Plena de Homens e Mulheres.

SUMÁRIO. 1 Por um pacto federativo de igualdade plena de mulheres e homens. 2 Formas de discriminação sexista. 2.1 Discriminação sexista direta e indireta. 2.2 Discriminação coletiva e individual. 2.3 Discriminação normativa e social. 2.4 Discriminação aberta e oculta. 2.5 Discriminação sexista e liberdade de expressão. 2.6 Discriminação múltipla. 3 Instrumentos de fomento a igualdade plena de homens e mulheres. 3.1 Ações afirmativas. 3.2 Instrumentos de participação equilibrada. 3.3 Medidas de igualdade de oportunidades. 3.3.1 Direitos de conciliação da vida profissional, familiar e pessoal. Conclusão. Referências.

1. Por um pacto federativo de igualdade plena de homens e mulheres

A tutela da igualdade substancial perpassa pelo abandono da igualdade revolucionária que se concretizou na denominada igualdade de todos *perante a lei*, a fim de que seja atingido o ideal da igualdade de todos *na lei*[1] e, por conseguinte, a proibição da discriminação (direta ou indireta).

No ideal iluminista, a mulher era totalmente excluída do âmbito público em razão do dominação da mulher pelo homem no âmbito privado,[2] cabendo a este, por exemplo, decidir no caso de divergência sobre os cuidados dos filhos, reminiscência que perdurou até a promulgação da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, que estabeleceram de forma expressa a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Em 1948, a Declaração de Direitos Humanos proclamou que todos os seres humanos nascem livres e iguais.

Em 1966, se estabeleceu, no Pacto de Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, de forma expressa, o *princípio da não discriminação*.

Deste princípio decorrem os princípios da dignidade da pessoa humana e a prevalência da igualdade material sobre a igualdade formal, com supressão de todas as formas de tratamentos sociais pejorativos, preconceituosos (proibição da discriminação indireta).

Em 1979, surge a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, tendo sido omissa no tocante à questão da violência de gênero.

A evolução do pensamento feminista pode ser dividida em quatro ondas: (i) primeira onda – incorporação nos ordenamentos jurídicos de normas sobre a igualdade de sexos; (ii) segunda onda – equidade de gênero ou movimento de liberação da mulher; (iii) terceira onda – reconhecimento da diversidade ou aspectos múltiplos da feminidade; (iv) abandono de modelo androcêntrico para adoção de modelo integrador de homens e mulheres.

A primeira onda do movimento feminista é pautada pelo desenvolvimento do princípio da igualdade de sexos, exteriorizando-se pelo desenvolvimento dos programas sociais e o ativismo judicial.

A crítica que se faz a esse movimento são as dificuldades encontradas em razão da aplicação do princípio da paridade de sexos sem análise da questão de gênero, abrindo-se espaço para a ocorrência de discriminação indireta, na qual o princípio da igualdade passa a ser aplicado por comparação. Sobrevindo questionamento sobre determinados direitos trabalhistas não extensíveis ao homem (*v.g.* a ausência de serviço militar obrigatório), entre outros exemplos.

A segunda onda do movimento feminista propugna a equidade de gênero e surge no pós-guerra com o denominado *baby boom*. A transversalidade da questão de gênero encontra fonte de inspiração na obra *O segundo sexo* (1949), de Simone de Bevouir. Propugna-se que a mulher não é um produto natural, razão pela qual "não se nasce mulher, se chega a sê-lo".

---

1 ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441. Acesso em: 01 jan. 2016.
A esse respeito, vale mencionar que a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) principia afirmando: "consideramos verdades evidentes em si mesmas que todos os *homens* tenham sido criados iguais" (destacamos). Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) afirma em seu artigo 1º: "os *homens* nascem e permanecem livres e iguais em direitos". Em ambos os documentos igualdade era entendida como direito fundamental e se opunha ao ideal do antigo regime no qual cada indivíduo pertencia a um estamento com estatutos próprios.

2 No século XIX, nenhuma Constituição previa o direito ao voto feminino e sua presença era proibida em determinados recintos, como por exemplo, os Tribunais. Em alguns países, era legalizado o castigo moderado à esposa com o objetivo de reeducá-la (*modice castigandi uxorem*).

A existência de diferenças fisiológicas não é justificativa para a hierarquização entre o masculino e feminino, pois esta é uma construção social que expulsa a mulher do mundo do conhecimento, político e cultural, razão pela qual a mulher não pode opor ao universo masculino um contra universo feminino.



Betty Friedman (1963) destaca a mística da feminidade e critica a política da exaltação da dona de casa ocorrida na época como reação ao movimento de liberação da mulher em curso. Este movimento parte da constatação de que não adianta ter direitos se estes não removem a desigualdade real, surgindo estratégias de antissubordinação e empoderamento ou necessidade de reconhecimento.

A terceira onda do movimento feminista surge na década de 90 e parte da constatação da existência de múltiplos fatores de feminidade, sendo estes variáveis de acordo com a condição social, raça, religião e orientação sexual. Por este movimento questiona-se a existência de papéis sexuais naturais, bem como surgem tendências setoriais como o *ecofeminismo* e o *ciberfeminismo*.

A quarta onda do movimento feminista busca o abandono do modelo androcêntrico vigente para modelo integrador de mulheres e homens, obtendo-se não apenas a igualdade de tratamento, mas também a igualdade de oportunidades.

Os assim denominados movimentos feministas nada mais são do que o exercício de poder social que visa à concretização de direitos fundamentais com vistas à obtenção da igualdade plena de mulheres e homens. Sua mobilização projeta seus efeitos na ordem jurídica o que nos leva à inegável conclusão de que o grande desafio da sociedade brasileira contemporânea é obter a concretização de direitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal.

Para tanto, necessária se faz uma releitura sistêmica de seus postulados a fim de assegurar a *igualdade de tratamento de mulheres e homens*, bem como a *igualdade de oportunidades* ou *democracia paritária*.

No primeiro caso, basta regramento antidiscriminatório (ausência de toda discriminação, direta ou indireta, em razão do sexo, e especialmente derivadas da maternidade, assunção de obrigações familiares e estado civil[3]), uma vez que esta se dá pelo estabelecimento do modelo comparativo pelo qual as mulheres são obrigadas a seguirem padrões masculinos para poderem exercitar seus direitos (*v.g.*, renunciado a maternidade para poderem progredir em sua carreira profissional, questões relacionadas à violência de gênero, saúde reprodutiva, etc.).

Mutatis mutandis, a efetivação da igualdade de oportunidades implica em inegáveis modificações na forma como está estruturado o sistema jurídico com sucessiva implementação direitos subjetivos e adoção de ações afirmativas, medidas de participação equilibrada em todos os âmbitos de tomada de decisões (*v.g.* representação política), bem como outras medidas de caráter permanente

3 Cf. artigo 3º da Lei Orgânica Espanhola de Igualdade Plena de Homens e Mulheres de março de 2007.

atinentes à igualdade de oportunidades. Portanto, enquanto a igualdade de tratamento está diretamente ligada à igualdade, a igualdade de oportunidades constitui expressão da liberdade.[4]

Nesse sentido, o movimento feminista pode ser entendido como poder social, espontâneo, não institucionalizado e difuso que impulsiona o poder político estatal para a concretização das reivindicações neles consubstanciadas.

A necessidade de promulgação de leis de igualdade de caráter transversal se justifica em razão do caráter parcial das leis tendentes à equidade de gênero, como por exemplo, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), leis trabalhistas e de educação (Lei nº 13.185/2015), tipos penais inerentes à tutela da dignidade e liberdade sexual, como por exemplo, a criação de figura intermediária entre estupro e a antiga contravenção da importunação ofensiva ao pudor — que propusemos —, a qual culminou com a criação do delito de importunação sexual, dentre outros delitos (Lei nº 13.718/2018).

A concentração de todos os aspectos envolvendo a questão da igualdade plena de mulheres e homens em legislação específica (Projeto de Lei nº 4.828/2016 e Projeto de Lei Estadual/SP nº 130/2016) implica na adoção de constelação de direitos com *nomen iuris* próprio e possui o condão de potencializar a consecução de seus objetivos (igualdade substantiva e adoção da perspectiva de gênero), de sorte que, abandonando-se o modelo comparativo da dimensão de gênero, buscar-se-á o reconhecimento de direitos que permitam às pessoas decidirem mais livremente sobre as suas vidas, apartando-se de estereótipos de gênero.

Para tanto, surgem categorias jurídicas para além da proibição da discriminação, como ações positivas, instrumentos de participação equilibrada em todos os âmbitos de tomada de decisões (inclusão dos atores sociais para a efetividade dos instrumentos criadores de direitos) e instrumentos de igualdade de oportunidades.

A adoção da perspectiva de gênero como critério hermenêutico encontra respaldo em inúmeros convênios internacionais e na própria Constituição Federal. De outra parte, o reconhecimento formal desses direitos constitui inegável conteúdo adicional na tutela da obtenção da igualdade plena de mulheres e homens, bem como acesso efetivo à justiça nos casos concretos que se apresentem, sendo forma de concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, assim como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Da legislação estrangeira pode-se citar como exemplo a Lei Orgânica nº 03/2007 de Igualdade Efetiva entre Homens e Mulheres (LOIEMH) aprovada pelo Parlamento Espanhol, em 22 de março de 2007, transpondo para o seu ordenamento jurídico a Diretiva nº 2006/54/CE. O artigo 1.1. da Lei Orgânica reconhece como direito subjetivo a dimensão da igualdade ao estabelecer:

> [...] esta Lei tem por objeto tornar efetivo o direito à igualdade de tratamento e de oportunidades entre mulheres e homens, em particular pela eliminação de qualquer forma de discriminação da mulher, seja qual for sua circunstância ou condição, em qualquer âmbito de sua vida e, especialmente, nas esferas civil, trabalhista, econômica, social e cultural para o desenvolvimento dos artigos 14 e 9.2 da Constituição, alcançar uma sociedade mais democrática, mais justa e mais solidária.

4 MARTÍNEZ, Fernando Rey. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Mac Graw Hill, 1995, p. 65 e nota 3.

A normativa parte da superação da igualdade apenas como princípio ou proibição, ressaltando o seu caráter de direito subjetivo.

Principia-se da constatação de que a tutela da igualdade não pode ser reduzida a mero cumprimento do postulado da igualdade de tratamento, pois esta já decorre do texto constitucional e limita a questão a análise da eventual violação à norma da proibição da discriminação.

Já a questão da igualdade de oportunidades demanda regramento legislativo e o reconhecimento da *força expansiva da tutela da igualdade dos sexos*. A *força expansiva da tutela da igualdade dos sexos* pressupõe a progressividade legislativa e a adoção da perspectiva de gênero como critério de integração das normas jurídicas.

Assim, o direito à igualdade abarca a as seguintes dimensões: (i) ações afirmativas; (ii) medidas de igualdade de oportunidades; (iii) medidas de participação equilibrada.

O princípio da igualdade dos sexos possui função integradora nos casos de lacuna axiológica, ou seja, existe a norma jurídica, porém sua aplicação, desconsiderando a igualdade, conduz a injustiças. Como há regra jurídica específica, a lacuna axiológica é de difícil identificação e seus efeitos podem ser evitados por intermédio da intervenção judicial. Como exemplos de lacunas axiológicas pode-se mencionar o direito à conciliação de todos os âmbitos da vida (*v.g.*, acidente de trabalho *in itinere* – o fato danoso ocorre tendo havido desvio do trajeto para buscar o filho na escola); a violência de gênero praticada contra meninos de tenra idade em contexto familiar que afasta a aplicação do regramento específico da Lei Maria da Penha (*v.g.*, pai que abusa sexualmente de seu filho); extensão da licença maternidade nos casos de adoção (Lei nº 10.421/2002) a adotantes solteiros, homossexuais;[5] extensão

5 "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. LICENÇA AO ADOTANTE. CARÁTER DISCRIMINATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO RECONHECIDO.
- Cinge-se a controvérsia ao reconhecimento do direito ao impetrante, servidor público federal, ao gozo do benefício licença adoção, previsto no artigo 210 da Lei nº 8.112/90, observada a prorrogação estabelecida no artigo 2º, § 3º, II, do Decreto nº 6.690/2008, uma vez que, comprovadamente, vive em união estável homoafetiva e obteve, junto com o companheiro, guarda de menor em caráter provisório.
- O pretório Excelso, ao proceder à análise do artigo 1723 do Código Civil ('Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família'), nos autos da ADI 4277/DF, DJE 198. Divulg 13-10-2011 public 14-10-2011, deixou assentado que 'ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do artigo 1723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causal qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva'.
- Assim, diante da ausência de previsão legal de licença ao adotante do sexo masculino nos moldes da licença à adotante (mulher), a sua negativa implicaria em tratamento discriminatório, que deve ser evitado, possibilitando, ainda, às crianças os mesmos cuidados dispensados por casais heterossexuais.
- A propósito, leia-se o artigo 210 da Lei nº 8.112/90, que só prevê o benefício 'à servidora': "Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. (vide Decreto nº 6.691, de 2008) Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias".
- Ademais, diante do contexto probatório, notadamente a escritura declaratória de sociedade convencional, declaração do companheiro e adotante de que não pleitearia gozo de licença junto ao órgão em que trabalha, termo de guarda provisória da menor, nascida em 02/08/2011, declaração de que o impetrante é servidor da fundação Oswaldo Cruz, órgão vinculado ao ministério da saúde, tendo sido concedida licença paternidade de 5 dias consecutivos, conforme o artigo 208 da Lei nº 8.112/90, no sentido de que não seria possível atender a equiparação de dias concedidos a servidora adotante por não haver orientação legal, vê-se que os elementos coligidos se mostram suficientes para manter a concessão parcial da ordem.
- Verifica-se, portanto, que faz jus o impetrante à concessão da licença ao adotante, da mesma forma que prevista a licença à adotante (do sexo feminino).
- Como, na espécie, a menor já teria completado um ano de idade quando do decurso do prazo de 90 dias da licença ao adotante, a prorrogação da licença deve observar, conforme decidiu o magistrado *a quo*, o disposto no artigo 2º, § 3º, II, b, do Decreto nº 6.690/2008, que, ao instituir o programa de prorrogação da licença à gestante e à adotante, estabeleceu os critérios de adesão ao programa e preceituou para as servidoras públicas, em gozo do benefício de que trata o art.

da licença maternidade aos pais viúvos[6] ou em quaisquer casos que esta não pode ser exercida por um dos consortes.[7]

Portanto, partindo-se da análise de gênero, o importante não é a quem se dirigem as leis de igualdade, senão o objetivo de erradicação dos prejuízos de gênero e seus respectivos efeitos.

Desse modo, deve sempre se ter em conta a bilateralidade em matéria legislativa em questões de gênero, evitando-se designações sexistas, ainda que se reconheça que a regra jurídica vise corrigir desigualdades socioculturais tradicionalmente impostas às mulheres.

Nessa perspectiva, a igualdade de oportunidades depende de intermediação do Poder Legislativo, como por exemplo, o estabelecimento de premiações às empresas que possuam políticas voltadas ao emprego feminino e sua melhoria ou estabelecimento de direito à conciliação de todos os âmbitos da vida (profissional, familiar e pessoal) oponível ao empregador público e privado.

2. Formas de discriminação sexista

A proibição da discriminação sexista é uma decorrência do princípio da igualdade de tratamento.

A discriminação sistêmica, institucional ou difusa nas relações jurídicas é aquela não detectável de acordo com a isonomia formal, mas pela qual as mulheres vivenciam situação de menor liberdade que os homens.

Nesta modalidade, o direito ao trabalho assume sua expressão máxima. No âmbito profissional, pode-se mencionar a questão atinente à *segregação vertical* (mais evidente na iniciativa privada), traduzida pela dificuldade de obtenção de emprego, e à *segregação horizontal*, presente no setor público e privado, em razão da qual a mulher encontra dificuldade em ocupar cargos de chefia e liderança nas empresas ou instituições a que esteja vinculada.

Nesse ponto, importa destacar que a transversalidade constitui:

> [...] processo que permite garantir a incorporação da perspectiva de gênero com o objetivo de valorar as implicações que tem para as mulheres e homens qualquer ação que se programe, tratando-se de legislação, políticas públicas, atividades administrativas, econômicas e culturais em instituições públicas e privadas (cf. art. 5º, X, do Projeto de Lei nº 4.828/2016).

Desse modo, o grande desafio dos movimentos feministas é esclarecer que a equidade de gênero interessa a homens e mulheres na luta contra a pobreza, contra a violência e contra a discriminação.

A questão da legitimidade dos movimentos feministas advém da adesão de mulheres e homens na busca de uma sociedade livre, justa e solidária. Isso implica, irremediavelmente, no reconhecimento da necessidade de adoção de métodos de "desmasculinização" do Direito, sendo necessário, no âmbito federativo, a promulgação de lei que concite todos os cidadãos a aderirem a verdadeiro pacto federativo pela igualdade plena de mulheres e homens, promovendo-se o efetivo envolvimento de todos os entes da federação

---

210 da Lei nº 8.112, de 1990.
- Desta forma, mantém-se inalterada a sentença que concedeu parcialmente a segurança, consolidando a liminar deferida anteriormente, para determinar a concessão da licença ao adotante, em razão da guarda judicial obtida, por 90 (noventa) dias, nos termos do artigo 210 da Lei nº 8.112/90, prorrogável por 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 2º, § 3º, II, b, do Decreto nº 6.690/2008.
- Adoção, ainda, do parecer ministerial como razões de decidir.
- Recurso e remessa desprovidos.
(TRF 2ª Região, Oitava Turma Especializada, Ap-RN 0009306-04.2012.4.02.5101, Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima, j. 03.07.2013, DJe 09.07.2013)

6 Cf. decisão integradora da Juíza Federal Ivani Luz que estendeu a licença maternidade ao servidor público viúvo. (MS 6965-91.2012.4.01.3400, 6ª Vara Federal, Brasília/DF, j. 25.05.2012)

7 Parte-se do reconhecimento de que a interpretação sexista da legislação referente a matéria viola o princípio da igualdade.

na luta contra a discriminação e desequiparação de gênero não mais justificável em nossa sociedade em pleno século XXI.

2.1 Discriminação sexista direta e indireta

A *discriminação sexista direta* se faz presente quando há violação ao princípio da igualdade de tratamento, considerado este pela análise comparativa da eventual modificação das consequências jurídicas advindas pela troca hipotética desta pessoa por pessoa de outro gênero (*where one person is treated less favourably on grouns of sex than another is, has been or would be treated in a comparable situation).*

Nesta hipótese, o agressor parte de elemento que impede a consideração do sexo da vítima e que é característica essencial dentro da construção cultural e social do gênero.

Pode ser realizada por ação ou omissão, configurando-se por meio de tratamento diferenciado fundamentado na suposta inferioridade natural das mulheres (por exemplo: catalogação dos papéis de cuidado como feminino nas represálias ao exercício do direito de conciliação).[8]

Os requisitos da discriminação sexista direta são: (i) uma pessoa (homem ou mulher); (ii) tratamento desfavorável; (iii) juízo comparativo (flexível); (iv) elemento causal (em atenção ao seu sexo).

Ana Moreno Márquez esclarece que a situação é real, porém o juízo comparativo é hipotético.[9]

Se realizado o juízo comparativo, houver conclusão diversa (modificação das circunstâncias objetivas apresentadas), conclui-se pela ocorrência da discriminação sexista direta.[10] Historicamente, pode-se apontar, como exemplo clássico de discriminação sexista direta, a consideração do estado civil da mulher casada.

A discriminação sexista indireta é *a situação em que uma disposição, critério, ou prática aparentemente neutra põe as pessoas de um sexo em desvantagem particular com respeito a pessoas de outro, salvo que dita disposição, critério ou prática possam justificar-se objetivamente em atenção a uma finalidade legítima e que os meios para alcançar dita finalidade sejam necessários e adequados.*[11]

2.2 Discriminação coletiva e individual

A discriminação direta pode ser efetuada em âmbito individual e coletivo. Já a indireta se situa no prisma coletivo. A diferença da discriminação coletiva nas modalidades direta e indireta é que, na direta, esta é traço essencial na construção do gênero e, na indireta, tem-se características que geram coletivos masculinos e femininos não essenciais na construção do gênero, podendo ser comprovadas através de análise estatística (*v.g.*, número de mulheres ocupando cargos de chefia e liderança em empresas privadas e entidades públicas) ou qualitativa.

2.3 Discriminação normativa e social.

As discriminações normativas possuem sua origem na norma jurídica. Por exemplo, a utilização de conceitos como "mulher honesta" largamente utilizado na legislação pretérita.

As discriminações sociais estão originadas em um ato social. Por exemplo, considerar a mulher culpada pelo fato de ter sido estu-

8 Nesta hipótese podem ser vítimas da discriminação sexista direta homens e mulheres pela indevida feminização dos papéis de cuidado, hipótese em que o homem vivencia o efeito "ovelha negra", pois não desempenha o papel que seria esperado para o seu sexo.

9 MÁRQUEZ, Ana Moreno.La discriminación directa e indirecta en la ley orgánica para igualdad efectiva de mujeres y hombres. *In: Comentarios laborales de la ley de Igualdad de Mujeres y Hombres.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 98 e 100.

10 Nesse sentido, *vide* art. 2.1. a) da Diretiva nº 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que conceitua: "a situação em que se encontra uma pessoa que seja, tenha sido ou possa ser tratada, em atenção ao seu sexo, de maneira menos favorável que outra pessoa em situação comparável".

11 Diretiva nº 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e artigo 6, apartado 2, da LOIEMH.

prada por não obedecer a convenções sociais atinentes a sua vestimenta.

2.4 Discriminação aberta e oculta.

Enquanto na discriminação sexista direta a motivação pode ser transparente ou oculta; na discriminação sexista indireta esta sempre será oculta.

2.5 Discriminação sexista e liberdade de expressão

Conquanto a não discriminação sexista e a liberdade de expressão constituam direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, o segundo não é ilimitado, como nos denominados *speech acts* (declaração pública de negativa de acesso de mulheres a cargos em concurso público em razão desta mensalmente não se apresentar em seu juízo perfeito; apologia da discriminação contra a mulher por quaisquer meios de comunicação; declaração de empresa de não contratar mulheres em idade fértil).

A eliminação da linguagem sexista constitui importante fator de prevenção do exercício abusivo da liberdade de expressão que, na realidade, constitui fato ilícito, passível inclusive de responsabilização no âmbito civil, administrativo (caso seja praticado por agente público), sem prejuízo de eventual responsabilização criminal (injúria, difamação, etc.).

2.6 Discriminação múltipla

Parte da insuficiência das teorias tradicionais sobre a discriminação sexista e racial para explicar adequadamente a interação entre sexo, gênero e raça refere-se à facilidade com que causas discriminatórias são agregadas ao gênero (mulher), tal como raça (negra, indígena, asiática), nacionalidade, idade, religião, orientação sexual, etc.

Entender esse processo constitui um avanço no estudo do princípio da igualdade de tratamento, pois desloca o exame comparativo para a análise do prejuízo causado ao grupo discriminado.

A esse respeito, elucidativos os ensinamentos de Colleen Sheppard[12]:

> Conquanto a discriminação múltipla sempre tenha existido, nem sempre esta foi reconhecida no ordenamento jurídico. As mulheres afro-americanas foram as pioneiras em apontar o que as leis antidiscriminação não conseguiram captar nas realidades vivenciadas de desigualdades ligadas a gênero, raça e etnia, dando origem a movimentos raciais e sexuais dos direitos de igualdade. O conceito de discriminação múltipla surgiu, pela primeira vez, para descrever a interação complexa das desigualdades raciais e de gênero. Atualmente, o conceito foi expandido para abarcar pessoas com deficiência, povos indígenas, membros de minorias religiosas, membros da comunidade LGBT, idosos e jovens, etc. Por conseguinte, diversas formas de discriminação múltipla vem obtendo amplo reconhecimento (por exemplo, deficiência e idade, religião e idade, raça e deficiência, origem étnica, religião e orientação sexual), sendo que a vulnerabilidade econômica e a classe social também têm impacto sobre o caráter complexo e multidimensional da discriminação.

3. Instrumentos de fomento à igualdade plena de mulheres e homens

3.1 Ações afirmativas

As ações afirmativas são o conjunto de medidas e ações de caráter temporário encaminhadas a acelerar a igualdade de fato entre mulheres e homens. Possuem sua origem no processo de construção do direito a não discriminação nos Estados Unidos da América.

12 SHEPPARD, Colleen. *Multiple discrimination in the world of work*. Set. 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_170015.pdf. Acesso em: 20 jan. 2016.

A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) aduz que não se considera discriminação a adoção de medidas destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres.

O Tratado de Amsterdã, assinado em 1997, no artigo 141.4. prevê:

> [...] com objetivo de garantir a prática da plena igualdade de homens e mulheres na vida profissional, o princípio da igualdade de tratamento não impedirá a nenhum Estado membro manter ou adotar medidas que ofereçam vantagens concretas destinadas a facilitar ao sexo menos representado o exercício de atividades profissionais ou a evitar compensar eventuais desvantagens em suas carreiras profissionais (tendo sido o conceito recebido pela Diretiva nº 2002/73/CE).

As ações afirmativas, enquanto instrumentos que visam dar concretude ao princípio constitucional da igualdade, possuem caráter coletivo em sua aplicação, sendo estabelecidas em favor do sexo excluído (geralmente mulheres integrantes de coletivos de especial vulnerabilidade).

A crítica, todavia, refere-se ao fato de que tais ações não geram benefício direto às vítimas da discriminação, nem prejuízo aos autores.

Além disso, sua aplicação prática demanda cautelas sob pena de estabelecimento de discriminação inversa (*reverse discrimination*), cujo resultado traria mais prejuízos do que benefícios.

Portanto, aconselhável que estas sejam voltadas para o futuro (*foward-looking*), abstendo-se do estabelecimento de meras compensações por discriminações ocorridas no passado (*back-looking*).

3.2 Instrumentos de participação equilibrada

A adoção de medidas de participação equilibrada tem por objetivo o empoderamento de mulheres, constituindo a ideia central da plataforma de ação da Declaração de Pequim (parágrafo 181).

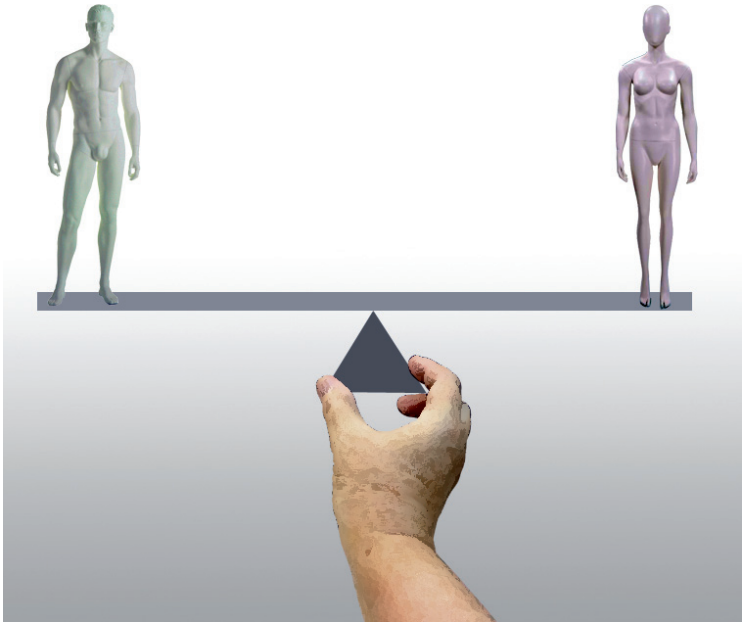
O artigo 1º da citada Lei Orgânica Espanhola nº 03/2007 (LOIEMH) estabelece que:

> [...] para os efeitos desta lei, se entenderá por participação equilibrada a presença de mulheres e homens de forma que, no conjunto a que se refira, as pessoas de cada sexo não superem 60%, nem seja inferior a 40%.

No Brasil, considerando que somos mais de 50% da população questiona-se sobre o estabelecimento da regra 50%/50%.

As medidas de participação equilibrada possuem âmbito de aplicação restrito a cargos ou funções de poder ou de tomada de decisões visando conferir legitimidade àqueles que o exercem, uma vez que democracia é o governo do povo, de sorte que não é razoável que apenas uma parcela deste tenha acesso ao poder.

Nessa perspectiva, as vulgarmente de-



nominadas "cotas eleitorais" não são ações afirmativas e muito menos "cotas". Trata-se de instrumento ou medida de participação equilibrada na tutela da igualdade substancial, entendida esta como elemento definidor da cidadania e que serve de supedâneo à democracia paritária.

3.3 Medidas de igualdade de oportunidades

Em sentido restrito correspondem àquelas que, dirigidas a um ou a ambos os sexos, pretendem eliminar as diferenças entre homens e mulheres através da eliminação permanente dos prejuízos de gênero causadores dessa diferença.

Sua aplicação não se insere no âmbito da igualdade de tratamento, mas nas diferenças de estado, pois eliminadas estas, aquelas desaparecerão.

Em outras palavras, atuam sobre as causas das desigualdades a fim de que eliminadas estas, desapareçam seus efeitos.

As medidas de igualdade de oportunidades não pretendem a equiparação dentro de um modelo androcêntrico, mas a mudança de modelo, adotando-se modelo integrador em que inexistam prejuízos de gênero de nenhum sexo.

Possuem caráter permanente, polimórfico e se relacionam ao moderno conceito de igualdade vinculado ao princípio de transversalidade, pelo qual se busca integrar a dimensão de gênero na totalidade das relações jurídicas, visando eliminar prejuízos de gêneros advindos desta inter-relação.

Seu caráter polimórfico demanda sua análise em conexão com outros conceitos de política de igualdade, tais como, empoderamento das mulheres, discriminação por ausência de diferenciação, individualização de direitos, combate à violência de gênero.

Deve incidir no âmbito da igualdade de oportunidades (*v.g.*, uso pessoal do tempo[13] – visa que homens e mulheres empreguem seu tempo sem condicionantes de gênero), tendo sido superado o período histórico em que este estava situado apenas no nível da igualdade de tratamento (*v.g.*, direito ao voto, acesso a educação, igualdade de direitos dentro do casamento).

O empoderamento do uso do tempo das mulheres e dos homens pressupõe o reconhecimento dos direitos de conciliação, tendo por pedra de toque a corresponsabilidade.

A discriminação por ausência de diferenciação consiste em atribuir o mesmo tratamento a homens e mulheres sem levar em consideração a diversidade sexual.

3.3.1 Direitos de conciliação da vida profissional, familiar e pessoal

Trata-se de concepção moderna surgida do abandono dos papéis tradicionalmente desempenhados pelo homem e pela mulher em nossa sociedade. Com a assunção pelas mulheres de novos papéis, estas passaram a ter a difícil missão de deixarem de atender a necessidades familiares, abandonarem suas carreiras profissionais ou desempenharem dupla jornada de trabalho.

Com a evolução da sociedade, surge a necessidade do estabelecimento de direitos de conciliação, de titularidade bilateral e em regime de corresponsabilidade.

A jurisprudência pátria começa a reconhecer estes direitos, como nos casos de extensão da fruição da licença maternidade pelo solteiro, casal homossexual, viúvo, ou em hipóteses em que a mulher não possa exercê-la, surgindo a necessidade do enfrentamento legislativo da matéria, com a individualização e garantia de exercício desses direitos, sob pena de se perpetuar a assunção pela mulher das responsabilidades familiares.

Recentemente, a universalização da guarda compartilhada constitui importante expressão do exercício do direito de concilia-

13 Exemplos de empoderamento do tempo: trabalho a distância, políticas públicas de tempo na cidade, trabalho parcial, etc.

ção, pois atribui o dever de ambos os genitores participarem dos cuidados diários com os filhos e, reflexamente, a derrubada de padrões familiares estereotipados. Outros exemplos de direito de conciliação reconhecidos pela legislação estrangeira são o direito de adaptação da distribuição e tempo de duração da jornada de trabalho, mudança, técnicas de preparação para o parto, permissão de amamentação até nove meses de idade, redução da jornada de trabalho em razão da assunção de guarda de menor até doze anos ou interdito, etc. A Suécia integrou os direitos de conciliação do pai e da mãe em uma única licença de 480 dias no caso de nascimento de filho, sendo sessenta dias intransferíveis. Modelo semelhante foi utilizado na Noruega e Islândia, em períodos de seis semanas e três meses.

A introdução de direitos masculinos de conciliação ajuda a reduzir estereótipos (como o de que as mulheres não serão boas trabalhadoras se forem mães e de que os pais não são cuidadores, presumindo-se a falsidade do gozo por estes de licenças para cuidados com a família).

Os direitos de conciliação em regime de corresponsabilidade se baseiam no direito fundamental à igualdade e à vida familiar, de sorte que as decisões familiares serão adotadas com liberdade real e sem submissão a condicionantes de gênero, fomentando-se a auto-organização e respeito à diversidade das famílias.

Os princípios estruturantes do direito de conciliação são: a individualização, a continuidade da carreira profissional, o fomento à auto-organização, a diversidade familiar.

A individualização permite a distribuição equilibrada de direitos entre mulheres e homens, extirpando-se do ordenamento jurídico direitos de titularidade exclusivamente feminina, podendo ser adotadas ações afirmativas em prol do exercício masculino de direitos de conciliação, como o estabelecimento de período mínimo de fruição de determinados direitos estabelecidos para proteção da família por um dos consortes.

A continuidade da carreira profissional permite a integração ou reintegração dos trabalhadores em seus postos de trabalho.

Pela auto-organização, o exercício do direito de conciliação passa a ser faculdade atribuída a seus titulares.

Pelo respeito à diversidade das famílias pouco importará sua natureza (casamento heterossexual, união estável, monoparental ou homossexual).

Os direitos de conciliação, embora comumente vinculados à vida familiar, se encontram em contínua expansão, a fim de que abarquem outros aspectos, como a vida pessoal.

Conclusão

O conhecimento da realidade é o primeiro passo para integrar a dimensão de gênero em nossa sociedade, podendo apontar os dados estatísticos como importante passo a ser dado para o seu efetivo entendimento.

Com esta preocupação, a Declaração de Pequim estabelece a necessidade de elaborar e divulgar dados estatísticos desagregados por gênero para fins de planejamento e avaliação (objetivo estratégico H.3). Trata-se de integrar a perspectiva de gênero em toda a atividade desenvolvida pelos poderes públicos.

O planejamento de políticas públicas constitui importante instrumento da transversalidade a fim de que haja efetiva integração da perspectiva de gênero na totalidade das atividades do poder público.

Dentre os instrumentos de fomento à igualdade, podem ser mencionadas as subvenções públicas, a publicidade institucional, os certificados de igualdade em matéria empresarial, a criação de Conselhos de Igualdade Efetiva entre Homens e Mulheres.

Podem ainda ser estabelecidas as seguintes medidas em exercício de poder de polícia: perda ou suspensão de subvenção a empresas que não cumprem a legislação pertinente de igualdade.

Referências

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS, 2004.

BEDIA, Rosa Cobo. Democracia paritária y sujeito político feminista. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* Universidade de Granada, n. 36, 2002, p. 29-44. Disponível em: <http:www.ugr.es>. Acesso em: 20 jan. 2016.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1958.

IGLESIAS, Francisco. Revisão de Raimundo Faoro. *In*: *Cadernos do Departamento de Ciências Políticas*, n. 3, 1976.

MÁRQUEZ, Ana Moreno Márquez .La discriminación directa e indirecta en la ley orgánica para igualdad efectiva de mujeres y hombres. *In: Comentarios laborales de la ley de Igualdad de Mujeres y Hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Mac Graw Hill, 1995.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos estudos jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441. Acesso em: 01 jan. 2016.

SANTOS, Celeste Leite dos Santos. A tutela da dignidade e liberdade sexual como mínimo vital inerente à dignidade humana. *In: Declaração Universal dos Direitos Humanos – 70 Anos Depois*. Porto: Juruá, 2018.

_____ (Coord.). Mulheres: sua história no MPSP. São Paulo: APMP, 2016.

SHEPPARD, Colleen SHEPPARD. *Multiple discrimination in the world of work*. Set. 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--/---declaration/documents/publication/wcms_170015.pdf. Acesso em: 20 jan. 2016.

UGUINA, Jesús Ramon Mercader (Coord.). *Comentarios laborales de la Ley de Igualdade entre Mujeres y Hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

Revista do TRF3 - Ano XXX - n. 141 - Abr./Jun. 2019

O “frete de uniformização de preços de álcool” não é isenção fiscal





Leonardo de Medeiros Fernandes e Rodrigo Tomiello Silva
Advogados da Petrobras Distribuidora S.A.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. Não-cumulatividade. FUPA. Isenção Fiscal. Benefício Financeiro. Distinção. Jurisprudência do STF. *Distinguishing*.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. 2. Isenções tributárias. 3. Isenções heterônomas. 4. Não-incidência. Conclusão. Referências.

Introdução

A jurisprudência no eg. Supremo Tribunal Federal (STF) é firme no sentido de que a redução da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) corresponde à isenção parcial, permitindo o estorno do crédito tributário proporcional às operações realizadas.

Nesse sentido:

> TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Art. 41, inc. IV, da Lei estadual nº 6.374/89, e art. 32, inc. II, do Convênio ICMS nº 66/88. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, inc. II, letra "b", da CF. Voto vencido. São constitucionais o art. 41, inc. IV, da Lei nº 6.374/89, do Estado de São Paulo, e o art. 32, incs. I e II, do Convênio ICMS nº 66/88.
> (STF, Pleno, RE 174.478/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Cezar Peluso, j. 17/03/2005, DJ 30/09/2005)

As Fazendas Públicas Estaduais defendem a tese de que o subsídio ao álcool combustível, denominado "frete de uniformização de preços de álcool" (FUPA), seria uma espécie de *isenção parcial* porque reduziu a base de cálculo do ICMS. O STF acolheu essa tese em recente julgamento (RE-AgR 929.515).

Sucede que, na hipótese, é necessário invocar a técnica hermenêutica do *distinguishing* para demonstrar serem inaplicáveis os precedentes jurisprudenciais que embasaram esse julgado.

Com efeito, há precedentes do próprio eg. STF[1] no sentido de que o benefício fiscal de redução da base de cálculo do tributo equivale à sua *isenção parcial* e, por isso, possível o estorno proporcional do crédito do ICMS, não havendo falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade. O caso do RE-AgR 929.515, entretanto, não se enquadra nesses julgados.

O litígio constitucional se traduz, portanto, na questão se os créditos de FUPA constituem ou *não isenção parcial* decorrente de redução da base de cálculo do tributo ou uma *não-incidência pura*. Caso não constituam benefício fiscal, dessarte, será *indevida* a exigência de estorno dos créditos em homenagem à norma constitucional da não-cumulatividade.

1. Princípio da não-cumulatividade do ICMS

Diferente das contribuições sociais PIS e COFINS, que tiveram a não-cumulatividade estabelecida posteriormente à sua criação, havendo base legal e não diretamente sorvida da Constituição; o ICMS está fundado na "não-cumulatividade", como princípio próprio da disciplina constitucional sobre o tributo de competência estadual.

Assim, é possível afirmar que o mencionado tributo (ICMS) tem sua natureza calcada na "não-cumulatividade". O imposto é assim desde seu nascimento. A tradição jurídica nacional sobre o ICMS sempre manteve a regra de créditos e débitos dessa exação como forma de sua apuração em homenagem aos tributos de valor agregado (IVA's) utilizados como prática fiscal ao redor do mundo.

A *não-cumulatividade* do ICMS é espécie de controle da capacidade contributiva aplicada nas operações que envolvam circulação de mercadorias.

---

1 Entre outros: STF, Segunda Turma, RE 559.671/RS AgR-ED, Relator Ministro Celso de Mello, j. 28/05/2013, DJe de 18/06/2013.

Isso quer dizer que, ao creditar o tributo pago na etapa antecedente pelo fornecedor/contribuinte, o comprador que irá somar sua atividade à aquisição e dar seguimento à cadeia produtiva com a subsequente venda deste produto (adquirido ou resultado da utilização desta mercadoria em processo de elaboração de uma nova mercadoria), este contribuinte do ICMS (comprador e revendedor ou comprador e industrializados beneficiador), somente recolherá aquilo que agregou de valor econômico na sua específica etapa da cadeia produtiva.

Em uma palavra: o crédito do tributo pago, na etapa anterior, serve de controle da capacidade contributiva daquele que agrega valor na cadeia produtiva, tributando somente o acréscimo no valor econômico decorrente de sua etapa, excluindo as etapas anteriores.

Essa "fórmula" não é nova no Direito Tributário, tampouco na Economia, que de há muito reflete sobre a incidência das etapas anteriores do *trabalho* na constituição do valor do produto que se pretende analisar.

Em tempo: Foucault lembra dos estudos da Economia Clássica para descobrir, revelar ou criar "formas" de explicar a formação do "valor" das coisas no mercado.[2]

Como este trabalho segue um paradigma filosófico após a *revolução copernicana,* promovida pela invasão da Filosofia pela linguagem, o trabalho do filósofo francês serve para iluminar o debate sobre a construção da ideia de "não-cumulatividade".

Como se nota, não se parte de um "*grau zero de sentido*",[3] mas de uma tradição, inclusive econômica, de "descontar" do "valor" das coisas, o "custo" das etapas anteriores do processo produtivo.

> Todo trabalho tem um resultado que, sob uma forma ou outra, é aplicado a um novo trabalho cujo custo ele define; e esse novo trabalho, por sua vez, entra na formação de um valor etc. Essa acumulação em série rompe pela primeira vez com as determinações recíprocas, as únicas que atuavam na análise clássica das riquezas.
>
> [...] As "riquezas", em vez de se distribuírem num quadro e de constituírem assim um sistema de equivalência, organizam-se e se acumulam numa cadeia temporal: todo valor se determina não segundo os instrumentos que permitem analisá-lo, mas segundo as condições de produção que o fizeram nascer; e, mais ainda, essas condições são determinadas por quantidade de trabalho aplicadas para produzi-las.[4]

O que a Constituição prevê para o ICMS é que sua incidência se dará na cadeia produtiva de forma proporcional ao valor agregado na etapa a que se refere.

A operação matemática, portanto, é método de apuração do crédito tributário e, para o caso da exação ICMS, constitui a sua essência que, uma vez afastada, descaracterizaria o próprio conceito desse tributo e, quiçá, estar-se-ia diante de um novo imposto – qualquer outra coisa que não o ICMS[5] como

2 As expressões "formas" e "valor" estão entre aspas por marcar a separação metafísica entre sujeito e objeto – reconhecida pelo próprio FOUCAULT –, existente no período nas ciências às quais se refere. (FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 10. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 24)

3 Grau zero de sentido é forma de Streck denunciar a concepção de que os intérpretes criam o sentido a partir de sua consciência, como se não existisse tradição ou se o ser do intérprete não estivesse desde sempre inserido no mundo que interpreta, como se a existência fosse apartada da interpretação, ideia refém do esquema sujeito-objeto, refratário à revolução copernicana já citada neste trabalho. (STRECK, Lenio Luiz. A iatrogenia e o Direito: quando tudo vira grau zero. *Consultor Jurídico*, 25 abr. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-abr-25/senso-incomum-iatrogenia-direito-quando-tudo-vira-grau-zero. Acesso em: 17 jan. 2019.)

4 FOUCAULT, Michel. As *palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 10. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 24.

5 Não se ignora a existência, no passado (até 1965), da tributação em cascata do ICMS (antigo IVC), contudo, partindo da premissa de que a Constituição inaugura o or-

o que conhecemos.

Na percuciente síntese de Carvalho:[6]

> Uma vez ocorrido o fato hipoteticamente previsto na regra-matriz do direito ao crédito – no caso, operação relativa à circulação de mercadoria –, surgirá, inexoravelmente, uma relação jurídica que tem como sujeito ativo o adquirente/destinatário de mercadorias, detentor do direito ao crédito do imposto, e como sujeito passivo o Estado. Tendo participado de operação sobre a qual incidiu imposto, advém para o adquirente o direito de, ao tornar-se alienante, valer-se de um crédito, cuja configuração dependeu também de um ato seu.

Longe de se defender um método das Ciências Naturais, pretendemos uma taxonomia conceitual estanque. É preciso, contudo, respeitar os limites semânticos do texto.

A interpretação como atribuição de sentido (*Sinnegebung*) na linha defendida pela crítica hermenêutica do Direito, capitaneada por Streck,[7] não permite ao intérprete uma livre atribuição de sentidos, como se os textos pudessem se adaptar às contingências do sujeito, descolando completamente os significados hauridos da tradição em deferência ao solipsismo do hermeneuta que se arvora da "autoridade"[8] para justificar o arbítrio.

"Se queres dizer algo sobre um texto, deixe que este te diga algo antes" (tradução livre de "*Wer einen Text verstehen will, ist vielmeher bereit, sich von im etwas zu sagen lassen*"). Esta frase de Gadamer expressa na obra "*Wahrheit und Methode*", repetida como mestria por Streck,[9] serve aqui justamente para impedir que uma interpretação do ICMS retire a sua característica distintiva, ou seja, aquilo que permite classificar, conceituar e, porque não, controlar sua incidência frente a norma de outorga de competência sabidamente constitucional.

A "não-cumulatividade", assim entendida, é princípio fundante do imposto em questão. A Constituição definiu o tributo nesse formato. A alteração, pela via infraconstitucional, subverte as garantias constitucionais lançadas como *limitações ao poder de tributar*.

Esse arcabouço normativo-constitucional é, dessarte, pura "liberdade pública", "direito de primeira dimensão", componente inseparável da comunidade de princípios que forma e conforma a comunidade política na esteira da doutrina Ronald Dworkin – corretamente lecionada por Streck e Morbach.[10]

denamento, trata-se o ICMS a partir de sua configuração constitucional.

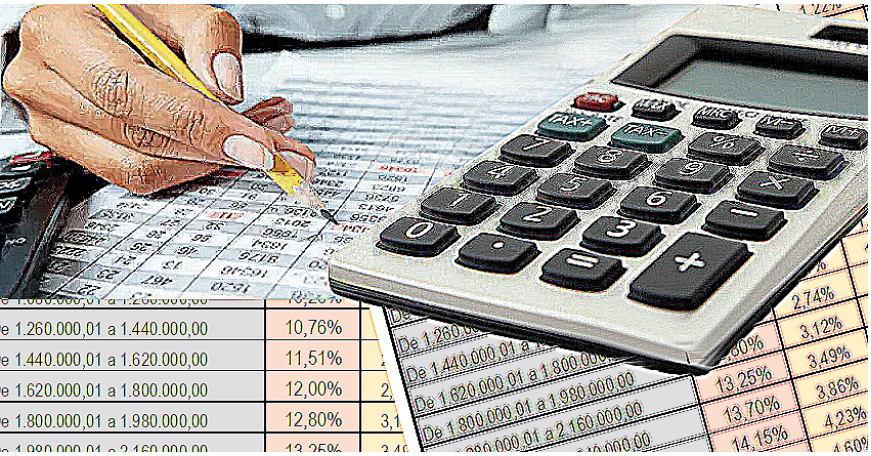
6 CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e positivação no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2013, v. II, p. 132.

7 STRECK. Lenio L. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

8 Autoridade, no sentido muito bem descrito por Clarissa Tassinari, com o qual é preciso concordar: "Pode-se perceber, portanto, uma tentativa de engrandecimento do papel da Suprema Corte a partir da ideia de que seus membros possuem a autoridade de traduzir, com certo descompromisso, a constituição para sociedade – e é por isso que o Direito vira aquilo que os tribunais dizem que é (numa releitura do realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes, assunto já explorado no item 3.1). No Brasil, *o intérprete autorizado* representa justamente essa leitura que é feita do papel da Suprema Corte, o que é ainda pior, considerando as diferenças existentes entre as constituições brasileira e norte-americana". (TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial*: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012, p. 201)

9 Entre outros: STRECK, Lenio Luiz. Mantenho a tese: é inconstitucional repristinar a separação. *Consultor Jurídico*, 25 nov. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov-25/lenio-streck-mantenho-inconstitucional-repristinar-separacao. Acesso em: 17 jan. 2019.

10 *Ibidem*. E Francisco Borges Motta em livro com mesmo nome: *Levando os direitos a sério*: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Também: STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto. Olavo de Carvalho faz leitura absolutamente errada de Ronald Dworkin. *Consultor Jurídico*, 13 jan. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-13/opiniao-olavo-carvalho-faz-leitura-absolutamente-errada-dworkin. Acesso em: 17 jan. 2019.



Os tributos se distinguem por sua hipótese de incidência (fato gerador *in abstracto*), segundo disciplina clássica do vigente Código Tributário Nacional (CTN/1966). Em que pese, atualmente, parecer que a destinação do produto da arrecadação deva fazer parte dessa definição, caso a definição precisa da natureza do tributo ainda seja considerada fundamental para as garantias do contribuinte e para a própria manutenção do federalismo – e parece que é exatamente pra isso que servem essas definições –, é importante que não se retire características que compõem a natureza do tributo e se pretenda continuar chamando pelo mesmo nome.

Os perigos de chamar pelo mesmo nome aquilo que deixou de ser, seja pela mudança da "coisa" em si, seja pelas circunstâncias ao redor, é apontada por Wittgenstein, que lembra bem o perigo da subversão dos "jogos de linguagem":[11]

> O que os nomes da linguagem designam deve ser indestrutível: pois deve-se poder descrever a condição em que tudo o que é destrutível é destruído. E nessa descrição haverá palavras; e ao que elas correspondem não se pode, então, destruir, pois, do contrário, as palavras não teriam significado. Não posso serrar o galho sobre o qual me sento.[12]

Cumpre ressaltar que a relação jurídico-tributária inaugurada pela prática do "verbo" (em grego "*typo*", daí tipicidade) descrito na regra-matriz de incidência não tem como requisito ou condição de existência a operação financeira que é circunstância acidental no ICMS.

Em outras palavras, o tráfego jurídico pertinente ao ICMS é a transferência de domínio da mercadoria sendo desimportante se houve ou não o pagamento por essa transferência. Essa constatação é o que torna o sujeito passivo da obrigação tributária devedor do tributo ainda que ocorra a inadimplência por parte do adquirente. Isso tudo para dizer, com Carvalho que:

> Em qualquer caso, com ou sem formalização da obrigação tributária, há o direito ao crédito (e o consequente direito à compensação pelo primado da não-cumulatividade), visto que o nascimento deste decorre de norma jurídica distinta da regra-matriz de incidência do ICMS; decorre da transmissão da titularidade da mercadoria e não da ocorrência de lançamentos de ICMS que são alheios ao adquirente. [13]

Numa palavra final: o ICMS é aquilo que a Constituição Republicana, em vigor, diz que é. Qualquer coisa diferente, ICMS não é. Esse ponto de partida é fundamental para a sequência do estudo.

11 Nesse sentido: MARRAFON, Marco Aurélio. Jogos de linguagem estabelecem limites ao intérprete do Direito. *Consultor Jurídico*, 29 set. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-29/constituicao-poder-jogos-linguagem-estabelecem-limites-interprete-direito. Acesso em: 17 jan. 2019.

12 WITTGENSTEIN, Ludwig Von. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 48. Novamente Streck denuncia esse risco com esteio em Gadamer, como já referido. O risco de não conferir aos textos seus devidos limites semânticos.

13 CARVALHO; Paulo de Barros. *Direito tributário*: linguagem e método. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Noeses, 2015, p. 759.

2. Isenções tributárias

Nos termos da Constituição, a isenção tributária (*exemptio onis* = ação de retirar o ônus) é técnica de desoneração tributária instituída exclusivamente por *lei específica*, obedecidas as regras gerais de Direito Tributário encartadas em *lei complementar nacional* (art. 150, § 6º, c/c art. 155, § 2º, II, "b", da CR/1988).

A *isenção* – assim como a anistia e a *redução de base de cálculo* – decorre do exercício da competência tributária e submete-se, *sem exceção*, ao *princípio da reserva legal tributária*, conforme dispõe o CTN/1966 (art. 176, *et seq*).

Configura outorga expressa de *lei infraconstitucional*, faculdade do Poder Público competente, uma vez que se situa no plano da conveniência e oportunidade, avaliadas à luz das exigências da política fiscal. O CTN/1966 regula a isenção como hipótese de exclusão do crédito tributário e, por isso, dispensa apenas a obrigação principal sem tocar na obrigação acessória que deve ser cumprida pelo sujeito passivo (art. 175 do CTN/1966).

Nesse sentido, só se pode isentar o que esteja *a priori* tributado. A isenção pressupõe incidência. Ela opera, assim, no plano da competência tributária, ou seja, na isenção, ocorre a incidência, verifica-se o fato gerador, instaura-se a relação jurídico-tributária, nasce a obrigação tributária, mas, por força de *lei em sentido estrito*, o contribuinte é dispensado do pagamento da exação.

Trata-se de um impedimento ao lançamento do crédito tributário. Quer dizer que o ente federativo, competente para instituir o tributo, outorga, mediante *lei sua*, um benefício ao contribuinte no sentido de obstaculizar o ato final do processo de apuração do crédito tributário, excluindo-o, *retirando o ônus* (art. 175, I, do CTN/1966).

Não extingue o tributo, nem o reduz, nem modifica a sua estrutura, mas dispensa o seu adimplemento.

Para o jurista Carvalho, a norma de isenção subtrai parcela do campo de abrangência do critério do antecedente ou do consequente, podendo suprimir a funcionalidade da regra-matriz de oito maneiras:

> [...]
> i) pela hipótese:
> i.1) atingindo-lhe o critério material, pela desqualificação do verbo;
> i.2) mutilando o critério material, pela subtração do complemento;
> i.3) indo contra o critério espacial;
> i.4) voltando-se para o critério temporal;
> ii) pelo consequente atingindo:
> ii.1) o critério pessoal, pelo sujeito ativo;
> ii.2) o critério pessoal, pelo sujeito passivo;
> ii.3) o critério quantitativo, pela base de cálculo; e
> ii.4) o critério quantitativo, pela alíquota. [14]

Somente lei em sentido estrito pode suprimir a funcionalidade da regra-matriz e, em atenção ao *princípio do paralelismo das formas*, portanto, somente *lei específica* daquele ente federativo poderá revogar a isenção tributária.

A *legalidade estrita* exigida não é somente um requisito formal para isenções. Trata-se de complemento à *disciplina orçamentária* que, igualmente, exige a edição de ato normativo primário para reger o orçamento público.

Corolário da soberania popular e da natureza democrática da tributação eternizada na frase *no taxation without presentation*.

As isenções – renúncias fiscais que são – devem estar descritas na *lei de diretrizes orçamentárias* e na *lei orçamentária anual* com sua justificativa, previsão de impacto e medidas compensatórias (art. 165, § 2º, da

14 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: linguagem e método. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Noeses, 2015, p. 616-617.

CR/1988; arts. 4º, 5º e 14, todos da Lei Complementar nº 101/2000).

A *reserva legal*, portanto, serve como parâmetro de legitimidade da outorga de benefícios fiscais frente à necessidade de recursos para a consecução dos *fins estatais*.

2.1. Caso específico: FUPA

A categorização dos atos jurídicos serve para que não se trate institutos diferentes como similares e, assim, seja evitado o equívoco na aplicação das regras que disciplinam a convivência social em países de constitucionalismo democrático.

Por isso que se faz necessária a incursão no orçamento público e na contabilidade pública para descobrir a real natureza do programa de uniformização do preço do álcool e, por fim, atestar o valor do crédito de ICMS a que tem direito o sujeito passivo da obrigação tributária.

A Conta Álcool (orçamento da União) nunca foi benefício fiscal, mas sim um fundo constituído com produto da arrecadação de tributos (antes IOF e posteriormente FUP e FUPA) com destinação específica para equalização dos preços de combustíveis no território nacional.

Estudo da Câmara dos Deputados descreve bem o histórico do instituto e permite sua compreensão.

> A regulação do mercado de etanol no Brasil pode ser dividida em quatro períodos:
> 1º) 1975-1979: nesse período, em que foi criado o Proálcool, a produção voltou-se principalmente para o etanol anidro, utilizado na mistura com a gasolina. A intenção do governo era reduzir o gasto de divisas com a importação de petróleo, o que acabou incentivando o surgimento de novas unidades industriais e determinando uma grande intervenção estatal com relação à produção, comercialização e fixação dos preços;
> 2º) 1980-1987: nesse período, a produção volta-se para o etanol hidratado2, utilizado no abastecimento de veículos leves; ainda com forte regulamentação estatal;
> 3º) 1988-2002: período de crise na produção do etanol, determinada pelos altos custos de produção em relação à gasolina e pelo desinteresse do Estado em subsidiar a produção. Além disso, houve um direcionamento das usinas para a produção de açúcar, o que acabou levando ao desabastecimento do mercado consumidor e à descrença no etanol combustível na década de 1990; e
> 4º) 2002 até hoje: nesse período, surgiram inovações tecnológicas na indústria automobilística com o lançamento dos motores *flex fuel* e o aumento da preocupação com as questões ambientais que levam à busca de fontes alternativas renováveis.[15]

Ainda no Decreto-Lei nº 1.785/1980, foi criado o Fundo Especial de Reajuste e Estrutura de Preços de Combustíveis e Lubrificantes – FER, de natureza contábil, administrado pelo CNP. Essa conta álcool, oriunda do desdobramento do FER, apurava o custo financeiro dos estoques de álcool e a diferença entre o valor arrecadado por meio de FUPA e o valor pago as distribuidoras a título de ressarcimento de despesas de interiorização. Como visto, nunca se tratou de isenção fiscal, seja parcial ou não. Trata-se daquilo que o Direito Financeiro chama de "subvenção". A arrecadação ingressa nos cofres públicos como receita e é entregue aos particulares que satisfaçam os critérios legais como modo de fomentar uma atividade desejada pelo Estado.

Por se tratar de recurso financeiro entregue ao particular para possibilitar a *efetivação de uma política pública*, essa ação passa ao largo de ser considerada exclusão do crédito tributário, na definição consagrada pela lei, pela doutrina e a própria jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente do Guardião da Constituição, o eg. STF.

15 LIMA, Paulo César Ribeiro. *Preços dos combustíveis no Brasil*. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/27120/preco_combustivel_lima.pdf?sequence=1. Acesso em: 25 dez. 2018.

Com efeito, negar o crédito da etapa antecedente do ICMS por considerar isenção parcial uma subvenção concedida pela União (ente distinto do ente tributante) desvirtua a natureza constitucional da não-cumulatividade. Mas não só.

A retirada do creditamento de ICMS, em termos práticos, faz com que o estado federado *esvazie a política pública* construída em âmbito nacional, violando diretamente o *federalismo cooperativo e de equilíbrio*, esta marca da Constituição de 1988 e que fundamenta todo o Estado de Direito Fiscal na feliz interpretação do eg. STF (ADO-25/DF, Informativo STF n. 849, 28 nov. a 2 dez. 2016).

3. Isenções heterônomas

A conclusão anterior permite ingressar em outro impeditivo para a correção da decisão do eg. STF no RE-AgR 929.515. A autonomia federada impede que os entes interfiram na arrecadação uns dos outros.

É que a Constituição proíbe a outorga de *isenções heterônomas*. Sendo assim, só o ente detentor de competência tributária para aquele tributo poderá isentar. Ou ainda: o poder de tributar envolve o poder de isentar.

Resta claro, portanto, que a política energética efetivada por meio do benefício financeiro FUPA não se trata de "isenção tributária", mas de subvenção econômica nacional, em nada interferindo na relação jurídico-tributária entre estado-membro e contribuinte de ICMS.

Essa *norma* incide, exclusivamente, nas relações institucionais domésticas, que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público interno, em obséquio ao *pacto federativo*, princípio fundamental do Estado e da República[16] (art. 151, III, c/c art. 1º, ambos da CR/1988).

4. Não-incidência

A *não-incidência* é diferente da isenção, podendo ser verificada de duas maneiras: encartada na Constituição, é a *imunidade tributária* (*não-incidência qualificada*); ou, a mais comum, quando simplesmente não há hipótese de incidência *tipificada* na lei, porque o legislador se omitiu ou preferiu se omitir (*não-incidência pura*).

Nesse caso, não existe a estrutura tributária, não há ocorrência do fato gerador, o tributo não existe. São eventos humanos não tributados que poderão vir a sê-lo algum dia.

No que tange ao ICMS, a *isenção* ou *não-incidência*, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes. O princípio da não-cumulatividade, expressamente previsto na Constituição, não permite o estorno de créditos pela Fazenda Pública nessas hipóteses (art. 155, § 2º, II, "a", da CR/1988).

5. Frete de uniformização de preços de álcool (FUPA)

Situação bem diferente é o denominado FUPA, o qual foi *criado* pelo Conselho Nacional do Petróleo (CNP) pela Resolução nº 18, de 11 de dezembro de 1984,[17] com base nas autorizações constantes dos Decretos nº 83.700, de 05 de julho de 1979, e nº 88.626, de 16 de agosto de 1983.

Após doze anos, o FUPA foi *extinto* pelo Ministério das Minas e Energia através da Portaria MME nº 114, de 29 de março de

16 Com efeito, a jurisprudência constitucional é no sentido de que esse princípio tributário *não incide* nas hipóteses de concessão de isenção no plano do Direito Tributário Internacional (STF, Segunda Turma, RE 543.943/PR AgR, Relator Ministro Celso de Mello, j. 30/11/2010, DJe 14/02/2011). A toda evidência, o presente caso não trata disso.

17 Disponível em: http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-federal/resolucoes/resol-cnp/1984&item=rcnp-18--1984. Acesso em: 24 set. 2018.



1996.[18]

A Agência Nacional do Petróleo (ANP) emitiu a Nota Técnica SEE nº 13, de março de 2001, intitulada "Combustíveis no Brasil: política de preço e estrutura tributária",[19] para explicar o objetivo da sistemática do FUPA à época.

Segundo o documento oficial da ANP, a *União* pretendeu cobrir os custos de transporte e despesas conexas de álcool etílico para fins energéticos, diferenças de preço desse produto, custos operacionais, de imobilização financeira de estoques e administrativos da Petrobras, relativos ao volume de álcool por ela comercializado.

A natureza não tributária desse componente do preço do setor sucroalcooleiro é evidente. Explicamos melhor.

O FUPA foi instituído pela *União,* através de *ato infralegal* do antigo CNP, órgão autônomo subordinado diretamente ao Presidente da República (Decreto-lei nº 395/1938), consistindo em *benefício financeiro* incidente sobre o preço do *álcool etílico hidratado combustível* e compreendeu, entre outras, as seguintes parcelas específicas[20]:

a) custo de transporte e despesas conexas;

b) diferença de preço do álcool etílico;

c) custos operacionais, inclusive perda e armazenagem, os custos de imobilização financeira dos estoques e os custos de administração em valor equivalente a 2,0% do preço do álcool etílico adquirido pela Petrobras mediante autorização prévia do CNP, destinado ao mercado interno de consumo.

O referido subsídio do álcool etílico, vigente entre os anos de 1984 a 1996, concedido pelo governo federal, sob a rubrica FUPA, *não caracteriza* pois não-incidência (pura ou qualificada) nem isenção ou, muito menos redução da base de cálculo de modo que *não se pode excepcionar* o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, sem ofensas à CR/1988.

Na origem desse *benefício financeiro*, o governo federal concedeu-o aos produtores do álcool etílico (usinas e destilarias) com o objetivo de remunerá-los adequadamente e equalizar a política de precificação.

A operacionalização desse *subsídio* ocorria da seguinte maneira: os valores pecuniários eram repassados aos produtores pelas distribuidoras de combustíveis, no momento em que essas adquiriam daqueles o álcool etílico, que posteriormente comercializavam.

Em virtude exclusivamente desse programa do governo federal, portanto, os preços de compra do álcool etílico dos usineiros pelas

18 Disponível em: http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-federal/portarias/portarias-mme/1996&item=pmme-114--1996. Acesso em: 24 set. 2018.

19 ANP. *Combustíveis no Brasil*: políticas de preço e estrutura tributária. Brasília: 2001. Disponível em: www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=1988. Acesso em: 24 set. 2018.

20 Resolução CNP nº 18/84, art. 1º.

distribuidoras, na prática, eram superiores aos preços praticados por elas em suas saídas subsequentes. Isso se deu também porque havia limitação de preços dos combustíveis, como ocorreu com o conhecido Decreto nº 342, de 13 de novembro de 1991.[21]

Pela sistemática do FUPA, o governo federal reembolsava as distribuidoras de combustíveis pelos valores repassados aos produtores, através de um fundo que não incluía qualquer parcela do ICMS. Compreendia, portanto, apenas a diferença entre os preços de compra e venda, sem computar o tributo, dado que havia o mencionado benefício financeiro.

Nessa medida, a revenda de mercadoria por preço inferior ao de aquisição não pode afastar o direito do contribuinte (distribuidora) ao crédito de ICMS para a compensação com o montante devido nas operações seguintes.

A toda evidência, não é porque o "preço de venda" é menor que o "preço de compra", que a causa disso é a concessão de benefício fiscal.

No caso do RE-AgR 929.515, esse incentivo que o produtor do álcool etílico gozava, há época da autuação fiscal, não englobou qualquer parcela de impostos em seu mecanismo de concessão, repasse e restituição. Sequer interferiu na relação jurídica tributária que se estabelecia entre a Petrobras Distribuidora S.A. e o Estado do Mato Grosso do Sul, seja para evitar, reduzir ou retardar o cumprimento da obrigação tributária.

A Empresa Estatal *observou estritamente* os *atos normativos da União* o que não representou subfaturamento dos preços. Isso porque, como explicado, na formação do preço de saída da usina, considerava-se a parcela referente ao benefício financeiro da sistemática FUPA: as distribuidoras devem repassar aos produtores os valores do subsídio no preço de aquisição do álcool etílico.

Veja-se que a contabilização da subvenção na entidade que a recebe difere sobremaneira de como se daria em caso de isenção fiscal.

A subvenção, segundo a Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 1.305/2010,[22] é contabilizada como receita. Dentre os vários itens da Resolução destaca-se o 16:

> 16. É fundamental, pelo regime de competência, que a receita de subvenção governamental seja reconhecida em bases sistemáticas e racionais, ao longo do período necessário e confrontada com as despesas correspondentes. Assim o reconhecimento da receita de subvenção governamental no momento de seu recebimento somente é admitido nos casos em que não há base de alocação da subvenção ao longo dos períodos beneficiados.

Possível perceber que o valor entregue às distribuidoras, oriundo do FUPA, não é tratado como isenção tributária pelo orçamento público e pela contabilidade dessas sociedades empresárias pela singela razão de que não se trata sequer de algo parecido à isenção tributária.

A relação jurídico-tributária não é alterada pela subvenção; mantém-se incólume, inalterada. Os créditos de ICMS apurados nas etapas anteriores da cadeia não são alterados pela existência de um recurso destinado pelo governo federal aos produtores de álcool, o qual passa pelas distribuidoras como centralizadoras da efetivação da política pública.

Há o reconhecimento da receita da subvenção pelas distribuidoras para caracterizar o ingresso de divisas e identificar sua origem ao que imediatamente é promovida a escri-

21 "Art. 1º. A relação entre os preços máximos de venda do álcool hidratado para fins carburantes e o da gasolina automotiva de menor preço nas bases de distribuição será de 75%, excluídos impostos e fretes".

22 Disponível em: http://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?codigo=2017/NBCTG07(R2).

turação da contrapartida na despesa com o repasse desses recursos ao destinatário.

Conclusão

Ao que tudo indica, portanto, essas parcelas *não são isenção tributária* nem configuram *não-incidência pura*, de modo que atrai o princípio constitucional da não-cumulatividade em favor da agravante.

Enquanto o FUPA *1)* foi instituído por "portaria", *2)* de órgão federal, *3)* na órbita das políticas de subsídio da União do *álcool etílico hidratado combustível*; a isenção tributária *1)* é outorgada por "lei específica", *2)* da pessoa jurídica de direito público detentora da competência constitucional tributária, e *3)* constitui causa de exclusão do crédito tributário.

Ademais, a incidência do ICMS ocorreu normalmente, *não há que se falar em não-incidência* (qualificada ou pura) porque *1)* a hipótese de incidência não está proibida na Constituição, mas tipificada em *lei específica*; *2)* ocorreu o fato gerador e *3)* o ICMS existiu e foi recolhido regularmente pela ora agravante conforme a legislação tributária de regência e dos atos normativos federais.

O referido benefício financeiro de FUPA não se submete às normas da legislação tributária também porque:

a) não havia restituição de ICMS às distribuidoras de combustíveis que, nessa sistemática, funcionavam como mera repassadoras dos recursos financeiros;

b) a base de cálculo adotada nas saídas corresponderam exatamente ao valor da operação praticada, não sendo aplicado sobre elas qualquer espécie de benefício fiscal (isenção ou não-incidência), única hipótese admitida pela CR/1988 para justificar estorno de créditos do ICMS.

Por fim, a natureza não tributária desse componente do preço do setor sucroalcooleiro é evidente, pela constatação de que:

a) podia ela ser positiva ou negativa, nos termos do artigo 2º da Resolução CNP nº 18, de 11 de dezembro de 1984, o que é inconcebível em um tributo;

b) sua natureza obrigatória decorria, pura e simplesmente, do regime de monopólio produtivo, do que resultava a impossibilidade de aquisição de álcool etílico sem que a referida parcela fizesse parte do custo respectivo, que era governamentalmente fixado.

Por todo o exposto, conclui-se que é juridicamente inviável o estorno de créditos – relacionados à sistemática – pela fazenda pública. As distribuidoras de combustíveis, a exemplo da Petrobras, portanto, têm direito à manutenção integral dos créditos tributários conforme o princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, I, da CR/1988).

Referências

ANP. *Combustíveis no Brasil*: políticas de preço e estrutura tributária. Brasília: 2001. Disponível em: www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=1988. Acesso em: 24 set. 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e positivação no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2013. v. II.

CARVALHO; Paulo de Barros. *Direito tributário*: linguagem e método. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Noeses, 2015.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 10. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LIMA, Paulo César Ribeiro. Preços dos combustíveis no Brasil. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema16/2015_24474_precos-combustiveis-brasil_paulo-cesar. Acesso em: 25 dez. 2018.

MARRAFON, Marco Aurélio. Jogos de linguagem estabelecem limites ao intérprete do Direito. *Consultor Jurídico*, 29 set. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-29/constituicao-poder-jogos-linguagem-estabelecem-limites-interprete-direito. Acesso em: 17 jan. 2019.

MOTTA, Francisco Borges. *Levando os direitos a sério*: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK. Lenio L. Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A iatrogenia e o Direito: quando tudo vira grau zero. Consultor Jurídico, 25 abr. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-abr-25/senso-incomum-iatrogenia-direito-quando-tudo-vira-grau-zero. Acesso em: 17 jan. 2019

STRECK, Lenio Luiz. Mantenho a tese: é inconstitucional repristinar a separação. Consultor Jurídico, 25 nov. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov-25/lenio-streck-mantenho-inconstitucional-repristinar-separacao. Acesso em: 17 jan. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto. Olavo de Carvalho faz leitura absolutamente errada de Ronald Dworkin. Consultor Jurídico, 13 jan. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-13/opiniao-olavo-carvalho-faz-leitura-absolutamente-errada-dworkin. Acesso em: 17 jan. 2019.

TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig Von. Investigações filosóficas. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

O contrato social como ideia regulatória: a evolução de um conceito jurídico[1]



João Felipe Menezes Lopes

Juiz Federal vinculado ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2014-atual). Juiz Federal vinculado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2011-2014). Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (2010-2011). Juiz Instrutor no Supremo Tribunal Federal, gabinete da Ministra Rosa Weber (2018-atual). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (área de concentração Direitos Humanos).

RESUMO: Este trabalho aborda as diferentes variações em torno do conceito de contrato social, desde sua compreensão como fato histórico responsável pela passagem do estado de natureza em que viviam os homens para uma condição de vida em sociedade, até sua compreensão como ideia reguladora, de caráter deontológico, responsável pelo ordenamento da sociedade e do poder público. Para tanto, descreve e analisa obras que permitiram o desenvolvimento de uma teoria jurídica a respeito do contrato social, levando em conta aspectos históricos e políticos que influenciaram cada uma delas. Por se tratar de uma pesquisa exploratória e descritiva, utiliza o método dedutivo, bem como a revisão da bibliografia clássica e contemporânea dos principais expoentes do tema em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito. Contrato social. Evolução.

ABSTRACT: This article deals with the variations around the concept of social contract, from its understanding as a historical fact, responsible for the transition from the state of nature to a condition of life in society, to its understanding as a regulatory ideia, responsible for the organization of the institutions as we know. This will be done by describing and analyzing

1 Artigo publicado originalmente no seguinte periódico: *Revista da AGU*, Brasília/DF, v. 17, n. 02, p. 205–224, abr./jun. 2018.

theoretical discussions that collaborated to the development of a legal theory regarding the social contract, taking into account historical and political aspects that influenced each one of them. As an exploratory and descriptive research, uses the deductive method, as well as classic and contemporary literature review.

KEYWORDS: Theory of law. Social contract. Evolution.

SUMÁRIO: Introdução. 1 As primeiras teorizações sobre o contrato social. 2 Thomas Hobbes. 3 John Locke. 4 Jean Jacques Rousseau. Conclusão. Referências.

Introdução

A teorização sobre o contrato social variou com grande amplitude ao longo da evolução do conceito, existindo desde a antiguidade registros sobre a existência de um contrato ou pacto responsável pela transição do estado de anarquia em que viviam os homens para uma condição de vida em sociedade. Este trabalho pretende descrever o modo como se deu a variação e a evolução deste conceito, demonstrando sua influência sobre a consolidação dos direitos fundamentais tais como hoje os conhecemos.

Para tanto, no capítulo inaugural busca-se analisar as primeiras teorizações sobre o contrato social, descrevendo algumas concepções defendidas por sofistas, epicúreos, pela filosofia patrística e pelo direito romano, assim como identificar os reflexos destas concepções mais rudimentares nos autores que se dedicaram ao estudo da teoria contratualista na modernidade.

Nos capítulos segundo, terceiro e quarto, procura-se descrever e analisar as teorizações de três dos principais autores que se dedicaram a tratar do tema em questão, a saber: Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau. Busca-se posicionar as ideias de cada um dos autores em seu tempo e no contexto político em que lançadas, razão pela qual ao início de cada um dos capítulos é feita uma breve remissão biográfica a respeito da vida dos autores e do mundo ao seu redor.

Ao final, pretende-se demonstrar de que modo as teorias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau relacionam-se no tempo e no espaço, assim como em que medida antagonizam-se, ao partirem de uma investigação a respeito da gênese da sociedade até chegarem ao estabelecimento de um contrato social ideal, de caráter deontológico, responsável pela regulação da sociedade e do exercício do poder público.

1. As primeiras teorizações sobre o contrato social

Remonta à antiguidade a teorização sobre a existência de um contrato ou pacto responsável pela transição do estado de anarquia em que viviam os homens para uma condição de vida em sociedade.

Siches aponta registros de que os sofistas (especialmente Protágoras) teriam lançado, sob uma forma mística, a ideia de uma espécie de contrato social como fundamento das leis. Do mesmo modo, os epicúreos considerariam o Estado não um produto natural, mas algo criado pelos homens para encontrar nele próprio (Estado) certas vantagens. Ideia semelhante pode ser encontrada em algumas passagens do direito romano que fazem alusão a *lex regia*, *mediante a qual o povo cedeu*

parte de sua liberdade e poder ao príncipe.[2]

Por seu turno, Pollock identifica em *Da República*, de Marco Túlio Cícero (106AC-43AC), uma etapa rudimentar do contrato social, especificamente no ponto em que procura distinguir a multidão e a nação, revelando um pressuposto contratualista da organização social de então:

> Etapas rudimentares do Contrato Social. Desde tempos muito antigos encontramos em várias formas a noção de que todo o governo e a sociedade dependem, em algum sentido, do consentimento dos governados. Nos fragmentos do tratado de Cícero sobre a República (melhor, em inglês, *Commonwealth*) há uma definição que teve grande autoridade na Idade Média:
> *Populum autem non omnem coetum multitudinis sed coetum iuris consensu et utilitatis communione sociatum esse.*
> Nem toda multidão de homens reunidos é uma nação, mas somente aqueles que concordaram em viver de acordo com uma regra comum e legal para a vantagem comum.[3]

Foram diversas as vertentes filosóficas que adotaram, em maior ou menor grau, a compreensão de um pacto social predecessor à vida em comunidade. Um traço característico singular durante a evolução do pensamento contratualista em tempos remotos é sua íntima ligação com o pressuposto cristão de pecado original.

Segundo a filosofia patrística,[4] a necessidade de instituição de um poder público adviria em consequência do pecado, como forma de imposição divina à humanidade, que de outro modo não conseguiria ter uma convivência pacífica, ordenada e justa. Siches identifica, como fundamento desta teoria, a ideia de que o homem em estado de natureza teve a oportunidade de viver com plena liberdade e igualdade, sem estar submetido a qualquer coação; porém, com o pecado original e o corrompimento do estado de natureza, tornar-se-ia necessária a imposição de um poder público.[5] Nesse sentido, estaria perfeitamente justificada a necessidade de existência do poder público, assim como identificada sua origem divina.

Pollock vai adiante e identifica esse traço característico mesmo em autores da idade moderna, cujos conceitos formaram os pilares da teoria contratualista, como Thomas Hobbes e John Locke. Em passagem na qual busca identificar os traços distintivos entre ambos (Hobbes e Locke), não poupa críticas a esta característica comum a ambos:

> Hobbes e Locke começam a partir de um "estado de natureza" assumido – um papel político em branco. Nisso, eles não são de modo algum singulares. Observe que seus predecessores, estando obrigados a aceitar a doutrina teológica da queda do homem, não trataram e não puderam tratar o "estado da natureza" como uma era de ouro. Era a condição dos homens como criaturas caídas, pecadoras, ignorantes e desgovernadas. Todas as virtudes que teve eram negativas. Hobbes e Locke, de novo, consideram a multidão original como uma multidão de indivíduos não relacionados: e esta é a falácia fundamental do Contrato Social em todas as formas. A visão de Hobbes da "mera natureza" é pessimista o suficiente para satisfazer qualquer teólogo.[6]

2 SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003, p. 4.

3 POLLOCK, Frederick. Hobbes and Locke: the social contract in english political philosophy. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 9, parte 1, 1908, p. 107, tradução livre.

4 Ciência que tem por objeto a doutrina dos Santos Padres e a história literária dessa doutrina.

5 SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.

6 POLLOCK, Frederick. Hobbes and Locke: the social contract in english political philosophy. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 9, parte 1, 1908, p. 109, tradução livre.

Alguns teóricos impõem séria restrição à ideia de contrato social como instrumento historicamente pactuado em algum momento da evolução da sociedade. As críticas recaem, principalmente, sobre a inviabilidade de admissão da hipótese de um consenso coletivo (representado pelo pacto social) entre todos os cidadãos em torno da regulação social. A inexistência de registros históricos sobre o consenso também pesa em desfavor desta vertente teórica do contrato social:

> Quando Thomas Hobbes publicou Leviatã em 1651, ele incluiu um capítulo sobre direito dos contratos e construiu sua teoria das origens do Estado sobre os princípios do direito contratual. No entanto, os leitores atuais têm dificuldade com a noção de um contrato juridicamente vinculante de todos com todos, do qual não há registro histórico a que nenhuma pessoa viva tenha consentido.[7]

Com base nessas premissas, o contrato social histórico já foi qualificado como uma "fantasia utópica", assim como a suposta contratação de todos com todos uma "quimera", que nunca existiu.[8] Para que uma contratação nestas bases fosse viável, diziam os críticos, "todos os homens deveriam passar a vida inteira em nada além de correr para cima e para baixo para pactuar".[9]

Em que pesem as críticas, não é possível ignorar a influência das teorias contratualistas na constituição de instituições públicas, na limitação do poder do soberano, na aquisição de direitos pelos súditos, no controle e na fiscalização das atividades públicas, na vinculação finalística do poder público, etc. O surgimento da ideia de consentimento público em torno da agregação social, ainda que fundada no direito natural, representou uma das mais importantes construções teóricas responsáveis pelo empoderamento de direitos pelos súditos e pela limitação do poder soberano.

E o certo é que, ao longo da evolução de suas formulações teóricas, o contrato social cada vez mais se desvinculou de seu caráter histórico (marcante nas primeiras doutrinas) e adquiriu um *status* de ideia reguladora; um critério ideal, de caráter deontológico.

A dimensão histórica pode ser constatada em Hobbes,[10] com a evolução do conceito rumo a uma formulação racional de caráter deontológico em Locke,[11] que triunfa plenamente na obra de Rousseau,[12] o que justifica a eleição do marco teórico que se passa a abordar.

2. Thomas Hobbes

Na introdução biográfica da obra *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*[13] consta que Thomas Hobbes nasceu na Inglaterra em 5 de abril de 1588, filho de um clérigo semiletrado, tendo deixado de contar com a assistência

7 KARY, Joseph H. Contract law and the social contract: what legal history can teach us about the political theory of Hobbes and Locke. *Ottawa Law Review*, v. 31, 1999, p. 73, tradução livre.

8 LAWSON *apud* KARY, Joseph H. Contract law and the social contract: what legal history can teach us about the political theory of Hobbes and Locke. *Ottawa Law Review*, v. 31, 1999, p. 88.

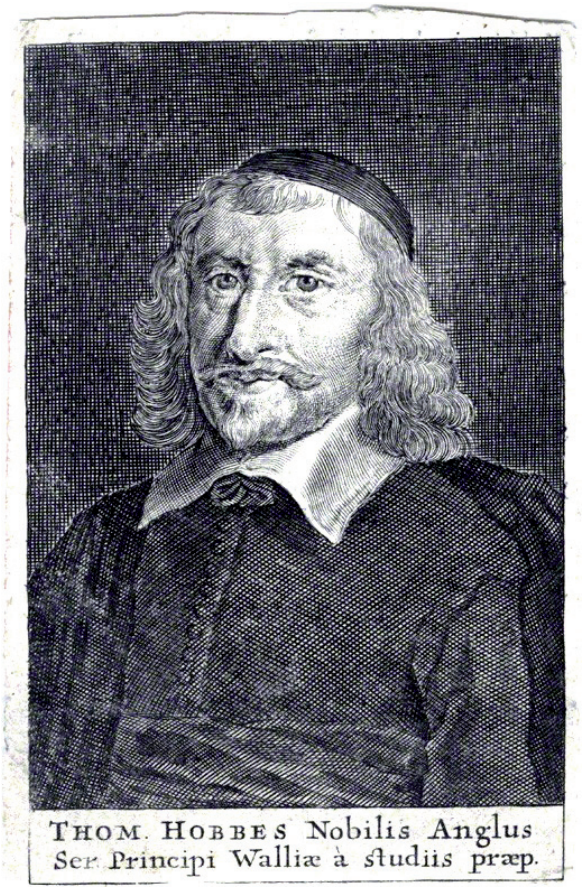
9 FILMER *apud* KARY, Joseph H. Contract law and the social contract: what legal history can teach us about the political theory of Hobbes and Locke. *Ottawa Law Review*, v. 31, 1999, p. 89.

10 HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

11 LOCKE, John. *Os pensadores:* carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

12 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*: princípios do direito político. Trad. e comentários J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*: princípios do direito político. Trad. Edson Bini. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2015.

13 HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.



paterna desde muito cedo. Aos sete anos foi recebido como pupilo por Robert Latimer, preceptor versado na cultura clássica e que lhe proporcionou sólidos conhecimentos de latim e grego. Bacharelou-se pelo Magdalen College de Oxford, em 1608, e logo em seguida passou a trabalhar como preceptor de família aristocrata inglesa.

Ao longo de algumas viagens pelo continente europeu, travou contato e amizade com alguns dos maiores pensadores de seu tempo, como Francis Bacon, Descartes e Galileu. A mesma fonte descreve que, desde seus primeiros escritos, Hobbes já manifestava aversão à democracia e por isso recomendava a leitura de Tucídides: "um rei é mais capaz que uma república".

Em 1640, Hobbes posicionou-se como defensor do Rei Carlos I (1600-1649), então ameaçado por uma revolução liberal, e, por isso, teve de refugiar-se em Paris, temendo as ameaças dos antirrealistas. De lá, não deixou de participar de controvérsias políticas e religiosas com homens da corte inglesa refugiados na França. Ainda em Paris, tornou-se preceptor do príncipe de Gales, futuro Carlos II (1630-1685), rei da Inglaterra, então no exílio.

Hobbes faleceu em 1679, "dez anos antes do trinfo das ideias liberais das quais fora ferrenho adversário",[14] que resultaram no fim do absolutismo monárquico britânico e no aumento do poder do parlamento, como consequência da Revolução Gloriosa (1688-1689).

Sua obra *Leviatã* é caracterizada pela construção teórica em defesa de um Estado superdimensionado e protetor, integralmente racional, laico e secular, em que não haveria espaço para crenças e superstições. O nome "Leviatã" deriva de um monstro de origem bíblica, de muitas cabeças, e é utilizado por Hobbes como uma representação simbólica do Estado, qualificado como "um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado".[15]

O autor vincula sua teoria sobre a gênese do Estado a um bem desenvolvido conceito de estado de natureza prévio à convenção política, concebido como uma situação de guerra constante e feroz, na qual os egoísmos particulares não reconhecem outra autoridade que não seja a força. Sua concepção de estado de natureza é resultado de uma construção filosófica abstrata, que serviu de fundamento para justificar a necessidade de criação da sociedade politicamente organizada. O cenário pré-contratual é assim resumido:

> Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama de guerra; e uma guerra que é de todos os

14 *Ibidem*, p. IX.
15 *Ibidem*, p. 5.

> homens contra todos os homens. (*sic*)
> [...]
> Portanto, tudo aquilo que é válido para um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, o mesmo é válido também para o tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida por sua própria força e sua própria invenção. Numa tal situação não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto; consequentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis [...]; não há conhecimento da face da Terra nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta.[16]

Especificamente em relação ao(s) pacto(s) responsável(eis) por livrar o homem da condição animalesca em que vivia no estado de natureza, narrada por Hobbes, existe divergência entre vários autores que se dedicaram ao estudo da teoria contratualista: se existiu um único, dois ou até mesmo de três contratos, firmados em momentos distintos.

Siches aponta Juan Altusio, Francisco de Suárez e John Locke como adeptos da teoria da dualidade dos contratos: em primeiro lugar, o pacto social, por força do qual se constituiria a comunidade civil, deixando o aglomerado de pessoas de ser uma mera multidão para tornar-se uma comunidade civil capaz de transferir o poder político a seu governante; e o contrato político, mediante o qual esta mesma comunidade delega o exercício de determinados atos do poder público a um ou a vários sujeitos.[17]

O mesmo autor também ressalta a peculiar teoria de Pufendorf, que apregoa a existência de três contratos, que se escalonariam do seguinte modo: primeiro, o contrato social, que funda a comunidade política; segundo, o contrato ou acordo em que a comunidade atua já como pessoa jurídica e decide por uma ou outra forma de governo; e terceiro, o contrato de submissão ao senhorio, pelo qual a comunidade cede o poder à pessoa ou às pessoas a quem se estabeleceu o poder na forma do segundo contrato, a partir de quando se dissolve a comunidade, pois a partir daí não haveria mais do que indivíduos e o soberano.[18]

No que tange à controvérsia sobre a unicidade ou pluralidade de contratos, Hobbes posiciona-se pela existência de um único contrato de senhorio e de submissão, responsável pela fundação do próprio Estado e pela designação do soberano. Para ele, antes da proclamação do governante não haveria mais do que indivíduos com liberdade ou direitos iguais em sua potência física; depois do pacto, existiria unicamente a monarquia, porque o contrato conteria a renúncia à liberdade ilimitada pelos indivíduos em favor do soberano. Tal renúncia, para que o contrato pudesse servir de fundamento da sociedade política, haveria de ser inteira, incondicionada, pois do contrário correr-se-ia o risco de recair na anarquia primitiva. Sobre as características do pacto e a representatividade dos atos do soberano, Hobbes esclarece:

> Em segundo lugar, dado que o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto da parte do soberano, portanto nenhum dos súditos pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de infração.[19]

16 *Ibidem*, p. 75-76.
17 SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.
18 *Ibidem*, 2003.
19 HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 108.

Como é possível observar, os efeitos do pacto social para Hobbes são a constituição do Estado e a transferência de um poder absoluto ao soberano, que não demanda do governante qualquer compromisso finalístico para com seu exercício.[20] A própria concepção unitária do contrato social favorece a conclusão absolutista do poder do soberano, na medida em que inviabiliza qualquer invocação de um poder originário pretérito à constituição do Estado. Nesse sentido, Hobbes pontua:

> Como a grande autoridade é indivisível, e inseparavelmente atribuída ao soberano, há pouco fundamento para a opinião dos que afirmam que os reis soberanos, embora sejam *singulis majores* com maior poder do que qualquer de seus súditos, são apesar disso *universis minores* com menos poder do que eles todos juntos.[21]

Da biografia do autor extrai-se seu comprometimento com a manutenção do *status quo*, tendo sua construção teórica traços claros desta característica marcante de concepção do poder como um fim em si mesmo, legitimado por um ato de vontade dos indivíduos que, convencionado em determinado momento histórico, teria implicado a alienação dos próprios direitos ao soberano (e não apenas sua delegação).

Publicada em uma época de turbulência política na Inglaterra, concomitante à Guerra Civil Inglesa do Século XVII (a qual visava justamente confrontar o poder absoluto do soberano), *Leviatã* é marcada por uma defesa intransigente da monarquia reinante, cujo estudo permite identificar os fundamentos teóricos do absolutismo moderno.

20 "Portanto é inútil pretender conferir a soberania através de um pacto anterior. A opinião segundo a qual o monarca recebe de um pacto seu poder, quer dizer, sob certas condições, deriva de não se compreender esta simples verdade: que os pactos, não passando de palavras e vento, não têm qualquer força para obrigar, dominar, constranger ou proteger ninguém, a não ser que derive da espada pública" (*Ibidem*, p. 108).

21 *Ibidem*, p. 112.

3. John Locke

Colhe-se da introdução biográfica da obra *Os pensadores* – que reúne as três principais publicações de John Locke, a saber, *Carta acerca da tolerância* (1689), *Segundo tratado sobre o governo* (1690) e *Ensaio acerca do entendimento humano* (1690) –, que o autor é nascido em 29 de agosto de 1632, na Inglaterra, no seio de uma família de comerciantes burgueses. Em 1648, no auge da insurgência do parlamento contra a monarquia inglesa, seu pai lutou na guerra compondo as tropas ligadas ao parlamento.

Seguiu a carreira de médico e, fortuitamente, sua dedicação à medicina experimental serviu para fazê-lo ingressar nos círculos políticos da Inglaterra. Em 1666, tornou-se médico do conde Anthony Ashley Cooper (1621-1683), de Shaftesbury, e, em razão do sucesso do tratamento, ganhou sua confiança e passou a desempenhar a função de conselheiro político. A amizade com o conde Ashley e a rápida ascensão política deste (chegou ao cargo de Chanceler, o mais alto cargo público do país) mudariam completamente o curso da vida de Locke.

Ashley representava, na política britânica, os interesses do parlamento, opondo-se ao absolutismo de Carlos II (1630-1685). A ligação de Locke com o conde Ashley obrigou-o a exilar-se fora da Inglaterra no período em que este último fora preso, até o fim da Revolução Gloriosa, quando finalmente o parlamento alcançou a supremacia política e Locke voltou à cena política inglesa. Faleceu em 1704, tendo deixado obras que influenciaram importantes eventos históricos que se sucederam:

> Com suas ideias políticas, Locke exerceu a mais profunda influência sobre o pensamento ocidental. Suas teses encontram-se na base das democracias liberais. Seus *Dois Tratados sobre o Governo Civil* justificaram a revolução burguesa na Inglaterra. No século XVIII, os iluministas franceses foram buscar em

> suas obras as principais ideias responsáveis pela Revolução Francesa. Montesquieu (1689-1755) inspirou-se em Locke para formular a teoria da separação dos três poderes. A mesma influência encontra-se nos pensadores americanos que colaboraram para a declaração da Independência Americana, em 1776.[22]

A teoria contratualista de Locke é identificada por um viés mais racionalista, se comparada ao legado de Hobbes, passando a ter destacado valor como ideia social regulatória. Com isso não se está a afirmar que Locke negue o caráter histórico do contrato social. Ao contrário, em pelo menos duas passagens de sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, a saber, §§ 14 e 102, o autor empenha-se em demonstrar a existência histórica do estado de natureza e a vinculação de indivíduos livres e iguais por meio de um pacto social. A esse respeito, Diniz aponta:

> Com efeito, Locke concebia o estado de natureza como um fato histórico real, chegando ao ponto de valer-se de diversos relatos etnográficos, como aqueles descritos por Garcilaso de la Vega e José Acosta, para comprovar sua existência.[23]

Apesar disso, Locke adicionou elementos racionais a sua teoria contratualista que desvincularam a titularidade e o exercício do poder público, acoplando um elemento finalístico ao seu exercício. A solidez da construção teórica e o momento político vivido quando do lançamento da obra de Locke elevaram suas conclusões a um patamar de grande relevância, bem como levaram à periferia as discussões a respeito da efetiva existência histórica do contrato social.

Para chegar ao ponto culminante de sua teoria, Locke parte da desconstrução da premissa da origem divina do poder político exercido pelos reis, defendida por Robert Filmer (1588-1653) em sua obra *O Patriarca* (1680). A ideia central da teoria de Filmer é exposta por Diniz:

> O direito divino dos reis em Filmer encontra seu fundamento na perpetuação hereditária do poder monárquico absoluto concentrado primitivamente em Adão e transmitido em linhagem sucessiva historicamente aos monarcas; poder esse recebido por Adão e Noé do próprio Deus, assegurando-lhe primazia sobre todos os demais de sua e das demais espécies. Para Filmer, os homens não são livres, mas completamente submissos a esse poder supremo de origem divina investido na figura do soberano. Utilizando dessa premissa legitimatória, Filmer iria dela se valer para justificar o domínio das propriedades por parte daqueles investidos desse poder de origem adâmica.[24]

Para Locke, não há base de sustentação para a premissa legitimatória inata do poder dos monarcas, pelo simples fato de serem supostamente descendentes de Adão. Em razão disso, defende que os indivíduos, quando optam por firmar o pacto social, não renunciam a seus direitos originários, assegurados pela lei natural, mas tão-somente transferem ao governante legitimado o poder de garantir sua inviolabilidade e sua preservação contra quaisquer insurgências ou violações.

Locke teoriza um estado de natureza, precedente ao pacto social, com indivíduos detentores de direitos naturais (como a vida, a liberdade e a igualdade) e livres para defendê-los, eles próprios, "em virtude do direito que tem de preservar a Humanidade" (*sic*). Segundo esta concepção, o homem livre é o magistrado de suas próprias causas e pode retribuir

22 LOCKE, John. *Os pensadores:* carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. XXII-XXIV.

23 DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Direito, Estado e contrato social no pensamento de Hobbes e Locke: uma abordagem comparativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 152, out./dez. 2001, p. 155.

24 *Ibidem*, p. 155.

o mal que vier a ser-lhe causado na mesma medida em que o vitimou: "e assim é que qualquer homem, no estado de natureza, tem o poder de matar um assassino [...] que, tendo renunciado à razão [...], declarou guerra contra a Humanidade [...]". Com a constituição do pacto político, há uma delegação da garantia de inviolabilidade de direitos dos indivíduos, que passa a ser exercida pelo governante, sem que isso implique na transferência unilateral e indissociável dos próprios direitos em si.[25]

É particularmente nesse ponto que muitos estudiosos de sua obra enxergam a cisão do pacto social em dois contratos ou duas etapas,[26] o que viabiliza o resguardo da titularidade de direitos pelos súditos, mesmo em caso de rompimento do pacto político.

Cabe rememorar que, segundo a doutrina de Hobbes, a unidade dos contratos implicava a transferência incondicional do poder político e a irrevogabilidade do pacto, sob pena de retorno à anarquia primitiva. Locke, por seu turno, introduz um mecanismo de controle do poder político, capaz de justificar a eventual ruptura do pacto em caso de abusos ou de vícios no seu exercício por parte do governante, readquirindo o povo sua soberania originária.

E isso é feito a partir de uma reelaboração das condições vividas em estado de natureza. A situação de guerra perpétua defendida por Hobbes é substituída, em Locke, por uma convivência social que, apesar de não ordenada, não se configura um estado de guerra constante. Em verdade, o móvel da união dos indivíduos em torno do pacto social é, para Locke, a conveniência de se poder delegar e de se obter a garantia da defesa institucionalizada da paz, que passa a ser obrigação do governante ao qual foi concedido o poder político. Com isso, Locke acentua o caráter bilateral do contrato social:

> E assim sendo, quem tiver o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governá-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas do povo [...], e a empregar a força da comunidade no seu território somente na execução de tais leis, e fora dele para prevenir ou remediar malefícios estrangeiros e garantir a sociedade contra incursões e invasões. E tudo isso tendo em vista nenhum outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo.[27]

Mais adiante:

> Sempre que, portanto, qualquer número de homens se reúne em uma sociedade de tal sorte que cada um abandone o próprio poder executivo da lei de natureza, passando-o ao público, nesse caso e somente nele haverá uma sociedade civil ou política. [...] por esse meio autoriza a sociedade ou, o que vem a dar no mesmo, o poder legislativo dela a fazer leis para ele conforme o exigir o bem público da sociedade.[28]

Fica patente, então, a pretensão de elevação do contrato social à condição de um princípio ideal, um critério norteador das ações do soberano, o qual passa a vincular-se a seus súditos por objetivos comuns e a legitimar-se a partir da correção finalística de suas condutas (e não meramente a partir de sua linhagem hereditária).

25 LOCKE, John. *Os pensadores:* carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 37-38.

26 SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003; POLLOCK, Frederick. Hobbes and Locke: the social contract in english political philosophy. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 9, parte 1, p. 107-112, 1908; DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Direito, Estado e contrato social no pensamento de Hobbes e Locke: uma abordagem comparativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 152, p. 151-172, out./dez. 2001.

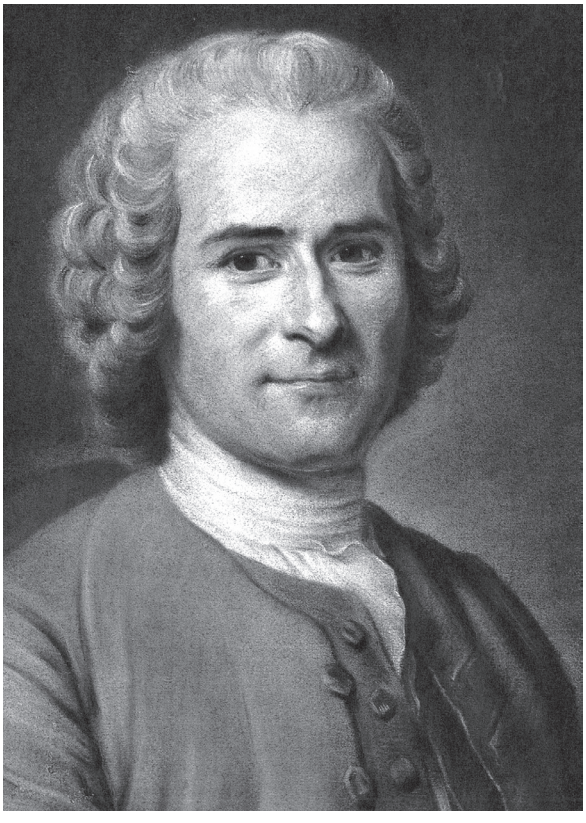
27 LOCKE, John. *Os pensadores:* carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 84.

28 *Ibidem*, p. 89-90.

4. Jean Jacques Rousseau

Na introdução biográfica das obras *Do contrato social*: princípios do direito político (2002) e *O contrato social*: princípios do direito político (2015) colhe-se que Rousseau nasceu na Suíça, em 1712, de família cujos antepassados eram originários da França. Foi criado por seus tios, devido à morte da mãe e ao exílio do pai, desde muito cedo. Seu espírito aventureiro o levou a migrar, ainda jovem, para a Sabóia, que na época pertencia ao reino da Sardenha, onde se converteu ao catolicismo.

Mudou-se para Paris por volta de 1736 e lá, aos 31 anos, foi nomeado Secretário do Embaixador da França em Veneza, surgindo a partir daí seu interesse pela política. Ganhou reconhecimento público pela participação em um concurso que culminou na publicação de ensaio sob o título *Discurso sobre as ciências e as artes*, rendendo-lhe o primeiro prêmio da Academia de Dijon, em 1750. A obra em questão referia-se à restauração das ciências e das artes como forma de purificar a moral.



Politicamente, expôs suas ideias no *Do contrato social*, lançado em 1762, por meio do qual defendeu ideais considerados afrontosos aos costumes morais e religiosos da época. Passou a ser perseguido na França e se refugiou na Inglaterra, onde conviveu com o filósofo e historiador britânico David Hume (considerado um dos maiores escritores da língua inglesa).

Em 1770, foi autorizado a retornar oficialmente à França, sob a condição de não publicar qualquer outra obra. Morreu em 1778 em Ermenonville, França. Sua principal obra, *O contrato social*, só teve maior aceitação e difusão depois de sua morte, com a aproximação da Revolução Francesa, tendo Roberpierre e Sait-Just inspirado-se nela.

Em Rousseau, é possível verificar um significativo esforço teórico para superar o subjetivismo, com a concepção de um padrão de contrato social deontológico, deixando de lado o empirismo que vinha confundindo o problema genético da comunidade civil. Siches aponta que essa dupla intenção de superação do subjetivismo e do empirismo (substituindo-os por um idealismo apriorístico) serviu de base para a meditação idealista do século XIX, especialmente a Kant (sobre quem teria exercido influência direta e decisiva).[29]

Com efeito, Rousseau afasta-se da missão de tentar explicar o contrato social como fenômeno histórico; ou melhor, de investigar a gênese da sociedade política, percorrendo e aprimorando um caminho rumo à descrição de uma sociedade ideal, que já havia sido iniciado por Locke. Bernasconi identifica esta característica da obra de Rousseau, apontando:

> No entanto, Rousseau acredita que ele

29 SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.

> pode dizer o que legitimaria a mudança por meio da qual a liberdade natural daria lugar às amarras da sociedade. Aparentemente compartilhando algumas, mas não todas, as suposições de teóricos do contrato social anterior, como Hobbes e Locke, Rousseau impõe condições mais rigorosas do que as concepções daqueles sobre o contrato que inicia a sociedade. [...]. Tendo renunciado à tarefa de explicar o nascimento da sociedade, ele não localiza na história a legitimação da sociedade. Este movimento inicial é, portanto, o deslocamento do discurso da facticidade para o discurso da legitimação.
> Ainda assim, o que Rousseau defende tem claras implicações para a sociedade existente, porque ele enfatiza que "uma pessoa só é obrigada a obedecer a poderes legítimos poderes".[30]

A mesma constatação é feita pelos autorizados tradutores[31] da obra *O contrato social*, definindo o problema científico enfrentado por Rousseau nos seguintes termos: "fornecer a fórmula de uma sociedade não abusiva, que permita a existência social de usufruir de todos os benefícios concernentes à sua essência". Esse diferencial eleva a obra de Rousseau a um novo patamar teórico, a ponto de Siches identificá-la como uma fase ulterior na evolução da doutrina do contrato social, um novo momento em sua evolução.[32]

Em *O contrato social,* Rousseau desenvolve problemáticas tratadas em quase todas as obras que a antecederam, dentre elas a autonomia ou dignidade ética do indivíduo; a igualdade da essência moral de todos; a justificação do poder político em abstrato; a ausência de predestinação da autoridade em uma pessoa determinada; a titularidade primária ou originária do poder reunida na comunidade social; a soberania popular e a limitação do poder público pelo direito natural.

O ponto nodal de seu pensamento, do qual todos os demais decorrem, é a ideia de que o poder político e a soberania têm suas justificações no contrato social, bem expressa na seguinte passagem de sua obra, no ponto em que trata dos limites do poder do soberano:

> Se o Estado ou a Cidade não é senão uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o da sua própria conservação, necessita de uma força universal e compulsiva para mover e dispor de cada parte, da maneira mais conveniente a todos. Assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é este o mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, traz, como já disse, o nome de soberania.
> [...] Trata-se, pois, de distinguir muito bem os respectivos direitos dos cidadãos e do soberano, e os deveres que os primeiros devem desempenhar, na qualidade de súditos, do direito natural do qual devem usufruir, na qualidade de homens.[33]

Na sequência, o autor põe-se a responder ao questionamento: "o que é propriamente um ato de soberania?":

> Não é uma convenção do superior com o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros: convenção legítima, porque tem como base o contrato social, equitativo, porque é comum a todos, útil, porque não pode ter outro objeto senão o bem geral, e

30 BERNASCONI, Robert. Rousseau and the supplement to the social contract: deconstruction and the possibility of democracy. *Cardozo Law Review*, v. 11, 1990, p. 1541, tradução livre.

31 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*: princípios do direito político. Trad. e comentários J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 9.

32 SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.

33 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*: princípios do direito político. Trad. e comentários J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

> sólido, porque tem como garantia a força pública e o poder supremo. Enquanto os súditos não estão submetidos senão a tais convenções, eles não obedecem a ninguém, mas apenas à própria vontade; e perguntar até onde se estendem os respectivos direitos do soberano e dos cidadãos é perguntar até que ponto eles podem engajar-se consigo mesmos, cada um para todos e todos para cada um.[34]

À medida que o contrato perde seu lastro empírico e se racionaliza, suas consequências democráticas aumentam e cobram plenitude. É dizer, na medida em que não mais ligado necessariamente à interpretação do conteúdo de um pacto específico (que poderia outorgar mais ou menos direitos), e sim a uma dimensão ideal, comum a todas as sociedades, as ideias de limitação do poder do governante e de garantia de direitos individuais (naturais, para Rousseau) passariam a fazer-se presente em todo e qualquer regime de governo.

Portanto, a teoria nos remete à compreensão do sentido deontológico do contrato social e dos fins do Estado, funcionando como um critério regulador; isto é, de medida para aferir a justiça ou injustiça das ordenações políticas. Na linha de entendimento de Rousseau, serão elas justas se e na medida em que se possa concebê-las como fruto de um contrato com base no qual os indivíduos tenham convencionado aquilo (e apenas aquilo) que racionalmente exige sua natureza moral de seres dignos e livres.

A partir daí, o contrato social cumpre um papel paradigmático e regulador da constituição de uma ordem jurídica, de modo a assegurar que os direitos que o homem tem por natureza sejam conservados íntegros, mesmo depois de sua integração na organização social.

Pollock, em um tópico específico de seu trabalho intitulado "o caminho até Rousseau", elabora uma análise descritiva sintética desta evolução partindo de Hobbes e Locke até culminar na doutrina do contrato social de Rousseau:

> O caminho até Rousseau. - Assim, a teoria de Locke pode ser tida como preparatória para o caminho até Rousseau. Hobbes conhecia apenas um contrato social, o pacto de lealdade: a sociedade civil é constituída pela fidelidade ao poder comum. Locke sustenta (como eu o li) que há uma aliança preliminar da comunidade e também uma aliança auxiliar da fidelidade: mas os governantes escolhidos não são, como governantes, partes desse segundo pacto. Rousseau, com grande engenhosidade, abandonou as linhas de Locke e moldou uma teoria que quase pode ser chamada de inversão da de Hobbes. Ele aboliu completamente a aliança de lealdade, por considerá-la supérflua. Para Rousseau há apenas um contrato, a aliança da comunidade: porque a comunidade que ela cria é soberana, e tudo o que a comunidade faz é um ato de soberania que não precisa de confirmação mais distante. Assim Hobbes reconhece *pactum subiectionis* somente; Locke (aparentemente) ambos *pactum unionis* e *pactum subiectionis*; Rousseau *pactum unionis* somente.[35]

Rousseau, de fato, supera a ideia de dualidade de contratos (o contrato de associação e o contrato político ou de submissão), entendendo que existe apenas um contrato: o de associação ou social, responsável também pela fundação do Estado, nos termos idealmente necessários. Uma vez constituído o contrato, a soberania recairia sobre o corpo social, não podendo o governante atuar contra o bem comum desse próprio corpo, sob pena de infringir o pacto social.

34 *Ibidem*, p. 53.

35 POLLOCK, Frederick. Hobbes and Locke: the social contract in english political philosophy. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 9, parte 1, 1908, p. 110-111, tradução livre.

Suas ideias influenciaram decisivamente na teorização dos direitos fundamentais na América do Norte e na França, palcos de duas Revoluções responsáveis pela mudança paradigmática das relações entre o Estado Absolutista e seus súditos e pelo avanço teórico na concretização do Estado Democrático de Direito tal como hoje o conhecemos.

Conclusão

As críticas calcadas na inviabilidade de aceitação da efetiva existência histórica de um contrato social firmado entre todos os homens em estado de natureza, no qual teriam eles pactuado submeter-se a um poder regulador, podem levar o pesquisador a relegar a importância da teoria contratualista na evolução da sociedade e do Estado de Direito.

O que se buscou demonstrar nesse trabalho foi que, ao largo do caráter histórico do contrato social, existe uma dimensão ideal, deontológica, que pode ter exercido forte influência na limitação, no controle e na fiscalização dos poderes públicos, bem como na consolidação dos direitos fundamentais, tais como hoje os conhecemos.

Para tanto, procurou-se apoiar a pesquisa nas teorias contratualistas de três dos principais autores que se dedicaram a tratar do tema, a saber: Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau. A partir daí, analisando criticamente cada uma delas, a presente pesquisa pretendeu demonstrar o caminho desde a teorização do contrato social como um instrumento de investigação histórica até seu estabelecimento como ideia reguladora, de caráter deontológico, responsável pelo ordenamento da sociedade e do poder público.

Referências

BERNASCONI, Robert. Rousseau and the supplement to the social contract: deconstruction and the possibility of democracy. *Cardozo Law Review*, v. 11, p. 1539-1564, 1990.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. [S.l]: eBookLibris, [s.d]. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/darepublica.html>. Acesso em: 05.11.2016.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Direito, Estado e contrato social no pensamento de Hobbes e Locke: uma abordagem comparativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 152, p. 151-172, out./dez. 2001.

HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

KARY, Joseph H. Contract law and the social contract: what legal history can teach us about the political theory of Hobbes and Locke. *Ottawa Law Review*, v. 31, p. 73-92, 1999.

LOCKE, John. *Os pensadores:* carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio sobre o entendimento humano. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

PANIZA, Alexandre de Lima. Democracia e contratualismo nas concepções de Hobbes e Rousseau: uma abordagem histórica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional:* tema central: em tempos de democracia, São Paulo, n. 3, p. 249-267, jan./jun. 2004.

POLLOCK, Frederick. Hobbes and Locke: the social contract in english political philosophy. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 9, parte 1, p. 107-112, 1908.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*: princípios do direito político. Trad. e comentários J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*: princípios do direito político. Trad. Edson Bini. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2015.

SICHES, Luis Recaséns. *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.

Revista do TRF3 - Ano XXX - n. 141 - Abr./Jun. 2019

A questão da mulher: muito além do Direito



Juliana Paula Magalhães

Doutoranda e Mestra em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP. Bacharela em Direito pela mesma instituição. Servidora pública do TRF da 3ª Região.

RESUMO: Trata-se de artigo que visa abordar a questão da mulher e sua relação com o Direito, para além dos paradigmas tradicionalmente assentados acerca desse tema. Nosso lastro reside nas proposições teóricas do jurista russo Evguiéni Pachukanis e do filósofo francês Louis Althusser. O jurista russo, embasado nas obras de maturidade de Marx, aponta que o Direito é forma estruturante e necessária do capitalismo, haja vista que, nesse modo de produção, é imprescindível que as pessoas tomem forma social de subjetividade jurídica, a qual não decorre da norma, porém da materialidade das relações sociais. De igual modo, a forma política estatal – derivada diretamente da forma mercantil, tal como a forma jurídica – tem caráter estrutural na sociedade capitalista. Althusser, por sua vez, desenvolve aprofundado estudo da ideologia, demonstrando que os padrões ideológicos operam no inconsciente, constituindo as subjetividades a partir de práticas materiais concretas. Para o filósofo francês, a ideologia jurídica ocupa papel fundamental no capitalismo, garantindo-lhe a reprodução. O machismo pertence ao arcabouço ideológico do capitalismo, pois esse modo de produção não se estrutura apenas na exploração do trabalho, mas também em múltiplas opressões. Considerando a intrínseca imbricação entre Direito, Estado e capitalismo, tem-se que não será por meio do Direito que se extirpará a raiz das explorações e opressões. Não obstante medidas jurídicas possam ter importância conjuntural para minorar a opressão sofrida pelas mulheres, o fim do patriarcado não se dará pelo Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. Feminismo. Capitalismo. Direito. Estado. Althusser. Pachukanis.

RÉSUMÉ: Cette étude vise à aborder la question des femmes et de leur relation au droit, en plus des paradigmes traditionnellement établis sur ce sujet. Notre cœur réside dans les propositions théoriques de Louis Althusser et d'Evguiéni Pachukanis. Le juriste russe, se basant sur les travaux de maturité de Marx, souligne que le droit est une forme structurelle et nécessaire du capitalisme, car, dans ce mode de production, il est impératif que les gens adoptent une forme sociale de subjectivité juridique, qui ne découle pas de norme, mais de la matérialité des relations sociales. De même, la forme politique de l'État - dérivée directement de la forme marchande, à l'instar de la forme juridique - a un caractère structurel dans la société capitaliste. Althusser, à son tour, développe une étude approfondie de l'idéologie, démontrant que les modèles idéologiques opèrent dans l'inconscient, constituant des subjectivités à partir de pratiques matérielles concrètes. Pour le philosophe français, l'idéologie juridique joue un rôle fondamental dans le capitalisme en garantissant la reproduction. Le machisme appartient au cadre idéologique du capitalisme, puisque ce mode de production est structuré non seulement dans l'exploitation du travail, mais également dans de multiples oppressions. Compte tenu de l'imbrication intrinsèque entre le droit, l'État et le capitalisme, il est un fait que ce ne sera pas par le droit que la racine de l'exploitation et de l'oppression sera supprimée. Bien que les mesures juridiques puissent avoir une importance limitée pour atténuer l'oppression subie par les femmes, la fin du patriarcat ne sera pas par le droit.

MOTS-CLÉS: Femme. Féminisme. Capitalisme. Droit. État. Althusser. Pachukanis.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito, Estado e capitalismo. 3. A ideologia. 4. A questão da mulher e o Direito: horizontes de transformação. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Práticas sociais de caráter machista de há muito perpassam a história da humanidade e ainda se fazem presentes em nossa sociedade. As "mulheres de Atenas", imortalizadas na composição de Chico Buarque – embora em outra roupagem e em outro momento histórico –, ainda subsistem em nossos dias, daí a perspicácia do compositor ao escrever: "mirem-se no exemplo daquelas mulheres". Fácil constatar a opressão sofrida pela mulher na atualidade brasileira, por exemplo. Desde os dados alarmantes da violência doméstica, passando pelo alto índice de estupros e assédios, até as opressões cotidianas, que adquirem certa condição de normalidade e aceitabilidade social, como por exemplo, os julgamentos pelos quais são submetidas as mulheres pelas formas de se vestirem e de se comportarem. Diante desse quadro de horrores, o movimento feminista possui importância fundamental, ao trilhar pelos caminhos da resistência e da luta contra o jugo que recai sobre a mulher.

As demandas por igualdade de direitos e pela plena liberdade de disposição sobre o próprio corpo, por maior severidade legislativa nas tipificações aos crimes cometidos contra as mulheres e pela eficácia na aplicação das normas já existentes aos casos de violência contra a mulher, são as grandes bandeiras de muitas lutadoras e de muitos dos que apoiam as causas feministas. Na conjuntura social de um neoliberalismo exacerbado, também são bastante difundidas as postulações por manutenção e ampliação das legislações protetivas aos direitos trabalhistas e previdenciários das mulheres.

A partir desses exemplos, é fácil perceber que, de modo geral, o feminismo costuma ter suas pautas cooptadas pelo horizonte jurídico. As lutas das mulheres, em grande parte das situações, fazem-se nessa esfera ou, pelo menos, com vistas a alcançá-la. Enxerga-se o Direito como instrumento de justiça e o Estado como bem comum. Nesse contexto, busca-se garantir a proteção à mulher por meio do arcabouço normativo, pelas instituições e pelos aparatos estatais.

As lutas por legislações protetivas às mulheres e por sua aplicação são louváveis e importantes no contexto atual, contudo, elas não são suficientes para alterar a estrutura social machista na qual estamos inseridos, na medida em que a forma jurídica e a ideologia jurídica a ela atrelada são, na contemporaneidade, necessariamente imbricadas ao modo de produção capitalista – calcado na exploração da força de trabalho tornada mercadoria – e atuam de modo a garantir-lhe a reprodução. Nesse ponto, temos que abordar uma questão fundamental que se refere ao próprio conceito de Direito, bem como ao papel que ele desempenha em nossa sociedade.

Assim sendo, o escopo de nosso artigo será demonstrar que a abordagem da questão da mulher não pode se restringir ao horizonte jurídico. Para isso, nosso lastro residirá fundamentalmente no arcabouço teórico fornecido pelas obras do jurista russo Evguiéni Pachukanis e do filósofo francês Louis Althusser.[1]

1 O pensamento jurídico contemporâneo, conforme a leitura proposta por Alysson Leandro Mascaro, pode ser dividido em três grandes caminhos: juspositivismo, não juspositivismo e crítica. O juspositivismo, em síntese, concebe o Direito a partir do arcabouço normativo. O não juspositivismo enxerga o Direito como resultado de relações de poder. Por sua vez, a crítica, que se apresenta como sendo o caminho do marxismo, busca desvendar o fenômeno jurídico a partir da materialidade das relações sociais do modo de produção capitalista. Nas palavras do jurista brasileiro: "Os três caminhos do pensamento jurídico contemporâneo se fundamentam em lastros filosóficos próprios. Suas visões peculiares tornam a própria geografia do fenômeno jurídico distinta. Tais perspectivas trabalham com o fenômeno jurídico em graus variados de aprofundamento de sua relação com o todo social. Ao juspositivismo, a imediata associação do Direito com o Estado já é suficiente para dar identidade ao fenômeno jurídico. Os não juspositivismos abrem essa reflexão ao próprio poder. A perspectiva crítica, representada pelo marxismo, enxerga os fios ocultos que especificamente constroem o Direito no capitalismo. No pensamento jurídico marxista, a totalidade é o horizonte amplo no qual se situa e se estuda o direito." (MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61). É pelo caminho da crítica, na qual Al-

2. Direito, Estado e capitalismo

Costuma-se repetir o velho brocardo "Ubi societas, ibi jus" de maneira quase mecânica. Contudo, aquilo que se convencionou chamar por Direito nas sociedades escravagistas, feudais e capitalistas não possui definições e práticas uniformes, conforme veremos, haja vista que, nos dois primeiros modos de produção, a plenificação da forma da mercadoria ainda não havia se dado.

Na sociedade escravista, a exploração da mão-de-obra escrava se dava de maneira direta, pela força. No período feudal, embora com uma modulação distinta, o vínculo entre senhor e servo também era mantido pela força. O servo estava preso à terra e necessitava prestar obrigações ao seu senhor de modo a garantir a própria subsistência. Tanto no escravagismo quanto no feudalismo, não havia se constituído o trabalho assalariado como prática social de caráter geral, sendo que tal situação apenas se faz presente no momento histórico no qual se constitui o modo de produção capitalista.

A sociedade capitalista estrutura-se a partir da forma mercantil, em um contexto de luta de classes, explorações e opressões. É apenas quando o trabalho se torna mercadoria que se tem a constituição efetiva dessa forma social. A universalização da forma-mercadoria enseja o surgimento da forma jurídica e da forma política estatal, como suas derivadas.

O jurista russo Evguiéni Pachukanis (1891 – 1937), especialmente em sua obra *Teoria geral do direito e marxismo,* é o grande propositor de uma leitura original do fenômeno jurídico, a qual se lastreia na materialidade das relações sociais e tem como fundamento teórico o método proposto por Karl Marx.[2] Distanciando-se das concepções jurídicas tradicionalmente assentadas, Pachukanis sustenta que o Direito, tal como se apresenta na atualidade, é uma forma social específica da sociedade capitalista.

O núcleo da forma jurídica, para o jurista russo, reside na figura do sujeito de direito, de modo que "toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos".[3] A subjetividade jurídica é específica das relações de produção capitalistas, haja vista que é apenas quando a força de trabalho se torna mercadoria que tanto os proprietários dos meios de produção quanto os proprietários da força de trabalho passam a ostentar a condição de sujeitos de direito.[4] Assim, o atributo da subjetividade jurídica dado aos indivíduos não se origina da norma, mas da vida concreta, em um momento histórico específico.

Escravos e servos não dispunham da condição de sujeitos de direito de forma plena, pois a exploração do trabalho naquelas épocas se dava de maneira distinta, pela força, em uma relação de mando direto. No escravagismo e no feudalismo, a venda da força de trabalho não era prática usual, por conseguinte, a sociedade não era atravessada pela forma mercantil. O capitalismo resultou de um contexto de transformação social profunda e, ao mesmo tempo, representou uma mudança completa nos paradigmas anteriormente estabelecidos. Com a mercan-

thusser e Pachukanis estão inseridos, que conduziremos nosso estudo.

2 "A concepção de Pachukanis corresponde inteiramente às reflexões que Marx desenvolve, sobretudo nos *Grundrisse* e em *O capital*, a propósito do *lugar central que ocupa a análise da forma* para compreender as relações sociais capitalistas" (NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito:* um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 48).

3 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 117.

4 "[...] a força de trabalho só pode aparecer como mercadoria no mercado na medida em que é colocada à venda ou é vendida pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é a força de trabalho. Para vendê-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais." (MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 242).



tilização da força de trabalho e a apropriação do mais-valor pelo capitalista, opera-se uma verdadeira revolução social, que desemboca da universalização da forma-mercadoria,[5] a qual por sua vez, gera derivações tais como a forma jurídica, nucleada na figura do sujeito de direito.[6] Acerca desse ponto, cumpre destacar as elucidações do jurista russo:

> O camarada Razumovski pensa que, ao tomar como fundamento da minha análise o conceito de sujeito, excluo de meu exame as relações de domínio e subordinação, enquanto a posse e a propriedade estão indissoluvelmente ligadas a elas. Não penso, evidentemente, em negar essa ligação, afirmo apenas que a propriedade se torna fundamental para o desenvolvimento da forma jurídica somente enquanto livre disposição no mercado, e a expressão mais geral dessa liberdade é desempenhada pela categoria de sujeito. [...] O servo está em uma situação de completa subordinação ao senhor justamente porque essa relação de exploração não exige uma formulação jurídica particular. O trabalhador assalariado surge no mercado como um livre vendedor da sua força de trabalho porque a relação capitalista de exploração é mediada pela forma jurídica do contrato. Acredita-se que esses exemplos sejam suficientes para se admitir o significado decisivo da categoria sujeito para a análise da forma jurídica.[7]

Para Pachukanis, o Direito não é produto da razão ou de uma natureza humana e nem tampouco da norma, mas tem uma base concreta, material. Assim, o jurista russo afasta-se completamente de todas as concepções idealistas do fenômeno jurídico. Nessa perspectiva, não há como se pensar o Direito de maneira dissociada das contradições específicas do modo de produção capitalista.[8]

5 "O que caracteriza a sociedade capitalista é, portanto, que a força de trabalho assume para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence, razão pela qual seu trabalho assume a forma do trabalho assalariado. Por outro lado, apenas a partir desse momento universaliza-se a forma-mercadoria dos produtos do trabalho." (MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 245).

6 "A análise da forma do sujeito deriva diretamente da análise da forma da mercadoria." (PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 119).

7 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 118.

8 "Não se devem tomar as relações capitalistas como um bloco genérico para que fique clara, então, a verdade do direito. Tampouco o direito pode ser entendido de maneira abstrata, fora da história específica das próprias relações capitalistas. O direito é imediatamente verificado quando, pelas primeiras vezes, estrutura-se um sistema de trocas mercantis generalizadas. O fundamento metodológico de Pachukanis, portanto, demonstra-se fiel ao próprio Marx. A forma jurídica não é tomada como um mero normativismo genérico, fora da história. É a circulação mercantil que dá especificidade ao direito. Logo, a forma jurídica é um dado histórico-social concreto, do plano do ser e não mais do dever-ser, como o foi com toda a tradição metafísica e juspositivista." (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 476).

O vocábulo direito é pré-capitalista, contudo, designava fenômenos sociais completamente distintos daquele que se constrói a partir do capitalismo. Aquilo que se chamava por direito das sociedades antigas e feudais não se trata do mesmo fenômeno da contemporaneidade. A própria gênese filosófica da subjetividade jurídica é relativamente recente, conforme os estudos empreendidos por Michel Villey.[9] O jurista francês, ainda que em chave teórica distinta da pachukaniana, demonstra que tal noção, embora já esteja presente na obra de Guilherme de Ockham, somente encontrou desenvolvimento posterior, a partir das obras de Thomas Hobbes e Immanuel Kant, dentre outros.[10]

Pachukanis, na esteira de Marx, demonstra o desenvolvimento material da subjetividade jurídica. O jurista russo destaca que "a sociedade capitalista é antes de tudo uma sociedade de proprietários de mercadorias".[11] Para que possam transacionar mercadorias, é preciso que os indivíduos se apresentem como sujeitos de direito, com predicados de liberdade e igualdade intrínsecos a essa condição. Assim, tanto o contrato quanto a propriedade, no capitalismo, adquirem características específicas, pois pressupõem a existência do sujeito de direito, fruto de um modo de produção específico.

Importante salientar que a abordagem pachukaniana do fenômeno jurídico não é meramente circulacionista, mas tem seu lastro na esfera da produção. O direito não se origina meramente das trocas mercantis simples. A forma jurídica apenas se constitui efetivamente com a plenificação da forma mercantil e essa situação é uma decorrência direta da exploração do trabalho assalariado.[12] Por sua vez, é a constituição da forma jurídica que permite a perpetuação dessa relação exploratória.

A forma jurídica, como toda a forma social, possui caráter histórico.[13] O capitalismo engendra as formas sociais a ele inerentes e peculiares.[14] Assim sendo, ao lado do processo de derivação da forma jurídica, tem-se o surgimento da forma política estatal.[15] Com base na obra de Pachukanis, diversos teóricos aprofundaram esse estudo, como, por

9 O pensamento de Michel Villey acerca da questão da subjetividade jurídica é o objeto de minhas pesquisas atuais para a redação de minha tese de doutorado, intitulada "Michel Villey e a subjetividade jurídica", que se encontra em fase de elaboração.

10 VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. Définitions et fins du droit. Le moyens du droit. Paris: Dalloz, 2001, p. 106–109.

11 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 118.

12 "É verdade que há, para Pachukanis, uma relação de determinação imediata entre forma jurídica e forma da mercadoria, como vimos, mas a determinação em Pachukanis é, a rigor, uma sobredeterminação. A esfera da circulação, que determina diretamente as formas do direito, é por sua vez determinada pela esfera da produção, no sentido preciso de que só o específico processo de organização capitalista do trabalho permite a produção de mercadorias como tais, isto é, como resultado de um trabalho que se limita a ser puro dispêndio de energia laborativa indiferenciada. Ora, se a forma do direito depende da forma da mercadoria, e esta só se realiza no modo de produção capitalista, então a forma jurídica também depende do modo específico de organização do processo do trabalho decorrente da instauração das relações de produção capitalistas. Podemos, então, dizer que, se o direito 'acompanha' o movimento da circulação, uma vez que esse movimento é 'comandado' pelas 'exigências' da produção, o direito sofre também a determinação dessa esfera, ainda que não de modo imediato." (NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito:* um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 72–73).

13 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 119.

14 "Se se assemelhar forma à fôrma que pode ser preenchida por conteúdos variados, a transposição de tal perspectiva ao plano social dirá respeito aos moldes que constituem e configuram os sujeitos, atos e suas relações" (MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 21).

15 "O debate sobre a derivação do Estado inicia-se na Alemanha, na década de 1970, quando da crise dos Estados de bem-estar social europeus. A reflexão de autores como Rudolf W. Müller, Christel NeusüB, Elmar Altvater e, em especial, Joachim Hirsch buscou avançar para além da tradição marxista do Estado oriunda do stalinismo ou, de outro lado, apontando os limites de visões econômicas e políticas intervencionistas como keynesianas. Tal debate, com uma variedade de contestações e polêmicas teóricas, amplia-se de início também para o Reino Unido, a partir dos pensamentos de Bon Jessop, John Holloway e Sol Picciotto, entre outros." (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 591).

exemplo, na Alemanha, Joachim Hirsch e, no Brasil, mais recentemente, Alysson Leandro Mascaro, dentre outros.

Nessa perspectiva, a forma política estatal apresenta-se como específica ao modo de produção capitalista, totalmente distinta dos núcleos de poder que a antecederam. Nas sociedades escravagistas e feudais, os detentores do poder político e do poder econômico confundiam-se. Com o advento do capitalismo, tem-se a separação entre essas esferas. O Estado passa a se apresentar como ente terceiro, separado das classes sociais. Assim, "ao lado do domínio de classe direto emerge, dessa maneira, o domínio mediato e refletido na forma do poder estatal oficial como uma força particular, destacada da sociedade."[16] A peculiaridade do Estado no capitalismo reside em sua forma. Sobre essa questão, importante destacar o esclarecimento de Mascaro:

> É na assunção do sistema geral de trabalho assalariado que se estabelecem então as bases da forma política estatal. Em parelho a essa alteração nas relações de produção, os contornos plenos do Estado somente se darão com as revoluções burguesas. Nesse ponto da história, cortam-se os últimos laços de concentração de pessoal dos poderes na figura do rei e instauram-se os aparatos que tornam o Estado um terceiro necessário em relação aos indivíduos e às classes. [...] O Estado surge historicamente antes; a forma política estatal surge depois. O estabelecimento de unidades estatais se dá sobre as específicas relações do feudalismo em fragmentação. A forma política em definitivo, que dá identidade ao Estado como instância apartada dos indivíduos surgirá com as revoluções burguesas. [...] No balanço de sua especificidade histórica, depreende-se que o nexo entre capitalismo e Estado é estrutural. A generalização das relações sociais constituídas mediante forma-mercadoria demanda uma forma política apartada dos próprios portadores e trocadores de mercadorias – a principal delas, a força de trabalho mediante salário. O Estado se consolida como ente terceiro, garante e necessário da dinâmica do capitalismo. [...] Em termos históricos, a especificidade do Estado não representa, necessariamente, originalidade de aparatos, instituições ou funções, mas sim de forma [...].[17]

Destarte, tanto forma jurídica quanto forma política estatal são derivadas da forma da mercadoria. Ambas se vinculam de maneira estrutural, por um processo de "conformação, gerando entre si uma espécie de derivação de segundo grau".[18] A partir daí, tem-se o surgimento da norma jurídica, como a resultante desse processo. Portanto, pode-se notar a total contraposição das leituras da matriz pachukaniana em relação às concepções juspositivistas do fenômeno jurídico.

Direito e Estado permitem a exploração do trabalho no capitalismo, garantindo, dessa maneira, a reprodução desse modo de produção. Insta salientar que a estruturação social capitalista não se restringe às formas mercantil, política e jurídica, mas também a partir de outras, tais como a forma-valor.[19]

16 NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito:* um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 142.

17 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 56–57.

18 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 594.

19 "Quando as trocas se generalizam e até mesmo o trabalho passa a ser objeto de troca – trabalho assalariado –, os indivíduos, perante o mercado, apagam suas características de classe, de cultura e de condição econômica, reduzindo-se a peças formalmente iguais trocadas livremente – com o dispositivo da autonomia da vontade, tornam-se sujeitos de direito. A forma-valor, que permeia as relações de circulação e produção, está até então derivada em forma jurídica. Mas a forma-valor só pode existir quando também se derivar em forma política estatal. No capitalismo, os aparatos que garantem o vínculo contratual e que jungem contratante e contratado são distintos formalmente de ambas as partes. O contrato exprime a forma-valor e o valor é referenciado em coisas, bens, dinheiro, propriedade privada. O aparato político, terceiro a todos os possuidores e trabalhadores, garante, além dos vínculos de troca e alguns de seus termos, a própria apropriação

A especificidade das formas sociais no capitalismo representa também uma reconfiguração de antigos meios de opressão e dominação. O machismo, por exemplo, já se fazia presente nas sociedades escravagistas e feudais, contudo, com o advento do capitalismo, ele adquire roupagem peculiar e inerente a esse modo de produção, atrelado às formas sociais derivadas da forma mercantil. Nesse sentido, é a lição de Alysson Leandro Mascaro:

> A noção de homem e mulher é retrabalhada no capitalismo. O patriarcalismo adquire contextos específicos na dinâmica entre capital e trabalho. Os grupos sociais tradicionais – como a parentela – são dissolvidos em favor de um núcleo familiar plantado na vinculação entre homem e mulher. Em sociedades nas quais a vida depende da posse de bens que são adquiridos no mercado, é a centralização do papel assalariado nas mãos do homem que forja o moderno patriarcado. O machismo vai de par com o capitalismo. Há um liame necessário entre a forma mercantil e a forma da família monogâmica heterossexual reprodutora. A forma política se põe a complementar, em tal caso, a dinâmica das formas. Os padrões sociais que sejam distintos do casamento monogâmico heterossexual são repudiados tanto socialmente quanto juridicamente. Com base também num emparelhamento com a repressão política, as religiões estabelecem a noção "divina" de família e a sociedade circula a noção "natural" do que espera de seus vínculos. [...] A sorte das minorias, nas sociedades capitalistas, deve ser tida não apenas como replique, no mundo atual, das velhas operações de preconceito e identidade, mas como política estatal deliberada de relações estruturais e funcionais na dinâmica do capital. Por isso o capitalismo é machista, homofóbico, racista e discriminador dos deficientes e dos indesejáveis. O capital é historicamente concentrado nas mãos dos homens, cabendo à mulher o papel de guardadora do núcleo familiar responsável pelas mínimas condições de existência do trabalhador e de reprodução da mão de obra. As relações de gênero são estruturadas pela dinâmica das classes e do capital. [20]

Considerando-se que as formas sociais no capitalismo apenas se prestam fundamentalmente à manutenção de um modo de produção eminentemente exploratório, não há como se pensar em uma efetiva transformação social a partir das balizas ditadas por elas. Portanto, mudanças de ordem estrutural somente serão possíveis mediante a ruptura como a forma-mercantil e, por conseguinte, com as formas jurídica e política que dela derivam.

3. A ideologia

O filósofo francês Louis Althusser, que teve sua trajetória intelectual construída no século XX e mundialmente reconhecida, foi um grande estudioso da questão da ideologia. Para ele, diferentemente das acepções vulgares desse termo, a ideologia não é uma escolha do indivíduo, mas opera no inconsciente e apresenta-se como a resultante de práticas materiais reiteradas, determinadas, em última instância, pela esfera econômica. Assim, na concepção althusseriana, a ideologia constitui as subjetividades dos indivíduos, revestindo-os, portanto, da condição de sujeitos, os quais, por sua vez, reproduzirão as práticas do arcabouço ideológico no qual estão imersos, fazendo, dessa maneira, com que a ideologia se perpetue. Logo, considerando o tempo histórico no qual estamos inseridos,

formal do valor pelo sujeito, ou seja, a propriedade privada. [...] Assim, é o mesmo circuito das relações sociais de produção aquele que enseja a forma-valor, a forma-jurídica e a forma política estatal." (MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 26).

20 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 67.

temos que a determinação da ideologia se dá pelo modo de produção capitalista, estruturado na exploração do trabalhador, a partir da constituição da forma mercantil.

Quando se diz que "menina veste rosa e menino veste azul" está a se expressar uma verdade, haja vista que tal faz parte do conjunto de padrões que marcam a realidade de meninos e meninas em nossa sociedade, os quais se iniciam mesmo antes do nascimento, intensificando-se e tornando-se mais complexos ao longo da vida.[21]

Althusser, em uma conjugação entre marxismo e psicanálise, avançou muito na compreensão da estrutura do arcabouço ideológico no qual estamos inseridos. Uma das notáveis contribuições do filósofo francês é a proposição da noção de aparelhos ideológicos de Estado ao lado dos chamados aparelhos repressivos de Estado,[22] esses últimos compostos pelas instituições estatais, cuja atuação se dá precipuamente pela repressão.

Os aparelhos ideológicos de Estado – que operam especialmente por meio da ideologia – não possuem necessariamente um caráter estatal no sentido jurídico do termo, mas atuam em uma esfera mais ampla, sendo compostos pelas igrejas, escolas, universidades, imprensa, mídia em geral, redes sociais, meios de comunicação de massa, sindicatos, pela indústria cultural, bem como pelas instituições políticas e jurídicas.

Com base no pensamento de Althusser, pode-se afirmar que a ideologia jurídica é a ideologia por excelência no capitalismo, constituindo sujeitos de direito livres e iguais para que possam vender sua força de trabalho no mercado. Nessa perspectiva, tem-se que os ideais burgueses de liberdade e igualdade celebrizados na Revolução Francesa e, em certa medida até hoje cultuados, nada mais são do que instrumentos para que a exploração capitalista se perpetue. Capitalistas e trabalhadores apresentam-se como juridicamente iguais e livres, contudo, apenas os primeiros são detentores dos meios de produção e a liberdade dos últimos reside na possibilidade de venda da força de trabalho como mecanismo de subsistência. Aqui cabe destacar as palavras do jurista francês Bernard Edelman, influenciado pelo althusserianismo: "o sujeito de direito permite esta espantosa revelação: a produção jurídica da liberdade é *a produção de si-próprio como escravo*".[23]

Althusser desenvolveu uma profunda crítica ao humanismo, inclusive no âmbito do marxismo.[24] Para o filósofo, o humanismo é ideológico, na medida em que parte da noção de homem, atribuindo-lhe a noção de sujeito e, por conseguinte de sujeito de direito e com isso se mascara a realidade da luta de classes. O humanismo oblitera a visão de que, na verdade, as determinações sociais possuem caráter estrutural e que as subjetividades são constituídas a partir das práticas materiais nas quais os indivíduos estão imersos. Com isso, Althusser não nega

21 "Para que possamos bem compreender o caráter da ideologia no pensamento althusseriano, é importante ter em mente que, para ele, é da materialidade das relações sociais que advém a ideologia, ou seja, ela é a resultante das práticas materiais reiteradas e, ao mesmo tempo, ela tem existência material na medida em que ela garante a reprodução dessas práticas. [...] Retomando o pensamento de Sigmund Freud, Althusser esclarece que, antes mesmo de nascer, o indivíduo já é constituído sujeito, na configuração ideológica familiar, mediante todo o "ritual ideológico" que precede um nascimento, consubstanciado, por exemplo, nas escolhas do nome, da vestimenta, e de tantos outros elementos que identificarão o indivíduo socialmente, de modo a que ele possa ter o seu papel e lugar na sociedade. [...] Por exemplo, no caso de se esperar o nascimento de uma menina de classe média na capital paulista, em regra, escolher-se-á um nome feminino, um enxoval cor-de-rosa, brinquedos femininos etc. Após seu nascimento, essa menina será educada a ter comportamentos típicos do gênero feminino, a se portar como menina, a ter hábitos de classe média etc." (MAGALHÃES, Juliana Paula. *Marxismo, humanismo e direito:* Althusser e Garaudy. São Paulo: Ideias & Letras, 2018, p. 129)

22 ALTHUSSER, Louis. Idéologie et appareils idéologiques d'État. *In: Positions.* Paris: Editions Sociales, 1976.

23 EDELMAN, Bernard. *O Direito captado pela fotografia* – elementos para uma teoria marxista do Direito. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 98-99.

24 Em meu livro Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy, recém-publicado pela editora Ideias & Letras, abordo com profundidade essa temática.

a valorização dos seres humanos concretos e a busca por uma sociedade mais humanitária. Na realidade, a crítica althusseriana se volta contra o arcabouço ideológico humanista que termina por permitir a perpetuação de uma estrutura social eminentemente exploratória. Essa concepção fica clara no seguinte excerto de uma das obras do filósofo:

> Quando se diz aos proletários "são os homens que fazem a história", não é necessário ser grande para compreender que num prazo mais ou menos longo contribui-se para os desorientar e desarmá-los. Faz-se-os acreditar que eles são todo-poderosos como "homens", enquanto eles estão desarmados como proletários em face do verdadeiro poder, aquele da burguesia que detém as condições materiais (meios de produção) e políticas (o Estado) que comandam a história. [...] Quando se lhes canta a canção humanista, desvia-se-lhes da luta de classes, impedindo-os de se doarem e de exercerem o único poder de que eles dispõem: aquele da *organização em classe,* e da *organização de classe* [...].[25]

Na leitura althusseriana, o capitalismo não é marcado somente por uma contradição simples entre capital e trabalho, mas por múltiplas contradições.[26] Portanto, não se trata de uma determinação exclusiva pela esfera econômica, mas de várias determinações, daí o termo sobredeterminação utilizado pelo filósofo francês.[27]

Partindo-se da leitura althusseriana da ideologia e da maneira pela qual ela se apresenta na sociedade capitalista, torna-se mais clara a compreensão acerca de como se estruturam os padrões de opressão e dominação em nosso tempo. Sem desconsiderar o caráter fundamental da exploração econômica no capitalismo, é possível também perceber a existência de conflitos outros, tais como o machismo, o racismo, a homofobia, a xenofobia, dentre outros.

Em relação à questão do machismo, com vistas à problemática da interpelação ideológica, tem-se, por exemplo, que as diferenças entre homens e mulheres são naturalizadas e apontadas como oriundas de matriz biológica ou até mesmo "divina" – para os setores mais reacionários da sociedade –, quando, na realidade, tais distinções são constructos sociais oriundos da materialidade das relações existentes. Inegável que as mulheres possuem especificidades biológicas que as diferenciam dos homens, no entanto, isso não as impossi-

25 "No original: "Quand on dit aux prolétaires "ce sont les hommes qui font l'histoire", il n'est pas besoin d'être grand pour compreendre qu'à plus ou moins longue écheance contribue à les désorienter et à les désarmer. On leur fait croire qu'ils sont tout-puissants comme "hommes", alors qu'ils sont desarmes comme prolétaires en face de la véritable toute-puissance, celle de la bourgeoise qui détient les conditions matérielles (les moyens de production) et politiques (l'Etat) qui commandent l'histoire. [...] Quando on leur chante la chanson humaniste, on les détourne de la lutte de classes, on les empêche de se donner et d'exercer la seule puissance dont ils disposent: celle de l'organisation en classe, et de l'organisation de classe [...]." (ALTHUSSER, Louis. *Réponse a John Lewis*. François Maspero, 1973, p. 48–49).

26 "[...] a contradição Capital-Trabalho nunca é simples, mas que ela é sempre especificada pelas formas e pelas circunstâncias históricas concretas nas quais se exerce" (ALTHUSSER, Louis. *Por Marx*. Trad. Maria Leonor F.R. Loureiro. Campinas: Unicamp, 2015, p. 82)

27 "Embora sempre determinado em última instância pelo nível econômico, o todo social ora apresenta, para sua direção imediata, elementos políticos ou até mesmo nortes ideológicos e culturais. A relação variável interna entre os elementos da própria totalidade da sociedade demonstra que não se pode pensar o todo a partir de um modelo mecânico. O economicismo relacionava a parte e o todo sempre de modo automático. Althusser, afastando-se do economicismo, tratando das relações entre infraestrutura e superestrutura, dá o nome de sobredeterminação à possibilidade de um arranjo específico entre as várias determinações do todo social. A sociedade é sempre determinada em última instância pelo nível econômico, mas a conjunção de determinações diferentes sobre um mesmo objeto é o que gera a sobredeterminação. [...] O capitalismo é a determinação econômica de nossos tempos, e, nele, ora as determinações políticas – intervencionistas, de bem-estar social – revelam-se como determinações imediatas, ora as determinações econômicas são imediatamente sobredeterminação, como no caso dos tempos neoliberais, nos quais a reprodução econômica pavimenta sua lógica diretamente no campo das relações político-sociais. Para Althusser, a dialética marxista deve ser pensada a partir dessa riqueza interna de conflitos." (MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 575–576).



bilita o exercício das mais diversas atividades profissionais e intelectuais. Não obstante, na concretude da vida social, diversos postos são raramente ocupados por mulheres e isso faz com que os indivíduos tomem tal situação por "natural".

O machismo faz parte do arcabouço ideológico do modo de produção capitalista, constituindo as subjetividades de homens e mulheres. Portanto, não obstante o machismo seja um mecanismo de opressão da mulher, de maneira que as mulheres são suas maiores vítimas, paradoxalmente, as próprias mulheres podem atuar de modo machista. Um exemplo disso é a frase costumeiramente repetida, com algumas variações: "uma mulher se veste para a outra". Embora se trate de uma verdade parcial – na medida em que as vestimentas também são constructos sociais resultantes de práticas materiais –, isso mostra que, em muitas situações, o julgamento acerca do vestuário usado por uma mulher é feito por outras mulheres. Nos casos de crimes de estupro, é bastante corriqueiro que se comente os trajes usados pelas vítimas. Assim, é como se o motor ou a causa do estupro estivesse na conduta das próprias mulheres, eximindo-se, desse modo, em certa medida, a culpa do estuprador por seu ato abominável.

Na própria esfera da linguagem, podemos destacar a existência de diversas expressões de cunho machista, amplamente repetidas, tais como "mulher no volante, perigo constante", "mulherzinha", "periguete", "abrir as pernas", "coisa de mulher", "mãe solteira", etc. Por sua vez, desde a mais tenra idade, a mulher sofre um constrangimento bastante específico, como, por exemplo, o cerceamento de alguns brinquedos e brincadeiras ou a proibição de ficar sem blusa, inclusive na própria casa, enquanto que aos homens tal conduta é costumeira e dificilmente algum menino sofrerá sanção por estar sem camisa em um ambiente informal.

A dificuldade de se combater o machismo reside justamente no fato de que ele está presente nas mais diversas práticas cotidianas de nossa sociedade, passando a atuar no próprio inconsciente dos indivíduos. Por outro lado, quando se verifica a sua presença, por exemplo, em casos extremos, quando há inequívocas manifestações de violência, é a esfera jurídica chamada a atuar. A ideologia jurídica que nos interpela enquanto sujeitos de direito nos faz pensar que a única forma de solucionar e prevenir tais conflitos é pela via do Direito. Contudo, ainda que, na conjuntura atual, seja inevitável e necessária a utilização das ferramentas jurídicas, seguramente, não é por meio do Direito que se extirpará a raiz das opressões.

4. A questão da mulher e o Direito: horizontes de transformação

Mergulhados no horizonte jurídico que, inclusive, nos constitui subjetivamente, costu-

mamos pautar nossas lutas mais fundamentais pelas balizas do Direito. Assim, ao se constatar as mazelas sociais que nos acometem, passamos a repetir mecanicamente o discurso acerca da necessidade do fortalecimento das instituições ou da importância da conquista de direitos. Com o movimento feminista, em suas mais diversas vertentes, também se faz presente essa forma de atuação.

As revoluções burguesas representam o momento culminante de um processo de ruptura com as organizações sociais pretéritas. A partir daí, o direito e a ideologia jurídica a ele imbricada passam a adquirir caráter estruturante das relações sociais. Nesse contexto, as demandas sociais tomam a forma jurídica, de modo que, os indivíduos passam a buscar a aquisição de direitos.

Ao longo do tempo, tem-se uma ampliação e um desenvolvimento da esfera jurídica e, nesse contexto, os direitos humanos começam a ganhar destaque. A partir daí, abre-se o campo para as postulações das mulheres por direitos iguais aos conferidos aos homens. As lutas do movimento feminista foram fundamentais nesse sentido. O direito ao voto, por exemplo, foi resultado de um árduo combate que se travou em diversos países.

As mulheres gradativamente ampliaram sua atuação naquilo que se convencionou chamar de esfera pública, deixando de ser exclusivamente "belas, recatadas e do lar", embora ainda majoritariamente permanecendo com o fardo das atividades domésticas. Contudo, tal situação não se deu de maneira pacífica e homogênea. As diversas formações sociais, com suas características peculiares, ofereceram e ainda oferecem os mais diferentes obstáculos às lutas feministas. Além disso, a marcha feminina em busca de espaço se deu por meio de avanços e recuos.

As alterações estruturais operadas, a partir do advento do capitalismo e ao longo de suas fases, engendraram mudanças nos padrões de comportamento femininos. A determinação econômica fica patente nesse caso, conforme observa Alexandra Kollontai, uma das mais notáveis intelectuais feministas do século XX: "o tipo fundamental da mulher está em relação direta com o grau histórico do desenvolvimento econômico por que atravessa a humanidade".[28]

Ainda que a revolução industrial tenha aberto espaço para a participação feminina no mercado de trabalho, tal se deu de maneira precária, sendo que as mulheres, ao longo do desenvolvimento do capitalismo, sofreram um grau de exploração ainda mais violento do que aquele imposto aos homens. As lutas do movimento operário que ensejaram a criação de legislações trabalhistas não trouxeram, de início, em seu bojo, uma normatividade protetiva às mulheres. As lutas travadas pelas mulheres foram bastante árduas até que lograssem conquistar a condição de sujeitos de direito de maneira mais ampla.

Os direitos conquistados pelas mulheres até os dias atuais, contudo, não foram capazes de garantir uma efetiva emancipação do jugo patriarcal. Isso se explica pelo fato de que "o papel do direito não é o de transformar as relações sociais existentes, mas sim de mantê-las, não só porque as reforçam, mas porque também as constituem".[29] Assim, a "legalização do feminismo" – parafraseando aqui o título da obra de Bernard Edelman "A legalização da classe operária"[30] – terminou, em certa medida, por enfraquecê-lo em sua potencialidade revolucionária e transformadora. Sobre esse ponto, interessante destacar a observação de Alysson Leandro Mascaro:

> Nas últimas décadas, o discurso político e teórico liberal tem insistido no fato de que o horizonte das questões de gênero e de minorias se plenifica mediante

28 KOLONTAI, Alexandra. *A nova mulher e a moral sexual*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p. 15.

29 MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. *In:* CRUZ, Paula Loureiro da. *Alexandra Kollontai:* feminismo e socialismo – uma abordagem crítica do Direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 2012, p. XIV.

30 EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Trad. Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016.

> a afirmação político-jurídica de reconhecimento. Assim sendo, as políticas públicas para a mulher, o respeito aos direitos humanos de gênero e a conquista da liberdade e da igualdade jurídicas seriam momentos-chave para divisar as linhas que separam a opressão da libertação no caso feminino. Trata-se de um discurso frágil e limitado, bem ao gosto do neoliberalismo que se pretende atualizado porque opera discursos político-jurídicos "éticos", mas sem encarar as estruturas exploratórias e contraditórias das próprias sociedades capitalistas.[31]

Não se trata aqui de postular uma ruptura imediata com as formas sociais burguesas, pois isso não encontraria, inclusive, viabilidade prática, na medida em que tais formas se encontram assentadas e arraigadas de tal modo que uma destruição da estrutura na qual estamos inseridos só é possível por meio de um longo processo histórico. Contudo, não se pode perder de vista esse horizonte revolucionário de lutas, para que essa estrutura exploratória não se perpetue indefinidamente.

Políticas públicas para as mulheres, atuações nas esferas institucionais focadas na questão da mulher, legislações que garantam os direitos das mulheres, dentre outras medidas jurídicas, tudo isso tem o seu valor no contexto da conjuntura presente e podem ser importantes para, ao menos, minimizar, momentaneamente, as opressões. No entanto, é fundamental que se considere o fato de que é o mesmo Estado que garante a vigência tanto da Lei Maria da Penha quanto das normas garantidoras da propriedade privada. É a forma jurídica, nucleada na figura do sujeito de direito, que permite a perpetuação da exploração do trabalho no capitalismo, alijando o trabalhador dos meios de produção.

As lutas por uma efetiva transformação social devem ser necessariamente a postulação e o combate pelo fim de todas as formas de exploração e opressão. Na esteira da mais avançada leitura do pensamento marxista, uma sociedade socialista – ainda sem precedentes na história humana[32] – é caracterizada pelo processo de ruptura com a forma mercantil e, por conseguinte, com suas derivações, de modo que não se trata de uma mudança social de ordem exclusivamente econômica. A destruição do modo de produção capitalista deve representar o encerramento de um período da história humana marcado não só pela exploração do trabalhador, mas também pela miséria, pelo racismo, pelo machismo, pela homofobia e pelas constantes segregações existentes em nossa sociedade.

O Direito é forma social do capitalismo, ensejando a reprodução desse modo de produção, cujo caráter exploratório está estruturalmente imbricado às diversas formas de dominação e opressão, tais como o machismo e o patriarcado. Assim, a abordagem da questão da mulher precisa superar os horizontes do Estado e do Direito, de modo a se lograr uma elucidação concreta dessa problemática. A luta feminista, em uma perspectiva que transcenda a esfera jurídica – embora sem desprezá-la –, é fundamental para que haja uma efetiva ruptura com os grilhões que continuam a oprimir as "novas mulheres de Atenas". A busca por uma efetiva transformação social, a partir do nosso tempo e com vistas aos tempos vindouros, exige que se tenha uma mirada muito além do Direito.

5. Conclusão

O objetivo de nosso artigo foi lançar

31 MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. In: CRUZ, Paula Loureiro da. *Alexandra Kollontai:* feminismo e socialismo – uma abordagem crítica do Direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 2012, p. XIV.

32 "As experiências de muitos países socialistas, no século XX, reputando-se socialistas porque simplesmente tiveram o poder estatal nas mãos de grupos de trabalhadores, ao se movimentarem politicamente por uma forma estatal, mantendo a dinâmica da reprodução do capital, foram, então, não socialistas, mas sim espécies de capitalismo de Estado." (MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 46).

alguma luz sobre a questão da mulher e a relação dessa problemática com o fenômeno jurídico, a partir, especialmente, do ferramental teórico oferecido pelo jurista russo Evguiéni Pachukanis e pelo filósofo francês Louis Althusser, de maneira a demonstrar que a abordagem dessa questão não pode se restringir à esfera jurídica, sob pena, inclusive, de se gerar um enfraquecimento das lutas feministas.

As opressões sofridas pela mulher são uma realidade desde priscas eras. Contudo, com o advento do capitalismo, elas adquirem nova roupagem e passam a estar ligadas às formas sociais que caracterizam esse modo de produção, passando a pertencer ao arcabouço ideológico da sociedade de nosso tempo.

O capitalismo caracteriza-se pela universalização da forma-mercadoria, a qual se constitui e adquire sua plenitude nesse modo de produção, como uma decorrência da mercantilização da força de trabalho. Assim, tem-se o surgimento de formas sociais a ela correlatas e dela derivadas, tais como a forma jurídica e a forma política estatal.

O processo de constituição da subjetividade jurídica está necessariamente atrelado à plenificação da forma mercantil, haja vista que é a partir da mercantilização da força de trabalho que tanto capitalistas quanto trabalhadores passam a se apresentar como sujeitos de direito, dotados dos atributos de liberdade e igualdade. Assim, a forma jurídica é resultado de uma derivação direta da forma mercantil. Logo, a imbricação entre Direito e capitalismo é estrutural.

Por sua vez, a forma política estatal também surge nesse mesmo contexto, pois para que os proprietários dos meios de produção e os proprietários da força de trabalho possam contratar entre si, é necessária a figura de um ente terceiro, apartado das classes. Portanto, o Estado, no capitalismo, difere de todos os núcleos de poder que o antecederam, pois possui uma forma específica e atrelada à própria reprodução capitalista.

Na esteira da leitura pachukaniana, rompem-se os paradigmas normalmente aceitos acerca do Estado e do Direito, a partir da demonstração de que ambos se prestam inexoravelmente a permitir a continuidade da exploração intrínseca ao modo de produção capitalista.

O problema da ideologia também foi objeto das nossas reflexões no presente estudo, com base especialmente no pensamento de Louis Althusser. O filósofo francês traz uma inovadora contribuição às investigações acerca da ideologia, abordando-a em uma acepção distinta daquela na qual normalmente se apresenta. Para Althusser, a interpelação ideológica se dá na esfera do inconsciente, constituindo as subjetividades dos indivíduos, a partir das práticas materiais reiteradas. Nessa perspectiva, tem-se que o capitalismo engendra um arcabouço ideológico específico, no qual a ideologia jurídica ocupa a primazia, justamente pelo caráter fundamental que possui para a perpetuação desse modo de produção.

Com fulcro na leitura althusseriana da ideologia, avançamos na compreensão das diversas opressões que caracterizam nosso tempo, pois ao lado da contradição entre capital e trabalho – fundamental no capitalismo –, temos uma multiplicidade de contradições tais como aquelas resultantes do machismo, da homofobia, da xenofobia, dentre outras.

O machismo, embora seja uma prática social bastante antiga, adquiriu uma materialidade específica no modo de produção capitalista. Antes mesmo do nascimento, o mecanismo de interpelação ideológica passa a atuar constituindo as subjetividades de meninos e meninas, identificando-os a partir de nomes masculinos ou femininos, trajes específicos para cada qual, etc. No desenvolvimento das crianças, determinadas práticas sociais reforçam a distinção entre homens e mulheres, estabelecendo uma desigualdade material entre ambos, com um caráter necessariamente opressor para as mulheres.

Considerando que o Direito – tal como ele se apresenta no capitalismo – tem fundamentalmente um papel garantidor da continuidade da exploração inerente a esse modo de produção, bem como o fato de que o patriarcado vigente possui raízes na materialidade das relações sociais, constata-se claramente que medidas de ordem jurídica não serão capazes de estabelecer uma alteração estrutural em nossa sociedade.

Referências

ALTHUSSER, Louis. Idéologie et appareils idéologiques d'État. *In: Positions*. Paris: Editions Sociales, 1976.

_____ . *Por Marx*. Trad. Maria Leonor F.R. Loureiro. Campinas: Unicamp, 2015.

_____ . *Réponse a John Lewis*. Paris: François Maspero, 1973.

EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Trad. Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016.

_____ . *O Direito captado pela fotografia* – elementos para uma teoria marxista do Direito. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Trad. Luciano Cavini Matorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

KOLONTAI, Alexandra. *A nova mulher e a moral sexual*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

MAGALHÃES, Juliana Paula. *Marxismo, humanismo e direito:* Althusser e Garaudy. São Paulo: Ideias & Letras, 2018.

MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____ . *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

_____ . *Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____ . Prefácio. *In*: CRUZ, Paula Loureiro da. *Alexandra Kollontai:* feminismo e socialismo – uma abordagem crítica do Direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 2012, p. XIV.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito:* um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2013.

PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

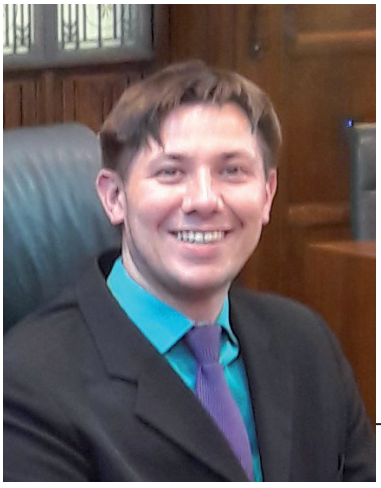
VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. Définitions et fins du droit. Le moyens du droit. Paris: Dalloz, 2001.

Revista do TRF3 - Ano XXX - n. 141 - Abr./Jun. 2019

O direito de superfície na Alemanha e o seu caráter social[1]

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais e Direito do Consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.



RESUMO: O artigo aborda os aspectos mais relevantes do direito de superfície na Alemanha, dando enfoque à sua função social. Inicia as investigações com um breve estudo histórico, no qual são destacadas as particularidades do seu desenvolvimento. Realiza um exame da matéria na Alemanha, com destaque para alguns pontos como: natureza jurídica, utilidade prática, áreas de utilização, caráter social, constituição, transferência e extinção desse direito. Por fim, o trabalho questiona a não utilização do instituto no Brasil, o que pode ser repensado se considerarmos o exemplo alemão, em especial no que toca ao seu possível aspecto social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de superfície. Direitos reais. Direito alemão. Função social.

ABSTRACT: The article discusses the most important aspects of the above-ground rights in Germany by focusing its social function. It initiates the investigations with a brief historical study, in which are highlighted the peculiarities of its development. The work conducts an examination of the matter in Germany, highlighting some points such as: legal nature, practical use, areas of use, social character, establishment, transfer and extinction of that right. Finally, the work questions the non-use of the institute in Brazil, which can be rethought if we consider the German example, especially with regard to its possible social aspect.

1 O presente trabalho foi elaborado durante pesquisa de pós-doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht e revisado pelos Drs. Jan Peter Schmidt e Anton Geier.

KEYWORDS: Above-ground rights. Real rights. German law. Social function.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Histórico. 2.1. Das origens romanas ao final do século XIX. 2.2. Da entrada em vigor do Código Civil alemão à Lei do Direito de Superfície. 3. Caráter social. 4. Outras áreas de utilização. 5. Significação prática. 6. Natureza jurídica. 7. Conceito. 8. Definição de construção e de edifício. 9. A superfície e outros institutos similares. 10. Objeto (*Belastungsgegenstand*). 11. Conteúdo legal (*Gesetzlicher Inhalt*). 12. Conteúdo contratual (*Vertraglicher Inhalt*). 13. Surgimento e transferência (*Entstehung und Übertragung*). 14. Tratamento semelhante ao do direito de propriedade. 15. Renda do direito de superfície (*Erbbauzins*). 16. Término do direito de superfície (*Beendigung des Erbbaurechts*). 16.1. Rescisão (*Aufhebung*). 16.2. Extinção por decurso de prazo (*Zeitablauf*). 16.3. Reversão (*Heimfallrecht*). 16.4. Destruição da edificação (*Untergang des Bauwerks*). 17. Considerações finais. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo objetiva apresentar breves considerações sobre o direito de superfície na Alemanha, examinando seus aspectos mais relevantes. Não se trata, obviamente, de uma análise exaustiva ou minuciosa do tema, o que é feito pela doutrina alemã em trabalhos que consomem, muitas vezes, mais de quinhentas páginas. De qualquer forma, nosso estudo dará ao leitor uma visão geral desse instituto, permitindo também sua comparação com a legislação brasileira.

A proposta decorre da curiosidade de se saber como o direito de superfície é regulado e utilizado em um ordenamento jurídico que já o conhece há muito tempo. Tal curiosidade se deve ao fato de que, em nosso país, dada a sua recente reintrodução na legislação civil, a utilidade prática do instituto ainda não se revelou.

A falta de relevância prática pode decorrer de diversos fatores, como o seu desconhecimento pela população, a ausência de tradição na sua utilização, ou mesmo por desconfiança, pelo fato de criar um direito real sobre um terreno alheio, que certamente dá muitas garantias ao superficiário.

Diferentemente do Brasil, na Alemanha, como veremos, a superfície não é um instituto sem utilização, existindo um número considerável de imóveis construídos sobre terrenos de terceiros. Além disso, é de se notar que ela foi um instrumento fundamental para a organização de espaços urbanos, para a reconstrução do país após as duas grandes guerras, bem como para o cumprimento da função social da propriedade.

Desse modo, acreditamos que algumas considerações a respeito do direito de superfície na Alemanha podem permitir reflexões acerca do papel desse instituto não somente no âmbito jurídico brasileiro, mas também no que toca à sua possível utilização socioeconômica.

2. Histórico

2.1. Das origens romanas ao final do século XIX

O direito de superfície, presente no Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 1.369 a 1.377) e no ordenamento jurídico de muitos países ocidentais, não é nenhuma novidade. Suas origens remontam ao Direito Romano, que previa o instituto da *superfícies*.

Originariamente, a *superfícies* não

era um direito real, mas sim uma espécie de contrato de locação por longo prazo, que tinha como partes Roma e um particular (*perpetuarius*), objetivando a regulação das relações decorrentes de construções que esse particular havia erigido em solo público (*superficiariae aedes*), o que incluía o pagamento de uma contraprestação, chamada de *solarium*. Para imóveis rurais também havia um instituto correspondente, denominado *ager vectigalis*.[2]

Entretanto, com o passar do tempo, o instituto, concebido inicialmente como um contrato integrante dos direitos obrigacionais (pessoais), passou a receber, por obra pretoriana, proteção dos interditos, tornando-se, paulatinamente, um direito real.

Na Idade Média, a superfície, apesar de conhecida, não foi muito utilizada, dando espaço ao desenvolvimento de outros institutos muito próximos, como é o caso da chamada "*städtische Bauleihe*" (ou *Bodenleihe*).[3] Tal instituto jurídico foi bastante importante para o desenvolvimento de muitas cidades alemãs, possibilitando a concessão de um direito real sobre um terreno, uma espécie de propriedade útil (*dominium utile*) sobre a construção nele realizada, surgindo como contrapartida o pagamento de uma prestação, normalmente anual. Esse direito era transmissível por herança, mas não podia ser alienado.[4]

A despeito da semelhança com a superfície, assevera-se que a *Bauleihe* surgiu pelo fato de que as casas na Alemanha eram consideradas como propriedade distinta do solo, como bens móveis. E isso se explica porque na maioria das vezes eram construídas em madeira e tinham poucas fundações, o que permitia que fossem desmontadas e construídas em outros lugares. Por consequência, dada a facilidade de retirada da casa, o instituto da superfície perdia a razão de existir.[5]

Mais tarde, com o processo de recepção do direito romano na Alemanha (*Rezeption des römischen Rechts*), o princípio da acessão, que tinha se perdido, passou a ser aplicado a tudo aquilo que se ligava ao solo de maneira durável (*superfícies solo cedit*), particularmente às plantações, e não somente às construções.[6]

Em função da mudança, foi incorporada a *superfícies* romana ao direito vigente, mas houve uma parcial mistura do instituto romano com a "*städische Bauleihe*".[7] Assim, a partir da fusão entre o instituto romano e o germânico, surgiram direitos (híbridos) que receberam várias denominações, como *Superfiziarrecht*, *Platzrecht*, *Baurecht* ou *Kellerrecht*.[8-9]

Com a Revolução Francesa, as raízes romanas da propriedade foram recobradas, passando-se a uma concepção individualista. Em virtude dessa concepção, o direito de superfície foi visto como um corpo estranho e colocado em segundo plano, uma vez que as ideias revolucionárias não se adaptavam a qualquer instituto que remetesse ao período medieval: ao direito feudal e seus privilégios. A dogmática da época era contra institutos

2 BALLIF, Alban. *Le droit de superficie*. Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés. Zürich: Schulthess, 2004, p. 1.

3 INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

4 OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012, p. 13.

5 BALLIF, Alban. *Le droit de superficie*. Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés. Zürich: Schulthess, 2004, p. 2.

6 INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

7 DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB:* Sachenrecht. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1394.

8 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

9 Vale notar que, no âmbito dos países de língua alemã, o instituto da superfície não tem denominação uniforme, diferentemente do que ocorre nos países de língua neolatina. Na Áustria, por exemplo, o instituto é denominado *Baurecht* (IRO, Gert. *Bürgerliches Recht*. Sachenrecht. Wien: Springer, 2000, v. IV, p. 173).

jurídicos que desmembrassem o direito de propriedade,[10] como era feito na Idade Média, o que levou à utilização bastante reduzida da superfície no século XIX.[11-12]

2.2. Da entrada em vigor do Código Civil alemão à Lei do Direito de Superfície

A despeito da orientação francesa pregando sua abolição, o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), em vigor desde 1.1.1900, não chegou a excluir a superfície de suas disposições. Entretanto, a matéria foi tida pela codificação como sem importância, sobretudo como um corpo estranho no âmbito da propriedade, tendo sido regulamentada de forma incompleta nos §§ 1012 a 1017 do BGB.[13]

Contudo, após a entrada em vigor do BGB, houve, no início do século XX, um grande aumento da população, o que conduziu, consequentemente, a uma elevação na demanda por moradias e a uma valorização do preço dos imóveis. Em função dessas mudanças socioeconômicas, viu-se a necessidade da utilização do instituto da superfície (*Erbbaurecht*), que na prática não vinha encontrando uso, para o combate à especulação dos preços dos imóveis, bem como para dar oportunidade à população mais carente de adquirir uma propriedade.[14]

Assim sendo, como a regulamentação pelo BGB era insuficiente, praticamente não permitindo o uso do instituto, a única solução encontrada para resolver o problema foi a elaboração de uma nova legislação para cuidar de toda a matéria atinente ao direito de superfície. Com isso, os §§ 1012 a 1017 do BGB foram substituídos pela Ordenança sobre o Direito de Superfície (*Verordnung über das Erbbaurecht* - ErbbauVO), que entrou em vigor em 22.1.1919 e regulou a matéria de forma detalhada.[15]

De qualquer forma, conforme o § 38 da referida legislação, os §§ 1012 a 1017 do BGB continuaram em vigor, particularmente no que toca às superfícies constituídas até a entrada em vigor da ErbbauVO. Posteriormente, com uma Lei de 23.11.2007, houve a alteração da denominação da ErbbauVO, que passou a ser chamada de Lei do Direito de Superfície (*Erbbaurechtsgesetz* – ErbbauRG). Contudo, a alteração promovida foi apenas no nome do instituto, não sendo realizada nenhuma reforma no conteúdo propriamente dito da legislação.[16]

3. Caráter social

O direito de superfície foi estabelecido na Alemanha com a finalidade de promover a construção de moradias, particularmente para as classes sociais menos favorecidas, e também como instrumento de combate à especulação imobiliária.[17]

Nessa linha, o direito de superfície tem considerável importância social, uma vez que permite a construção de casas para moradia, sem que haja necessidade de dispêndio de dinheiro para a aquisição do terreno. Assim, a pessoa pode deixar de empregar o capital na aquisição do terreno e, em contrapartida, simplesmente paga uma espécie de remune-

10 OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012, p. 14.

11 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

12 O mesmo não ocorreu, por exemplo, na Inglaterra, onde houve a expansão de instituto com raízes semelhantes, a chamada "*building lease*" (OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. *In*: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1505).

13 OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. *In*: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1505.

14 OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012, p. 14.

15 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

16 BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 382.

17 OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012, p. 15.



ração (*Erbbauzins*) correspondente apenas ao valor da utilização do terreno.[18] Logicamente, referida remuneração também não pode ter caráter especulativo, devendo estar ao alcance daqueles que pretendem construir seu imóvel.

Com isso, há uma redução no custo total que seria empregado na aquisição de uma casa, visto que aquele que pretende realizar a construção não precisará se privar de suas economias com a compra do terreno, necessitando se preocupar apenas com a construção de sua moradia.[19] E, mesmo no que toca à construção, é interessante observar que, na Alemanha, como regra, é possível a obtenção de financiamento com taxas de juros bem reduzidas, muito diferentes das cobradas no Brasil.

Vale ainda notar que a propriedade da edificação não está ligada, pelo menos do ponto de vista jurídico, à propriedade do terreno. Assim sendo, tanto o proprietário do terreno onerado como o superficiário participam da valorização imobiliária proporcionada pela construção.[20]

Ademais, em razão de eventual contratação por um prazo bastante amplo, o superficiário chega mesmo a ter a impressão de que é o proprietário não somente da edificação, mas também do terreno, já que muitas vezes o acordo pode vigorar por duas ou três gerações.[21]

Outrossim, na hipótese de concessão estatal do direito de superfície, com o decurso do prazo da contratação é possível que o terreno venha a ter outra finalidade pública, isto é, a construção que lá ficou pode ser posteriormente utilizada pelo ente estatal, por exemplo, para ser sede de um órgão público. Ainda, a superfície pode ser renovada em condições favoráveis, sem ser considerada a sua valorização.

Por outro lado, é de se notar que, na Alemanha, os governos locais também passam por dificuldades orçamentárias, de modo que não é tarefa fácil a aquisição de grandes áreas, relativamente caras, para o posterior estabelecimento do direito de superfície em favor daqueles que estão incluídos na política habitacional. Isso sem falar na necessidade do estabelecimento de remuneração razoável pelo direito de superfície.[22]

Por conseguinte, ainda que existam dificuldades, não se pode deixar de apontar a importância da superfície na facilitação do acesso à moradia, bem como na organização da política urbana, em função do loteamento de imóveis para tal finalidade. Desse modo, a concessão do direito de superfície continua, na atualidade, tendo significação social na Alemanha, havendo, nesse sentido, especial atenção dos governos locais e das instituições religiosas.[23]

18 BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 382.
19 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379.
20 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.
21 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379.
22 OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012, p. 15.
23 DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING,

4. Outras áreas de utilização

Como foi visto, após a entrada em vigor da Ordenança sobre o Direito de Superfície (ErbbauVO), iniciou-se a concessão desse direito, principalmente por parte dos entes estatais e de instituições religiosas que, em razão de considerações de ordem social, procuraram auxiliar famílias carentes a ter um imóvel para moradia.[24]

Vale notar, entretanto, que o instituto não ficou limitado à construção de moradias, sendo possível sua instituição para construção de áreas, por exemplo, para prática de esportes, com fins comerciais ou industriais, bem como para instituições científicas ou de ensino.[25]

Aliás, nos casos em que normalmente o Poder Público brasileiro realiza uma contratação por um longo prazo, cedendo um terreno em comodato para determinada instituição, na Alemanha temos, na mesma situação, a utilização do direito de superfície, que dá maior proteção para aquele que irá realizar a construção no terreno, isto é, há maiores garantias por se tratar de um direito real e não meramente obrigacional.[26]

Ademais, a superfície também é utilizada por particulares que querem aproveitar economicamente seus terrenos, permitindo, assim, a realização de construções para fins não somente residenciais, mas também comerciais ou industriais,[27] como é o caso da utilização de um terreno para construção de usinas de energia eólica ou para a edificação de um centro de compras.

Destarte, a superfície pode ser utilizada não somente para construção de moradias, mas para todo tipo de edificação a ser realizada em terreno alheio, tendo relevância tanto pelo seu aspecto social como econômico.

5. Significação prática

O direito de superfície é um instituto que encontra reflexo no tráfego jurídico alemão. Em um primeiro momento, houve o aumento de sua utilização no início do século XX, em função da demanda por moradias. Posteriormente, houve forte expansão da sua utilização no período que se seguiu ao término na Segunda Guerra Mundial, em virtude dos trabalhos de reconstrução do país.[28]

De fato, conforme dados oficiais relativos a pesquisas realizadas nos registros imobiliários dos estados da Baviera e de Hessen, em 1970, existiam 39.278 direitos de superfície na Baviera, enquanto que Hessen contava com 19.556. As pesquisas ainda apontaram que, nos livros de registro de imóveis, o volume do direito de superfície correspondia a 1,7% das propriedades na Baviera e a 1,41% em Hessen. Ademais, em outra pesquisa, realizada em bancos hipotecários (*Hypothekenbanken*), foi verificado que 3% do total dos empréstimos foram realizados para fins de superfície.[29]

Outrossim, a importância do instituto fica ainda mais evidente quando nos deparamos com um estudo da "*Initiative Erbbaurecht*", de 2008, o qual apontou que cerca de 5% das áreas de moradia na Alemanha foram constituídas com a existência do direito de superfície. E a expansão tem contado, mais recentemente, com áreas cada vez maiores e

Gerhard. *Anwaltkommentar BGB:* Sachenrecht. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1394.

24 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

25 BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 383.

26 Nesse ponto, podemos citar, por exemplo, o caso do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, que recebeu o direito de superfície sobre um terreno da municipalidade de Hamburgo para a edificação de sua sede.

27 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 387.

28 OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. *In*: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1506.

29 OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012, p. 18.

com a concessão não apenas pela Igreja, por entes estatais ou ligados ao Estado, mas também por proprietários particulares.[30]

Por conseguinte, o direito de superfície, na Alemanha, não é um instituto sem utilidade, meramente previsto no BGB e na legislação. Trata-se de instituto que, realmente, tem aproveitamento prático.

6. Natureza jurídica

A natureza jurídica do direito de superfície, no Direito alemão, apresenta discussão doutrinária. Em realidade, o debate decorre da própria forma de estruturação desse direito, que difere da existente no Código Civil brasileiro, no qual, até pela localização da matéria, está claro se tratar de um direito real sobre coisa alheia.

Inicialmente, deve-se observar que, conforme o disposto no § 12 da ErbbauRG, não vigora em face do direito de superfície o princípio de que toda edificação que se liga ao solo passa a ser componente integrante do imóvel (*superfícies solo cedit*) e, por conseguinte, propriedade de seu titular.

Nesse contexto, segundo parte da doutrina, como a legislação alemã considera que o superficiário se torna proprietário da edificação, a superfície não consistiria em um desdobramento da propriedade e nem em um regime de copropriedade.

Desse modo, asseveram os estudiosos que a superfície concede a possibilidade de alguém ser proprietário de um edifício, sem ser, ao mesmo tempo, proprietário do imóvel onde foi erigida a construção, de maneira que, não somente no aspecto econômico, mas também no âmbito jurídico, o proprietário do imóvel e o proprietário da construção estão separados, são titulares de direitos não idênticos.[31]

Assim, conforme tal linha de raciocínio, a superfície pode ser tratada como um direito de propriedade, de forma que pode ser transferida, onerada e registrada em livro próprio no registro de imóveis, denominado *Erbbaugrundbuch* (§ 14 ErbbauRG).[32]

Aliás, como se concede não somente a propriedade sobre a construção, mas também um direito real à utilização de um terreno pertencente a outra pessoa, não estaríamos, conforme entendimento de parte da doutrina, diante de um direito real limitado. Tratar-se-ia, então, de um direito *sui generis*, situado entre as servidões pessoais e a propriedade fundiária.

Por outro lado, há estudiosos que afirmam ser um direito real sobre um terreno alheio, que, com determinadas exceções, é tratado como o direito de propriedade, sobretudo pelo fato de poder ser onerado.[33] Argumentam que a concepção da superfície como um direito real sobre coisa alheia deflui do texto legal, o qual menciona que: "um terreno pode ser onerado do modo..." (§ 1 ErbbauRG). Ora, tal expressão seria a mesma utilizada nos direitos reais limitados, ou seja, nos §§ 1018, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191 do BGB, o que levaria à conclusão de se tratar de um direito real limitado.[34]

De qualquer modo, não obstante a existência dos mencionados entendimentos, não há dúvida que, do ponto de vista do proprietário do terreno, o direito de superfície é um direito real limitado, que onera sua propriedade. Ademais, é certo que tal direito real limitado é tratado de forma assemelhada a uma propriedade imobiliária.[35] Por isso, a

30 OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012, p. 19.

31 INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

32 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

33 STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. *In*: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.

34 OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012, p. 23.

35 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed.

maioria da doutrina considera que esse direito tem dupla natureza jurídica (*Doppelnatur*).

7. Conceito

O direito de superfície é um direito real de utilização e edificação em um terreno alheio.[36] A concessão desse direito é, do ponto de vista jurídico, uma forma de onerar a propriedade de um terreno com um direito real limitado.[37]

Conforme a definição extraída do § 1 da ErbbauRG,[38] o direito de superfície é um direito concedido a uma pessoa, alienável e transmissível por sucessão,[39] que grava um terreno, permitindo a realização de construções sobre a sua superfície e no seu subsolo. Possibilita, assim, a edificação em um terreno de propriedade de outra pessoa, bem como sua utilização por determinado prazo.[40]

Destarte, trata-se de um direito que, salvo exceções previstas pelo § 11, está submetido às disposições concernentes aos imóveis. Assemelha-se ainda à propriedade pelo fato de possuir registro próprio no registro imobiliário, bem como por poder ser cedida e gravada independentemente da propriedade do terreno.

8. Definição de construção e de edifício

A legislação faz uso dos conceitos de construção (*Bauwerk*) e edifício (*Gebäude*), no entanto, não apresenta uma definição legal. Com isso, esses preceitos necessitaram ser extraídos da linguagem geral e dos usos do tráfego jurídico.[41]

No que toca à expressão construção (*Bauwerk*), podemos encontrar várias definições na doutrina, mas ainda é usual a utilização da concepção apresentada pelo antigo Tribunal do Império (*Reichsgericht*), que a considerava como a coisa imóvel (ligada ao solo) e produzida com a utilização de trabalho e materiais estranhos ao solo. Tal concepção é, ainda hoje, adotada pela doutrina majoritária.[42]

O conceito de edifício (*Gebäude*) dado pelo *Bundesgerichtshof* - BGH,[43] por seu turno, considera se tratar de uma construção delimitada espacialmente e protegida contra a influência exterior, cuja entrada de pessoas demanda autorização.[44]

Por conseguinte, no âmbito do direito de superfície estão incluídas todas as espécies

München: C.H. Beck, 2015, p. 385.

36 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3.

37 INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.

38 Como já foi mencionado, a matéria não encontra atualmente regulação no BGB, mas eventuais superfícies constituídas até 22 de janeiro de 1919 continuam sendo tratadas apenas pelos §§ 1012 a 1017 do BGB. Também vale notar que a ErbbauVO recebeu importante complementação pela Lei de alteração do direito das coisas, de 21.9.1994 (SachenRÄndG). Ademais, pelo art. 25 da Lei de 23.11.2007, houve a alteração do nome da legislação, que passou a ser *Erbbaurechtsgesetz* (PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 372).

39 O nome do instituto no idioma alemão decorre justamente do fato de se tratar de uma construção (ou edificação) transmissível por herança, daí a expressão *Erbbaurecht*, que seria, em uma tradução literal para o português, um direito de construção herdável (RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3).

40 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

41 DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB:* Sachenrecht. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398.

42 Transcrevemos a definição no original: "eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache" (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB:* Sachenrecht. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398).

43 O BGH é um tribunal alemão que corresponderia, no Brasil, ao STJ.

44 Transcrevemos a definição no original: "eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache" (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB:* Sachenrecht. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398).

de edificação, localizadas na superfície ou no subsolo (*auf oder unter der Oberfläche*).[45] Como exemplos, extraídos da prática, podemos citar: moradias, garagens subterrâneas, instalações portuárias e ferroviárias, prédios, postos de gasolina, quadras esportivas, *playgrounds*, monumentos e instalações relacionadas ao tráfego, como pontes e viadutos. Nessas hipóteses, a edificação é considerada um componente do direito de superfície, fazendo parte da propriedade do superficiário e não do dono do terreno.[46]

9. A superfície e outros institutos similares

No âmbito dos direitos reais, o usufruto (*Nießbrauch*) não se adequa às mesmas finalidades da superfície. De fato, conforme o § 1061, 1 do BGB, o usufruto se extingue com a morte do usufrutuário, sendo intransferível (§ 1059). Também é intransferível o direito de habitação (*Wohnungsrecht*), conforme estabelecem os §§ 1092 e 1093 do BGB.[47]

O direito alemão, igualmente, distingue a superfície do contrato de locação (*Mietvertrag*) ou do arrendamento (*Pachtvertrag*). Realmente, enquanto a superfície cria um direito real, a locação ou o arredamento constituem apenas um direito obrigacional. Além disso, o superficiário pode alienar ou onerar seu direito, o que não é admitido na locação ou no arrendamento. Outro ponto de divergência é o prazo de duração, pois a superfície pode ser concedida por longo prazo; já no contrato de locação, os prazos são, em geral, mais reduzidos, podendo ser admitida a contratação por até 30 anos ou pelo tempo de vida do locatário (§ 544 do BGB).[48]

10. Objeto (*Belastungsgegenstand*)

O objeto a ser onerado é o imóvel em sua integralidade, isto é, um terreno (*Grundstück*). Não pode se tratar apenas de uma parte do terreno ou de uma parte de uma copropriedade, visto que é necessário que uma parte real (e não ideal) seja objeto de registro imobiliário.[49] Todavia, o exercício da superfície pode ser limitado a uma parte do imóvel. Ademais, também se admite a constituição de um direito de superfície sobre mais de um terreno (*Gesamterbbaurecht*).[50]

Não é permitido onerar um condomínio edilício com a superfície, pois no caso não se trata de um terreno para edificação. Além disso, sobre o terreno do condomínio igualmente não seria possível, visto que não se permite o estabelecimento de superfície quando haja uma propriedade especial ou uma utilização especial dessa propriedade decorrente da regulamentação do condomínio. Todavia, essa última questão é discutível.[51]

Outrossim, a doutrina alemã se divide quanto à admissão de uma sobrelevação ou subsuperfície (*Untererbbaurecht*).[52] Nesse caso, não seria onerado propriamente um terreno, mas sim uma outra superfície. Entretanto, a legislação sobre registro de imóveis (*Grundbuchordnung* - GBO) reconhece a possibilidade em seu § 6, 2, mencionando-a expressamente.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, não cabe na Alemanha o direito de superfície

45 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 23.

46 WEBER, Ralph. *Sachenrecht*. Grundstücksrecht. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 35.

47 BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 382.

48 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3-4.

49 STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. *In: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.

50 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

51 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 24.

52 Vale notar que o BGH reconhece a subsuperfície (BGHZ 62, 179 = NJW 1974, 1137).

para fins de plantação.[53] Para remediar essa impossibilidade, as partes do imóvel que não forem necessárias para a construção da edificação podem ser usadas para tal finalidade, como é o caso de jardins de ornamentação. Em todo caso, a edificação continua sendo o objeto principal.[54]

11. Conteúdo legal (*Gesetzlicher Inhalt*)

O conteúdo legal da superfície deve existir, pois caso contrário não haverá o surgimento desse direito. A matéria é definida pelo § 1 da ErbbauRG, que inclui como conteúdo obrigatório a existência de um direito real sobre a superfície de um terreno ou ao seu subsolo, permitindo-se a realização de edificações. Consequentemente, o titular do direito de superfície torna-se proprietário das obras realizadas no imóvel.[55]

A superfície constitui, no Direito alemão, o maior ônus que pode ser imposto sobre uma propriedade, visto que o proprietário do terreno perde a sua posse direta e o superficiário pode erigir uma construção, ocupá-la, utilizá-la, destruí-la e substituí-la. De qualquer forma, vale observar que, na concessão do direito de superfície, deve ser prevista, de forma mais ou menos clara, como a edificação será realizada.[56]

De fato, o gênero da construção e a sua extensão devem necessariamente ser definidos, visto que um direito real deve ser suficientemente determinado (*Bestimmtheitsprinzip*). Aliás, é esse conteúdo determinado que levará à aquisição, por parte do superficiário, da propriedade sobre a construção.

Outrossim, a cessibilidade (*Veräußerlichkeit*) e a transmissibilidade por herança (*Vererblichkeit*) fazem parte dos elementos característicos obrigatórios do direito de superfície. Por fim, além do direito de edificação como elemento principal, também se garante eventual direito acessório de uso sobre áreas não edificadas.

12. Conteúdo contratual (*Vertraglicher Inhalt*)

O conteúdo legal do direito de superfície não é suficiente para regular as relações entre superficiário e o proprietário do terreno. Ao lado do conteúdo legal, o § 2 da ErbbauRG dispõe que as partes podem, contratualmente, criar outros direitos e obrigações, o que na prática é muito comum.[57]

Como regra, tal contratação deveria ter efeito meramente obrigacional, não valendo contra qualquer sucessor, particularmente se este não teve conhecimento do vínculo obrigacional. Contudo, no que toca ao conteúdo do direito de superfície, a legislação protege a contratação com eficácia real. Assim sendo, ficam vinculados ao estabelecido tanto os atuais como os futuros proprietários do terreno e superficiários.[58]

O possível conteúdo contratual é enumerado, de forma não taxativa, pelo § 2 da ErbbauRG, podendo abranger disposições sobre: 1) a construção, a manutenção e a utilização da edificação; 2) o seguro da edificação e sua reconstrução em caso de destruição; 3) a responsabilidade por encargos públicos e privados; 4) a obrigação do superficiário, se preenchidas determinadas condições, de transferir a superfície ao proprietário do terreno (reversão – *Heimfall*); 5) responsabilidade do superficiário pelo pagamento de

53 No Direito brasileiro, a constituição de superfície para fins de plantação está expressamente prevista no artigo 1.369 do Código Civil.

54 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 26.

55 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

56 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

57 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

58 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

multas contratuais; 6) concessão de direito de preferência ao superficiário para a renovação da superfície depois de decorrido seu prazo; e 7) a obrigação do proprietário do terreno de vendê-lo ao superficiário.[59]

Além disso, pode ser também estabelecido, como conteúdo contratual, a necessidade do consentimento do proprietário do terreno para a alienação da superfície pelo superficiário, bem como para o estabelecimento de hipoteca (*Hypothek*), de dívida imobiliária (*Grundschuld*), de dívida imobiliária em forma de renda (*Rentenschuld*) ou de ônus reais (§ 5 da ErbbauRG). Ficam sem validade eventuais obrigações estabelecidas sem a observância do necessário consentimento do proprietário do terreno (§ 6 da ErbbauRG).

Portanto, pode-se notar que vários elementos previstos legalmente como integrantes do direito de superfície no Brasil, como é o caso do direito de preempção, não são concedidos pela legislação alemã, sendo necessário seu estabelecimento pela via contratual. Há, então, uma maior autonomia no Direito alemão no que toca à constituição de direitos e obrigações das partes.

13. Surgimento e transferência (*Entstehung und Übertragung*)

A concessão e a transmissão do direito de superfície seguem os princípios gerais atinentes à propriedade imobiliária (§§ 873 e



ss do BGB). O surgimento da superfície não segue, entretanto, a forma estabelecida para alienação da propriedade imobiliária, mas sim as disposições atinentes à sua oneração.[60]

Pressupõe a existência de dois contratos. O primeiro negócio jurídico, um contrato no qual alguém se obriga a fazer a concessão (ou transmissão) do direito de superfície, deve seguir a forma estabelecida no § 311b 1 BGB e deve ser realizada perante o notário. Trata-se de um contrato regido pelo direito obrigacional, que cria obrigações para as partes, semelhante ao contrato de compra e venda.[61]

Contudo, é necessário, conforme o § 873 do BGB, um segundo negócio jurídico, que constitui um acordo real de cumprimento (*dingliches Erfüllungsgeschäft*). Até a entrada em vigor da ErbbauVO, tal acordo tinha a forma da *Auflassung* (§ 925 do BGB),[62] mas essa

59 § 2 da ErbbauRG: "Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über: 1. die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerks; 2. die Versicherung des Bauwerks und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung; 3. die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben; 4. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall); 5. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen; 6. die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf; 7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen".

60 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 41.

61 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 374.

62 No Direito brasileiro não há um tipo de negócio jurídico como a *Auflassung*. Ela constitui um acordo de transferência da propriedade relativa a um imóvel, que segue a forma prevista no § 925 do BGB (JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wöterbuch Recht und Wirtschaft*.

forma não é mais prescrita (§ 11, 1 ErbbauRG). Por fim, há o registro imobiliário (*Eintragung im Grundbuch*), surgindo então o direito de superfície.[63]

Outrossim, também existem outras formas de surgimento, como: a desapropriação (*Enteignung*), que sucede em função da legislação federal ou dos estados[64] e; a usucapião tabular (*Tabularersitzung*), conforme o § 900, 2 do BGB, que ocorre se a superfície ficou durante 30 anos erroneamente registrada no registro imobiliário e aquele que a registrou a possuiu durante esse tempo como se fosse sua, não se fazendo necessária a prova de boa-fé[65].

A superfície é duplamente registrada no registro de imóveis, o que é feito no livro referente à propriedade do terreno e em um livro específico, atinente ao direito de superfície[66]. No registro imobiliário do imóvel gravado é feito o registro acerca da sua criação, extinção ou alteração de conteúdo, o que tem efeito constitutivo.[67] Tais atos devem ser realizados no local onde foi registrada a propriedade do terreno a ser onerado, sendo então evidente ser a circunscrição imobiliária do local do terreno a competente para o registro.[68]

Além disso, o conteúdo, a transferência e eventuais ônus sobre a superfície devem ser registrados em um livro específico, chamado *Erbbaugrundbuch*, conforme dispõe o § 14 da ErbbauRG. Seja como for, esse último registro não é constitutivo do direito, mas tão somente uma formalidade do registro imobiliário.[69].

14. Tratamento semelhante ao do direito de propriedade

O direito de superfície é um direito real (*dingliches Recht*) ao qual é dado um tratamento semelhante ao direito de propriedade imóvel[70], com exceção das normas atinentes à *Auflassung* (§ 11, 1 da ErbbauRG). Assim sendo, vigoram para a superfície, por exemplo, as regras sobre o regime patrimonial de bens entre os cônjuges (*ehelichen Güterrecht*) e as regras do direito das sucessões[71].

O tratamento assemelhado ao direito de propriedade também leva à constrição da superfície, da mesma maneira que a propriedade, no decorrer de um processo judicial de execução (*Zwangsvollstreckung*). E não poderia ser diferente no que toca aos ônus, sendo admissível sua instituição sobre a superfície, ainda que se trate, conforme entendem parte da doutrina e o BGH, da constituição de outra superfície (superfície de segundo grau ou subsuperfície), ou seja, uma superfície onerando uma superfície (*Untererbbaurecht*)[72].

Por fim, em caso de esbulho ou turbação, o superficiário, tal qual o proprietário, dispõe de pretensões para a proteção de seu direito, previstas nos §§ 985 e 1004 do BGB (direitos de restituição e de abstenção de distúrbios).

Deutsch-Portugiesisch. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2, p. 20).

63 INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.

64 DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB:* Sachenrecht. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 33, p. 1401.

65 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 42.

66 STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. *In*: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 345.

67 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

68 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

69 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

70 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 18.

71 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

72 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 376.

15. Renda do direito de superfície (*Erbbauzins*)

O proprietário do imóvel gravado obtém uma contraprestação em dinheiro, relativamente moderada, conhecida como *Erbbauzins* (*solarium*), que é paga pelo superficiário. Tal remuneração é devida pelo fato de ter sido concedido o direito de superfície pelo proprietário do imóvel, que abriu mão de sua posse direta e da possibilidade de sua utilização (§ 9 ErbbauRG)[73].

De acordo com a legislação alemã, tanto o montante como o prazo da *Erbbauzins* devem ser fixados antecipadamente, para toda a duração da superfície, o que certamente representa um risco para o proprietário do imóvel. Realmente, a necessidade de projeção dos os valores a serem pagos (§ 9 ErbbauRG) pode ser um fator bastante complicado se houver instabilidade econômica, mesmo porque não existe na Alemanha o instituto da correção monetária[74].

Na prática, no entanto, desenvolveram-se cláusulas obrigacionais de adequação, as quais possibilitaram o aumento e a redução da *Erbbauzins*, o que, por outro lado, passou a ameaçar o caráter social da superfície. Para contornar a situação, procurando-se assegurar o caráter social do instituto, foi introduzido o § 9a da ErbbauRG, que previu ser possível que se estabeleça, obrigacionalmente, a modificação da *Erbbauzins* para a sua adequação à alteração de circunstâncias. Aliás, no caso de elevação, o § 9a da ErbbauRG prevê restrições para a proteção do caráter social da superfície. [75]

Por derradeiro, vale observar que a obrigação de pagamento do *Erbbauzins* não é propriamente conteúdo do direito de superfície, mas um ônus em favor do proprietário do imóvel que a concedeu. Para que seja assegurada eficácia absoluta à remuneração a ser paga, é necessário seu registro como um ônus real (§§ 1105 e ss do BGB)[76].

16. Término do direito de superfície (*Beendigung des Erbbaurechts*)

16.1. Rescisão (*Aufhebung*)

O direito de superfície pode ser rescindido, conforme estabelece o § 875 do BGB, mas é necessária a declaração do superficiário no sentido de que está renunciando a seu direito, bem como o consentimento do proprietário do terreno (§ 26 da ErbbauRG).[77]

O § 26 da ErbbauRG trata então de uma forma de extinção do direito de superfície através de um negócio jurídico, que depende da declaração de vontade do superficiário e do proprietário do terreno. Isso significa que a superfície, nessa hipótese, somente se extinguirá com a manifestação do proprietário do terreno, não tendo efeito jurídico uma renúncia apenas por parte do superficiário.[78]

Deve-se notar ainda que a rescisão não se confunde com uma condição resolutiva, mesmo porque, conforme o § 1 do 4 da ErbbauRG, não é permitida a constituição de superfície na qual se estabeleça que o superficiário renunciará ao seu direito caso haja a ocorrência de determinadas condições[79].

Em todo caso, deve-se observar que a declaração do superficiário pode ser emitida

73 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

74 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

75 OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. *In*: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1506.

76 VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

77 WEBER, Ralph. *Sachenrecht*. Grundstücksrecht. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.

78 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.

79 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.

diante do registro imobiliário ou do proprietário do terreno. O consentimento do proprietário, que é irrevogável, é provado através de documento público ou com fé pública. Ademais, eventualmente também será necessário o consentimento de terceiros que tiverem outros direito reais sobre a superfície, como um direito real de garantia (e.g. hipoteca)[80].

Por fim, a extinção demanda seu registro no registro imobiliário, o que é feito tanto no livro onde está registrado o terreno (*Grundbuch*) como no livro especial de registro da superfície (*Erbbaugrundbuch*).

16.2 Extinção por decurso de prazo (*Zeitablauf*)

A superfície se extingue normalmente com o decurso de determinado prazo estabelecido no negócio jurídico,[81] matéria que é regulada pelos §§ 27 a 30 da ErbbauRG. Na prática, os prazos de contratação variam entre 30 e 100 anos, sendo muito comum a fixação do prazo de 99 anos,[82] Contudo, como não há um prazo limite estabelecido pela legislação,[83] entende-se que é possível sua contratação por prazo indeterminado (*ewiges Erbbaurecht*)[84]

Decorrido o prazo, encerra-se a superfície automaticamente, sem necessidade de uma declaração de vontade específica. Com isso, a propriedade sobre a construção passa também automaticamente ao proprietário do terreno.[85]

Nesse contexto, em função do decurso do prazo, fica o registro imobiliário incorreto, sendo necessária a sua retificação (*Grundbuchberichtigung*). O proprietário do imóvel pode, conforme o § 894 do BGB, exigir o consentimento do superficiário para a regularização do registro imobiliário, caso o próprio superficiário não tenha já tomado tal medida (§ 22, 2 da Ordenança de Registro Imobiliário – *Grundbuchordnung* - GBO).[86]

Extinta a superfície pelo decurso de prazo, cabe ao titular do direito de superfície, contra o proprietário do imóvel, uma pretensão legal ao pagamento de indenização (§ 27 I ErbbauRG).[87] As partes podem deliberar, como conteúdo da superfície, acerca do valor da indenização ou sobre sua exclusão, o que terá eficácia real sobre o imóvel e sobre a superfície (§ 27, I, 2 da ErbbaRG). Na falta de referida disposição em sentido contrário, a própria obrigação legal de indenizar também terá a mesma eficácia.[88]

Ademais, para evitar o pagamento de indenização, o proprietário do terreno pode oferecer ao superficiário, antes do decurso do prazo, a possibilidade de prorrogação de seu direito pelo tempo de vida previsível da edificação. Em caso de recusa do superficiário, há então a extinção do dever de pagamento da indenização.[89]

Por derradeiro, o § 29 da ErbbauRG prevê ainda que o credor titular de um direito de garantia sobre a superfície, mesmo com o decurso do prazo da superfície, ainda se beneficia dessa garantia no que toca ao valor da indenização paga.

80 RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.

81 WEBER, Ralph. *Sachenrecht*. Grundstücksrecht. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.

82 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

83 No Brasil, o direito de superfície, regulado pelo Código Civil, deve ser concedido por prazo determinado (art. 1.369 do CC). No Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), por outro lado, a concessão do direito de superfície poderá ser por tempo determinado ou indeterminado (art. 21).

84 DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB:* Sachenrecht. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1400.

85 INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.

86 INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.

87 WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.

88 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

89 WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.

16.3. Reversão (*Heimfallrecht*)

A chamada reversão se distingue da extinção da superfície, pois nesse caso o superficiário está obrigado a transferir seu direito ao proprietário do terreno. Assim, não há propriamente extinção da superfície, cabendo ao proprietário do terreno decidir se depois irá extinguir ou transferir a superfície a um terceiro.[90] Também não há extinção dos direitos reais de garantia (*Grundpfandrechte)* que oneram a superfície, permanecendo sua existência, desde que eles não caibam ao proprietário do terreno (§ 33 da ErbbauRG).

A reversão é acordada pelo proprietário do terreno e pelo superficiário (§ 2, 4 da ErbbauRG), como regra, já no momento em que a superfície é constituída. Trata-se de uma espécie de direito real de aquisição (*dingliches Erwerbsrecht*), que onera o direito de superfície e se liga inseparavelmente à propriedade do terreno (§ 3 da ErbbauRG).[91]

As razões para a ocorrência da reversão podem ser acordadas livremente pelas partes, mas devem ter relação objetiva com o direito de superfície.[92] Nessa linha, o principal caso é o atraso no pagamento do *solarium* (*Erbbauzins*), mas a pretensão à reversão somente será cabível se pelo menos dois anos de *solarium* estiverem em atraso (§ 9 IV ErbbauRG).[93] Outras hipóteses normalmente acordadas são o atraso na construção, a alteração não autorizada do uso, a negligência na manutenção, a insolvência do superficiário, bem como a morte do proprietário do terreno ou do superficiário.[94]

Com o preenchimento da pretensão de reversão, há a transferência da superfície e o superficiário perde a propriedade sobre a construção, que em regra ele mesmo construiu. Não é permitido ao superficiário, com a reversão ou com a extinção da superfície, a retirada da construção ou a apropriação de parte dela (§ 34 ErbbauRG). Em contrapartida, o superficiário tem uma pretensão de reembolso, senão o proprietário do terreno se enriqueceria às suas custas (§ 32 ErbbauRG).[95]

Os valores são, como regra, fixados antecipadamente na contratação feita entre as partes (§ 32 I 2 ErbbauRG). É possível a exclusão da pretensão de reembolso em favor do superficiário, mas é raro isso ocorrer.[96]

16.4. Destruição da edificação (Untergang des Bauwerks)

A destruição da edificação não causa a extinção do direito de superfície, matéria expressamente regulamentada pelo § 13 da ErbbauRG.[97] De fato, como se considera que o direito de superfície possibilita a construção de um edifício, não seria nenhuma condição jurídica a existência da edificação para o surgimento do direito de superfície.[98]

Por conseguinte, não existindo vinculação entre a existência da edificação e o direito de superfície, a destruição da primeira não leva à extinção do segundo.

17. Considerações finais

A superfície é um importante instrumento de política do solo, que infelizmente não tem encontrado grande utilização no Direito brasileiro. Os entes públicos podem, através dela, promover a urbanização e o aproveitamento de bens públicos dominicais

90 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.
91 WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.
92 WEBER, Ralph. *Sachenrecht*. Grundstücksrecht. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 43.
93 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.
94 WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.
95 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.
96 PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.
97 § 13 ErbbauRG: "Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht".
98 WEBER, Ralph. *Sachenrecht*. Grundstücksrecht. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 44.

(terras estatais sem uso), mesmo porque muitas vezes o Poder Público, apesar de possuir patrimônio, não tem recursos para a sua utilização, em especial quando se trata de edificação.

Nesse contexto, a superfície, ao lado dos tradicionais contratos de concessão ou de comodato, muito difundidos quando um ente público autoriza outro ente público a edificar em terreno de sua propriedade, bem como a utilizá-lo por determinado prazo, poderia ser uma opção à disposição daqueles que pretendem uma contratação com maior segurança, cujos efeitos jurídicos não são meramente obrigacionais, mas reais.

Ademais, na mesma senda, também é possível seu uso em empreendimentos particulares, nos quais, aqueles que vão realizar edificações em propriedade alheia, não pretendem estar garantidos por mera contratação, sendo muito mais segura a constituição de um direito real de superfície.

Por conseguinte, considerando essa análise do Direito alemão, parece-nos que no Brasil esse direito real precisa ser melhor utilizado, o que permitirá, retomando mesmo suas origens romanas, seu emprego para uma mais adequada realização do princípio da função social da propriedade.

Bibliografia

BALLIF, Alban. *Le droit de superfície*. Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés. Zürich: Schulthess, 2004.

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.

BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB:* Sachenrecht. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3.

INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001.

IRO, Gert. *Bürgerliches Recht*. Sachenrecht. Wien: Springer, 2000, v. IV.

JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wöterbuch Recht und Wirtschaft*. Deutsch-Portugiesisch. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2.

OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012.

OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. *In*: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1504-1647.

PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014.

RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. *In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 1-210.

STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. *In*: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1.

VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015.

WEBER, Ralph. *Sachenrecht*. Grundstücksrecht. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015.

WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007.

WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck, 2015.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0002311-12.2013.4.03.6103

Apelante: ANA MARIA ANDRADE PIRES DE CAMPOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2019

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. A AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INCRA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. PARTILHA NÃO REGISTRADA EM CARTÓRIO. INTIMAÇÃO NA PESSOA DA INVENTARIANTE. PREVALÊNCIA DA TRANSCRIÇÃO CONSTANTE NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. RECURSO IMPROVIDO.
1. A demanda foi ajuizada por Ana Maria Andrade Pires de Campos em face do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, visando à declaração de nulidade do processo administrativo de desapropriação do imóvel rural denominado "Fazenda Caiçara", ou, subsidiariamente, a nulidade de todos os atos administrativos praticados a partir da notificação de vistoria do imóvel, ao espólio de seus genitores.
2. Alega a autora, ora apelante, que, quando da notificação de vistoria na pessoa da inventariante dos Espólios de seu genitores, o formal de partilha já havia terminado, de modo que deveria ter sido notificada pessoalmente, o que não ocorreu. Sustenta, ainda, que o INCRA tinha conhecimento sobre a homologação do formal de partilha, sendo irrelevante o fato desta não estar registrada em Cartório.
3. A sentença que julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que, sem o devido registro em Cartório, a transmissão *causa mortis* da propriedade de bem imóvel não pode ser oposta a terceiros, razão pela qual se reveste de validade a notificação para vistoria no imóvel da autora, efetivada pelo INCRA na pessoa da inventariante dos Espólios de Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade e Mercedes Woiski Marinho de Andrade.
4. Em suas razões recursais, a autora alega que: a) o registro público não goza de presunção absoluta de veracidade, restando demonstrado no presente caso que, embora não registrada a homologação do formal de partilha, o INCRA tinha conhecimento sobre a sua existência; b) a notificação da inventariante e não das proprietárias viola ao princípio da boa-fé, tendo em vista que o INCRA já havia buscado informações sobre a titularidade do imóvel; c) segundo o princípio da *saisine,* consagrado no artigo 1784 do CC, a herança é transferida aos herdeiros necessários, desde logo, sem necessidade de qualquer formalidade, e, no caso, havia, inclusive, a convalidação da sucessão por decisão transitada em julgado. Requer, assim, o reconhecimento da nulidade da notificação da vistoria efetuada pelo INCRA e, por conseguinte, de todos os atos subsequentes a ela no processo administrativo.
6. Neste contexto, assevera-se que a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, se encontra fundamentada nos artigos 184 e 185 da Constituição Federal, expressos, em síntese, no sentido de que o imóvel rural que não cumpre sua

função social será passível de desapropriação e de que a propriedade produtiva não se sujeitará à desapropriação para fins de reforma agrária.
7. No mais, a Lei nº 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, prevê em seu art. 2º, §§ 2º e 3º, que o proprietário, preposto ou seu representante, deverá ser previamente comunicado sobre a realização vistoria para levantamento de dados e informações, em seu imóvel rural, bem como que, na ausência destes, a comunicação poderá ser feita por edital.
8. Por sua vez, o artigo 26 da Lei nº 9.784/99 dispõe sobre a necessidade de intimação no processo administrativo, apresentando os seus requisitos.
9. No caso dos autos, verifica-se que, à época, a Fazenda Caiçara encontrava-se registrada em nome dos Espólios de Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade e de Mercedes Woiski Marinho de Andrade (matrículas nº 52.564 e 52.565). Diante disso, o INCRA efetuou pesquisa, obtendo a informação de que, "*juridicamente, para efeitos de registro imobiliário, perduram os dois espólios, haja vista que não houve registro da partilha no Cartório de Registro de Imóveis de Jacareí*".
10. Ressalte-se, ainda, que, ao receber as notificações na qualidade de inventariante dos dois espólios, a Sra. Ilka Marinho de Andrade Zanotto, irmã da apelante, exarou o seu ciente, sem nenhuma ressalva quanto à sua legitimidade para tal fim.
11. Nesse sentir, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) estabelece, em seu artigo 252, que "*O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido*".
12. Sendo assim, o fato do INCRA ter tomado conhecimento sobre a homologação, por sentença, da partilha dos bens do Sr. Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade não se sobrepõe às informações constantes nas matrículas do imóvel, pois, somente estas são oponíveis *erga omnes*.
13. Da mesma forma, o princípio da *Saisine*, consubstanciado no artigo. 1.784 do Código Civil (*"Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários"*), não é hábil a invalidar o ato administrativo do INCRA. Isso porque, conforme bem assinalado na r. sentença, *"embora com a morte de seus pais tenha, de fato, havido transmissão da herança à autora e demais herdeiros legítimos e testamentários dos falecidos (pelo princípio da Saisine) - inclusive da Fazenda Caiçara -, o fato é que, perante terceiros, para fins de cumprimento do procedimento legal da desapropriação para fins de reforma agrária, haveria de prevalecer a transcrição no registro imobiliário, que dá publicidade ao ato, com efeito erga omnes"*.
14. Por fim, observa-se que não houve qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo oportunizado à Sra. Ilka o acompanhamento da vistoria, a apresentação de documentos, a manifestação em diversas oportunidades e a apresentação de recursos, devidamente analisados nos autos do processo administrativo.
15. Desta feita, resta evidenciada a validade da notificação do INCRA, posto que esta se deu em observância aos princípios da legalidade e da publicidade registral, não havendo que se falar em anulação do processo administrativo.
16. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de abril de 2019.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pela autora contra a sentença que julgou improcedente a ação declaratória, nos termos do artigo 269, I, do CPC/73, condenando-a ao pagamento de despesas e custas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R$ 500,00.

A demanda foi ajuizada por Ana Maria Andrade Pires de Campos em face do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, visando à declaração de nulidade do processo administrativo de desapropriação do imóvel rural denominado "Fazenda Caiçara", ou, subsidiariamente, a nulidade de todos os atos administrativos praticados a partir da notificação ao espólio de seus genitores.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (fls. 674/676). Em face desta decisão a autora opôs embargos de declaração, que foram rejeitados (fls. 695/696v), e agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento por este Tribunal (fls. 728/733).

Devidamente citado, o INCRA apresentou Contestação (fls. 701/707).

Réplica nas fls. 738/746.

Sobreveio sentença (fls. 753/757v), nos termos acima delineados.

A autora opôs embargos de declaração, que foram rejeitados pela MM. Juíza *a quo* (fl. 771).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 734/799), requerendo a reforma da r. sentença, para que seja julgada procedente a ação, nos termos da inicial.

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

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

A demanda foi ajuizada por Ana Maria Andrade Pires de Campos em face do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, visando à declaração de nulidade do processo administrativo de desapropriação do imóvel rural denominado "Fazenda Caiçara", ou, subsidiariamente, a nulidade de todos os atos administrativos praticados a partir da notificação de vistoria do imóvel, ao espólio de seus genitores.

Alega a autora, ora apelante, que, quando da notificação de vistoria na pessoa da inventariante dos Espólios de seu genitores, o formal de partilha já havia terminado, de modo que deveria ter sido notificada pessoalmente, o que não ocorreu. Sustenta, ainda, que o INCRA tinha conhecimento sobre a homologação do formal de partilha, sendo irrelevante o fato desta não estar registrada em Cartório.

A sentença que julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que, sem o devido registro em Cartório, a transmissão *causa mortis* da propriedade de bem imóvel não pode ser oposta a terceiros, razão pela qual se reveste de validade a notificação para vistoria no imóvel da autora, efetivada pelo INCRA na pessoa da inventariante dos Espólios de Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade e Mercedes Woiski Marinho de Andrade.

Em suas razões recursais, a autora alega que: a) o registro público não goza de presunção absoluta de veracidade, restando demonstrado no presente caso que, embora não registrada a homologação do formal de partilha, o INCRA tinha conhecimento sobre a sua existência; b) a notificação da inventariante e não das proprietárias viola ao princípio da boa-fé, tendo em vista que o INCRA já havia buscado informações sobre a titularidade do imóvel; c) segundo o princípio da *saisine,* consagrado no artigo 1784 do CC, a herança é transferida aos herdeiros necessários, desde logo, sem necessidade de qualquer formalidade, e, no caso, havia, inclusive, a convalidação da sucessão por decisão transitada em julgado.

Requer, assim, o reconhecimento da nulidade da notificação da vistoria efetuada pelo INCRA e, por conseguinte, de todos os atos subsequentes a ela no processo administrativo.

Neste contexto, assevero que a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, se encontra fundamentada nos artigos 184 e 185 da Constituição Federal, expressos, em síntese, no sentido de que o imóvel rural que não cumpre sua função social será passível de desapropriação e de que a propriedade produtiva não se sujeitará à desapropriação para fins de reforma agrária.

No mais, a Lei nº 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, prevê em seu art. 2º, §§ 2º e 3º, que o proprietário, preposto ou seu representante, deverá ser previamente comunicado sobre a realização vistoria para levantamento de dados e informações, em seu imóvel rural, bem como que, na ausência destes, a comunicação poderá ser feita por edital.

No tocante à necessidade de intimação no processo administrativo, bem como os seus requisitos, a Lei nº 9.784/99 dispõe:

> Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.
> § 1º A intimação deverá conter:
> I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;
> II - finalidade da intimação;
> III - data, hora e local em que deve comparecer;
> IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;
> V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;
> VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.
> § 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.
> § 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.
> § 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a

> intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.
> § 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

No caso dos autos, verifica-se que, à época, a Fazenda Caiçara encontrava-se registrada em nome dos Espólios de Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade e de Mercedes Woiski Marinho de Andrade (matrículas nº 52.564 e 52.565 - fls. 43/46). Diante disso, o INCRA efetuou pesquisa, obtendo as seguintes informações sobre os proprietários do referido imóvel:

> No dia 27 de abril de 2009, estive na 3ª Vara Cível da Comarca de Jacareí para dar vistas no processo 69/2005, (antigo - 1.794/00), que versa sobre ação de retificação de registro imobiliário no referido imóvel. Conforme informações contidas no processo, o Sr. Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade faleceu.
> Segundo informações do Oficial de Registro Imobiliário da 2ª Vara da Comarca de Jacareí (vide folha 17), houve a partilha dos bens do Sr. Thomaz, sentença homologada em 23/04/1986, nos autos do inventário deste último. Nos termos daquela partilha, o imóvel, objeto em tela, foi partilhado à viúva meeira Mercedes Woiski Marinho de Andrade, que posteriormente veio a falecer.
> Conforme folha 18, a inventariante do Espólio de Mercedes Woiski Marinho de Andrade é a Sra. Ilka Marinho de Andrade Zanotto, que reside na Rua (...).
> Considerando as informações do Oficial de Registro de Imóveis (vide folha 17), até mesmo das transcrições 2.705 e 3.162, juridicamente, para efeitos de registro imobiliário, *perduram os dois espólios*, haja vista que não houve registro da partilha no Cartório de Registro de Imóveis de Jacareí.
> Portanto, entendo que as pessoas a serem notificadas são: a Sra. Ilka Marinho de Andrade Zanotto, CPF (...), inventariante do Espólio de Merecedes Woiski Marinho de Andrade; e o Espólio de Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade, na pessoa de seu inventariante.
> (...) No ato da notificação, a Sra. Ilka Marinho de Andrade Zanotto confirmou também ser a inventariante do espólio do Sr. Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade. Após tomar ciência do conteúdo das notificações, ela prontamente as recebeu. (fls. 61/62)

Ressalte-se, ainda, que, ao receber as notificações na qualidade de inventariante dos dois espólios, a Sra. Ilka Marinho de Andrade Zanotto, irmã da apelante, exarou o seu ciente, sem nenhuma ressalva quanto à sua legitimidade para tal fim (fl. 59).

Nesse sentir, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) estabelece, em seu artigo 252, que *"O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido"*.

Sendo assim, o fato do INCRA ter tomado conhecimento sobre a homologação, por sentença, da partilha dos bens do Sr. Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade não se sobrepõe às informações constantes nas matrículas do imóvel, pois, somente estas são oponíveis *erga omnes*.

Da mesma forma, o princípio da *Saisine*, consubstanciado no artigo. 1.784 do Código Civil *("Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários"*), não é hábil a invalidar o ato administrativo do INCRA. Isso porque, conforme bem assinalado na r. sentença, *"embora com a morte de seus pais tenha, de fato, havido transmissão da herança à autora e demais herdeiros legítimos e testamentários dos falecidos (pelo princípio da Saisine) - inclusive da Fazenda Caiçara -, o fato é que, perante terceiros, para fins de cumprimento do procedimento legal da desapropriação para fins de reforma*

agrária, haveria de prevalecer a transcrição no registro imobiliário, que dá publicidade ao ato, com efeito erga omnes".

Por fim, observo que não houve qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo oportunizado à Sra. Ilka o acompanhamento da vistoria, a apresentação de documentos, a manifestação em diversas oportunidades e a apresentação de recursos, devidamente analisados nos autos do processo administrativo (fls. 95/97, 267/271, 457/468, 483/485, 488/489, 500, 507/512 e 517/518).

Desta feita, resta evidenciada a validade da notificação do INCRA, posto que esta se deu com observância dos princípios da legalidade e da publicidade registral, não havendo que se falar em anulação do processo administrativo.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso de apelação da autora, mantendo, na íntegra, o teor da r. sentença recorrida.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

REEXAME NECESSÁRIO
5001130-82.2018.4.03.6112

Parte Autora: ANA CLAUDIA DE SOUZA SILVA
Parte Ré: UNIESP S/A
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2019

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. CURSO DISTINTO. NEGATIVA DE MATRÍCULA. IMPOSSIBILIDADE.
1. A existência de débito relativo a curso que a impetrante frequentou anteriormente na instituição de ensino superior não pode obstar-lhe a matrícula em outra graduação, quando ela é regularmente aprovada no respectivo concurso vestibular e efetua o pagamento da taxa de matrícula.
2. Cabe à instituição de ensino superior buscar seu crédito por meios adequados de cobrança, sem que, para isso, implemente restrições pedagógicas ao aluno inadimplente.
3. Remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de assegurar o direito de a impetrante efetivar matrícula na instituição de ensino superior, indeferida pela autoridade sob o fundamento de existência de débito referente a curso anterior diverso.

Regularmente processado o feito, a sentença ratificou a liminar e concedeu a segurança para determinar à impetrada que efetivasse matrícula da impetrante no 1º semestre do curso de Engenharia Civil, independente do pagamento das parcelas do curso de Direito frequentado pela impetrante no ano de 2012. Reexame necessário na forma da lei.

Sem a interposição de recurso voluntário, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Dada ciência ao Ministério Público Federal de encontrarem-se os autos disponíveis para parecer, o prazo transcorreu sem qualquer manifestação.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Antes da vigência da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, a Medida Provisória 1477, e reedições, que regulava a matéria, não era clara ao dispor sobre quais penalidades não poderiam ser impostas ao aluno inadimplente. Assim, havia interpretações no sentido de que o indeferimento da matrícula para o período seguinte inseria-se no conceito de penalidades pedagógicas, descabendo sua aplicação.

Com a entrada em vigor da referida norma, a matéria já não comporta interpretações divergentes. Dispõe a Lei nº 9.870/99:

> Art. 5º. Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regime da escola ou cláusula contratual.
>
> Art. 6º. São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

Infere-se dos dispositivos citados, ficar assegurada a matrícula àqueles que são alunos da instituição, salvo quando inadimplentes. Se por um lado não pode a instituição de ensino aplicar as penalidades pedagógicas mencionadas, também não pode o aluno que não pagou as mensalidades durante o ano letivo pretender direito à matrícula para o período subsequente. É clara a ressalva.

Contudo, não pode a instituição de ensino superior recusar a matrícula do aluno ao argumento da existência de débito referente a curso anterior diverso, atrelado a contrato de prestação de serviços educacionais distinto sob pena de incorrer na imposição de medida pedagógica punitiva vedada no artigo supramencionado.

Cabe à instituição de ensino superior buscar seu crédito por meios adequados de cobrança, sem que, para isso, implemente restrições pedagógicas ao aluno inadimplente.

A respeito do tema, manifestou-se a jurisprudência:

> CONSUMIDOR. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. CURSO DISTINTO. NEGATIVA DE MATRÍCULA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.
> 1. Hipótese em que a corte de origem entendeu não haver amparo legal para a Universidade recusar a matrícula de aluno aprovado em concurso vestibular, por estar ele inadimplente com relação a mensalidades de curso anterior.
> 2. A instituição de ensino alega negativa de vigência ao art. 5º da Lei 9.870/99, sob o argumento de que "a inadimplência sugerida na lei como óbice à matrícula de alunos inadimplentes não se restringe aos contratos em andamento".
> 3. A prestação de serviços educacionais caracteriza-se como relação de consumo, motivo pelo qual devem incidir as regras destinadas à proteção do consumidor, o qual, por ser a parte mais vulnerável, merece especial atenção quando da interpretação das leis que, de alguma forma, incidem sobre as relações consumeristas .
> 4. A educação é um direito consagrado constitucionalmente, tal como prevê o art. 205 da Constituição Federal, *in verbis*: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família,

será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".
5. O dispositivo legal tipo por violado autoriza a negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente.
6. No entanto, o caso trazido à análise do Superior Tribunal de Justiça não diz respeito à mera renovação de matrícula, mas sim à constituição de nova relação jurídica, ainda que na mesma instituição de ensino.
7. Não se mostra razoável que se proceda a uma interpretação extensiva da Lei em apreço de modo a prejudicar o consumidor, em especial aquele que almeja a inserção no ambiente acadêmico.
8. A eventual cobrança de valores em aberto poderá ser realizada, porém pelos meios legais ordinários, não se admitindo a pretendida negativa de matrícula na forma propugnada pela recorrente, uma vez que não há respaldo legal para tal ato.
9. Recurso Especial não provido.
(REsp 1583798/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 07/10/2016)

Ante o exposto, voto por negar provimento à remessa oficial.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5007542-65.2018.4.03.6100

Apelante: ALFREDO ARIAS VILLANUEVA
Apelados: SUPERINTENDENTE DA SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS E SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/05/2019

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DL 73/66. SUSEP. EMPRESA SEGURADORA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AFASTAMENTO E NOMEAÇÃO DE LIQUIDANTE. RESOLUÇÃO CNSP Nº 335/2015. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA.
1. O DL 73/66, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, criou o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, determinando em seu art. 97, que: *A liquidação voluntária ou compulsória das Sociedades Seguradoras será processada pela SUSEP.*
2. Inexiste, nos termos do art. 31 da Resolução CNSP 335/2015, impedimento para a SUSEP realizar a avaliação de desempenho e substituição do liquidante de empresa seguradora em liquidação extra-judicial, a qualquer tempo, caso verifique sua necessidade.
3. A decisão administrativa apresentou fundamentação suficiente, nos termos do Parecer SUSEP/DIFIS/CGFIS/COREP/N. 20/16, da CGFIS/COREP que, após minudente análise dos trabalhos desenvolvidos na gestão da liquidação-extrajudicial, concluiu pelo descumprimento dos incisos I, VII e IX do art. 27 da Resolução CNSP 335/15 e afastamento do ex-liquidante, com indicação da servidora da SUSEP para ocupar o cargo, ressaltando, ainda, o benefício para a empresa liquidanda, em relação à redução dos custos com a remuneração do liquidante.
4. Ausente ilegalidade na nomeação de funcionária, Analista Técnica da SUSEP, que é inclusive tratada como preferencial, nos termos do art. 25 da Resolução CNSP 335/15, bem como diante da demonstração da compatibilidade das atividades por ela exercida e da qualificação exigida para a gestão da massa liquidanda.
5. Inexiste impedimento legal para nomeação de funcionária da SUSEP ao cargo, uma vez que a restrição para o exercício de outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, prevista no art. 65 da Lei 11.890/2008 é direcionada especificamente para os casos previstos na Lei 12.813/2013, enumerados em seu art. 2º, inocorrente na espécie.
6. Rejeitada a alegação de conflito de interesses, uma vez que o liquidante, sendo ou não funcionário da SUSEP, deve obedecer rigorosamente às determinações do art. 27 da Resolução CNSP 335/2015, tanto no tocante à submissão as normas e determinações da SUSEP, quanto à defesa dos direitos e interesses da sua supervisionada e da boa administração do seu patrimônio, não existindo, portanto, ofensa à ampla defesa e contraditório para a massa liquidanda.
7. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado por Alfredo Arias Villanueva, acionista majoritário da AVS Seguradora S/A – em Liquidação Extrajudicial, objetivando a anulação dos atos praticados pelo Superintendente da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, alegando a ilegalidade e a inconstitucionalidade da dispensa do liquidante anterior e da nomeação de uma servidora da SUSEP para o cargo (ID 3063310).

Sustenta a ilegalidade e ausência de fundamentação na dispensa do antigo liquidante; o conflito de interesses e a impossibilidade da atuação isenta de funcionária da SUSEP no exercício da gestão de empresa sob intervenção do próprio órgão e a ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório para a Massa Liquidanda, configurando o cerceamento do seu direito de defesa.

O pedido de liminar foi indeferido (ID 3063326).

O r. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido e denegou a segurança. Sem condenação em honorários advocatícios (ID 3063419).

Apelou o impetrante, sustentando a ilegalidade da dispensa do liquidante anterior e da nomeação de funcionária da SUSEP para exercer o cargo, o evidente conflito de interesses, que causa a suspeição e nulidade dos atos da liquidante nomeada e o cerceamento de defesa da Massa Liquidanda, decorrente da prática do ato impugnado. Requer a reforma do julgado (ID 3063428).

Com contrarrazões, requerendo a manutenção integral da r. sentença, subiram os autos a este Tribunal.

Manifestou-se o Ministério Público Federal, opinando pelo improvimento do recurso.

Subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Não assiste razão ao apelo.

Inicialmente, observa-se que o DL 73/66, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, criou o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP (art. 32) e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (art. 35), determinando em seu art. 36 e 97, que:

Art. 36 - Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras:
a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;
b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP; (...)
i) proceder à liquidação das Sociedades Seguradoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País; (...)
Art. 97. A liquidação voluntária ou compulsória das Sociedades Seguradoras será processada pela SUSEP.

Por sua vez, a Resolução CNSP nº 335/2015, que dispõe *sobre os Regimes Especiais de Direção Fiscal e de Liquidação Extrajudicial e Ordinária aplicáveis às seguradoras, sociedades de capitalização, entidades abertas de previdência complementar e resseguradores locais, determina, nos artigos pertinentes a questão, in verbis:*

Do Liquidante Extrajudicial
Subseção I
Da Nomeação do Liquidante Extrajudicial
Art. 24. A Liquidação Extrajudicial será executada por Liquidante, com poderes de administração, de representação e de liquidação, nomeado pelo Superintendente da Susep, após manifestação da área técnica responsável pela supervisão dos Regimes Especiais e do Diretor competente, quanto aos requisitos previstos na legislação vigente.
Art. 25. *Os Liquidantes serão preferencialmente servidores ativos ou inativos da Susep* ou, na impossibilidade, outros servidores públicos federais ativos ou inativos, empregados de Empresa Pública ou de Sociedades de Economia Mista, que possuam graduação e experiência em área afim com as atividades a serem exercidas. (...)
Subseção III
Dos Deveres do Liquidante Extrajudicial
Art. 27. São deveres do Liquidante:
I - observar as normas legais e regulamentares, bem como os princípios da eficiência, economicidade, moralidade e impessoalidade, dentre outros;
II - agir com eficiência e diligenciar pela conclusão do processo de Liquidação Extrajudicial dentro do menor prazo possível;
III - observar as orientações e atender prontamente as requisições da Susep e dos demais órgãos públicos;
IV - atender com presteza e com urbanidade aos credores, aos controladores e aos ex-administradores da supervisionada, prestando as informações requeridas, ressalvadas as informações protegidas por sigilo;
V - coordenar e supervisionar a atuação de empregados e de prestadores de serviços da supervisionada, inclusive os serviços de advocacia;
VI - levar ao conhecimento da Susep as irregularidades de que tiver ciência em razão das suas funções;
VII - *zelar pela defesa dos direitos e dos interesses da supervisionada, bem como pela boa administração do seu patrimônio*;
VIII - apresentar relatórios e prestar informações, na forma e nos prazos definidos pela Susep; e
IX - observar os procedimentos descritos no Manual do Liquidante, aprovado pelo Conselho Diretor da Susep, na condução dos trabalhos.

> § 1º O requerimento de informações de que trata o inciso IV do *caput* deverá ser feito por escrito e conter a comprovação quanto à legitimidade do solicitante e as justificativas objetivas quanto ao interesse nas informações.
> § 2º O descumprimento dos deveres previstos nesta Resolução dará ensejo à dispensa do Liquidante, sem prejuízo de apuração de responsabilidade administrativa, civil e criminal.
> (...)Art. 31. *A Susep avaliará periodicamente o desempenho do Liquidante e a conveniência de substituí-lo, sem prejuízo de fazê-lo a qualquer tempo, caso verifique sua necessidade.*
> Parágrafo único. A Susep poderá estabelecer, em normativo próprio, prazo máximo para a substituição compulsória do Liquidante, e os critérios de julgamento e de aferição de seu desempenho. (grifos nossos)

Inexiste, portanto, nos termos do art. 31 da Resolução CNSP nº 335/2015, impedimento para a SUSEP realizar a avaliação de desempenho e substituição do liquidante de empresa seguradora em liquidação extrajudicial, a qualquer tempo, caso verifique sua necessidade.

A decisão administrativa apresentou fundamentação suficiente, nos termos da informação da SUSEP (ID 3063388), conforme o PARECER SUSEP/DIFIS/CGFIS/COREP/N. 20/16, da CGFIS/COREP que, após minudente análise dos trabalhos desenvolvidos na gestão anterior da liquidação-extrajudicial, apontou diversas irregularidades (fls. 271/273 dos autos originais, ID 3063398), concluindo pelo descumprimento dos incisos I, VII e IX do art. 27 da Resolução CNSP 335/15, que levou ao afastamento do ex-liquidante e à indicação da servidora da SUSEP para ocupar o cargo, ressaltando, ainda, o benefício para a empresa liquidanda, em relação à redução dos custos com a remuneração do liquidante.

Assim também, ausente a ilegalidade na nomeação de funcionária, Analista Técnica da SUSEP, tratada inclusive como preferencial, nos termos do citado art. 25 da Resolução CNSP 335/15, bem como diante da demonstração da compatibilidade das atividades por ela exercidas e da qualificação exigida para a gestão da massa liquidanda.

Outrossim, inexiste impedimento legal para nomeação de funcionária da SUSEP ao cargo, uma vez que a restrição para o exercício de outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, prevista no art. 65 da Lei 11.890/2008 é direcionada especificamente para os casos previstos na Lei 12.813/2013, enumerados em seu art. 2º, *in verbis:*

> Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos:
> I - de ministro de Estado;
> II - de natureza especial ou equivalentes;
> III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e
> IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes.
> Parágrafo único. Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento.

A alegação de conflito de interesses deve ser rejeitada, uma vez que o liquidante, sendo ou não funcionário da SUSEP, deve obedecer rigorosamente as determinações do art. 27 da Resolução CNSP 335/2015, tanto no tocante à submissão as normas e determinações da SUSEP, quanto à defesa dos direitos e interesses da sua supervisionada e da boa administração do seu patrimônio, não existindo, portanto, ofensa à ampla defesa e contraditório nem cerceamento de defesa para a massa liquidanda.

Dessa forma, diante da ausência das ilegalidades e inconstitucionalidade alegadas, a r. sentença recorrida deve ser integralmente mantida.

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

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

5014511-63.2018.4.03.0000

Embargantes: ANA BEATRIZ SILVEIRA E OUTROS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Impetrantes: ANA BEATRIZ SILVEIRA E OUTROS
Impetrados: UNIÃO FEDERAL E DESEMBARGADORA FEDERAL PRESIDENTE DO TRF3R
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/05/2019

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA OMISSÃO NO PREENCHIMENTO DE VAGAS EM CONCURSO PARA SERVIDORES PÚBLICOS. RESTRIÇÃO ORÇAMENTÁRIA. PREENCHIMENTO DE VAGAS CRIADAS. DOCUMENTO NOVO. AUTORIZAÇÃO DE APROVEITAMENTO DE CANDIDATOS DO CONCURSO DA JUSTIÇA ELEITORAL. VAGAS E PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA POSTERIORES À PERDA DE VALIDADE DO CONCURSO DESTA CORTE. ERRO MATERIAL E CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. *ERROR IN JUDICANDO*. VIA IMPRÓPRIA.

1. Não houve qualquer erro material ou contradição no julgamento impugnado, revelando os embargos de declaração, na realidade, articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade da embargante com a solução dada pelo Órgão Especial, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração. Para corrigir suposto "*error in judicando*", o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito, motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita.

2. O *"documento novo"* apresentado pelos embargantes (Ofício TRE-SP 180/2019), contendo autorização da Justiça Eleitoral para aproveitamento de candidatos aprovados em seu concurso pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, diferentemente do que alegado, não demonstra ausência de restrição orçamentária e de cargos vagos não preenchidos durante a validade do concurso público 01/2013. De fato, a validade deste certame encerrou-se em 26 de junho de 2018 (Ato PRESI TRF3R 258/2016), enquanto o mencionado ofício autorizador é datado de 31 de janeiro de 2019, referindo-se, portanto, a vagas eventualmente criadas após o encerramento da validade do concurso desta Corte, e com base em orçamento previsto para o ano de 2019. Da mesma forma, as duas nomeações apontadas referem-se a vacâncias ocorridas após a perda de validade do concurso.

3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial,

por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator). Votaram os Desembargadores Federais NELTON DOS SANTOS, HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA, DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA , NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, CECÍLIA MARCONDES, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR (Presidente em exercício), TORU YAMAMOTO e PAULO FONTES. Impedida a Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais FÁBIO PRIETO e ANDRÉ NEKATSCHALOW, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos de declaração opostos a acórdão deste Órgão Especial que denegou a ordem e julgou prejudicado agravo regimental, em mandado de segurança originário, impetrado contra suposto ato omissivo da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, no Concurso Público 01/2013 (para provimento de cargos de Analista e Técnico Judiciário), deixou de nomear candidatos para suprir cargos que vagaram durante o período de validade do certame.

Alegaram os embargantes que: (1) o julgamento embargado contém erros materiais e contradições, que conferem ao presente recurso caráter modificativo do julgado; (2) embora no julgamento embargado a denegação da ordem tenha sido motivada na inexistência de cargos disponíveis para provimento sem impacto orçamentário, o documento, juntado neste momento com o recurso, demonstra a existência de ajuste entre o TRE/SP e o TRF3R, para aproveitamento por este de candidatos habilitados em concurso promovido por aquele órgão, o que comprova que existem cargos a serem preenchidos no âmbito do TRF3R e, além disso, que há dotação orçamentária para tanto; e (3) a falta de previsão orçamentária jamais foi comprovada pela autoridade coatora.

Em petição juntada posteriormente, alegaram os embargantes que, em 09/04/2019, a Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nomeou dois candidatos, demonstrando que, diferentemente do que constou do julgamento embargado, existem cargos vagos a autorizar a nomeação dos embargantes, inclusive afastando a falta de previsão orçamentária.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

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

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer erro material ou contradição no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pelo colegiado, que, à luz da legislação aplicável e com respaldo na jurisprudência, consignou expressamente que "o provimento de cargos exige 'autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias' (artigo

169, §1º, II, CF/1988), bem como prévia dotação orçamentária suficiente para atender à despesa de pessoal resultante (artigo 169, §1º, I, CF/1988), sob pena de nulidade do ato administrativo (artigo 21, I, da LC 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal)", e que "mesmo ocorrendo vacância na validade do concurso, não há direito subjetivo do candidato a ser nomeado, quando razões de interesse público impeçam a imediata nomeação, como na hipótese da superveniente restrição orçamentária".

Aduziu o acórdão, ademais, que "a Lei Orçamentária Anual de 2018 (Lei 13.473/2017) restringiu as nomeações para o exercício 2018, autorizando tão-somente reposições de vacâncias ocorridas entre 15/12/2016 e 31/12/2017 (artigo 98, §11, IV)", sendo que "a Emenda Constitucional 95/2016 também vedou o aumento de despesas orçamentárias em relação a exercício imediatamente anterior [...] é o que consta, a propósito, do artigo 107, §1º, II, do ADCT, incluído pela EC 95/2016".

Concluiu-se que "considerada, assim, a restrição orçamentária existente, que impôs o 'congelamento' de despesas primárias da União pelo período de vinte anos, assim como a limitação das nomeações, no ano de 2018, às vacâncias ocorridas entre 15/12/2016 e 31/12/2017, conforme Lei Orçamentária Anual de 2018, não se vislumbra o direito subjetivo dos impetrantes, classificados fora do número de vagas previsto no edital 01/2013, à nomeação, nem omissão indevida da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pois, conforme já comunicado aos impetrantes, em resposta concedida pela Seção de Ingresso no processo SEI 0001653-44.2018.4.03.8000, com cópia juntada aos presentes autos (doc. PJe 3410425), todas as nomeações autorizadas pelo Conselho da Justiça Federal para 2018, com fundamento na Lei Orçamentária Anual de 2018, já foram realizadas".

Como se observa, não houve qualquer erro material ou contradição no julgamento impugnado, revelando os embargos de declaração, na realidade, articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade da embargante com a solução dada pelo Órgão Especial, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração.

De fato, para corrigir suposto *"error in judicando"*, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito, motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita.

No caso, cabe apenas ressaltar que o *"documento novo"* apresentado pelos embargantes (Ofício TRE-SP 180/2019), contendo autorização da Justiça Eleitoral para aproveitamento de candidatos aprovados em seu concurso pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, diferentemente do que alegado, não demonstra ausência de restrição orçamentária e de cargos vagos não preenchidos durante a validade do concurso público 01/2013. De fato, a validade deste certame encerrou-se em 26 de junho de 2018 (Ato PRESI TRF3R 258/2016), enquanto o mencionado ofício autorizador é datado de 31 de janeiro de 2019, referindo-se, portanto, a vagas eventualmente criadas após o encerramento da validade do concurso desta Corte, e com base em orçamento previsto para o ano de 2019.

Da mesma forma, as nomeações promovidas pelo Ato PRES 1.934/2019 referem-se a vacâncias decorrentes de exonerações em 24 e 25/09/2018 (Ato PRES 1.721/2018 e 1.720/2018, respectivamente), ocorridas, portanto, após a perda de validade do concurso para servidores do TRF3R 1/2013 (26/01/2018), afastando-se, desta forma, a configuração de direito subjetivo dos embargantes à nomeação, já que, como ressaltado no julgamento embargado, "a Lei Orçamentária Anual de 2018 (Lei 13.473/2017) restringiu as nomeações para o exercício 2018, autorizando tão-somente reposições de vacâncias ocorridas entre 15/12/2016 e 31/12/2017

(artigo 98, §11, IV)", sendo que "a Emenda Constitucional 95/2016 também vedou o aumento de despesas orçamentárias em relação a exercício imediatamente anterior [...] é o que consta, a propósito, do artigo 107, §1º, II, do ADCT, incluído pela EC 95/2016".

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5020824-40.2018.4.03.0000

Agravante: MARIA LUIZA CORDEIRO
Agravada: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/05/2019

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIVERSIDADE FEDERAL. TRANSFERÊNCIA. ARTIGO 99 DA LEI 8.112/90. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE VAGA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.
1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por contra decisão que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado na origem, indeferiu o pedido de liminar formulado com o objetivo de que fosse transferida da Universidade Federal da Paraíba para a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul independente da existência de vaga.
2. Alega a agravante ter preenchido os pressupostos legais à transferência, especialmente a transferência ser efetivada *ex ofício* de seu cônjuge e a congeneridade das instituições envolvidas. Argumenta os diplomas legais que disciplinam a transferência entre universidades não exige que o casamento deve ser prévio ou posterior ao ingresso na Universidade, não sendo possível exigir que fosse casada antes do ingresso aos bancos acadêmicos.
3. Inicialmente, a Lei nº 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, autarquias e fundações públicas federais prevê em seu artigo 99 o seguinte: *"Art. 99. Ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da administração é assegurada, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga. Parágrafo único. O disposto neste artigo estende-se ao cônjuge ou companheiro, aos filhos, ou enteados do servidor que vivam na sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, com autorização judicial".*
4. A análise dos dispositivos legais que disciplinam o tema nos leva à conclusão de que o cônjuge de servidor que mudar de município em razão de remoção ou transferência de ofício ou no interesse da administração, independente da comprovação da existência de vaga.
5. Agravo de Instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo legal e deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARIA LUIZA CORDEIRO BRITO contra decisão que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado na origem, indeferiu o pedido de liminar formulado com o objetivo de que fosse transferida da Universidade Federal da Paraíba para a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul independente da existência de vaga.

Alega a agravante ter preenchido os pressupostos legais à transferência, especialmente a transferência ser efetivada *ex ofício* de seu cônjuge e a congeneridade das instituições envolvidas. Argumenta os diplomas legais que disciplinam a transferência entre universidades não exige que o casamento deve ser prévio ou posterior ao ingresso na Universidade, não sendo possível exigir que fosse casada antes do ingresso aos bancos acadêmicos.

Concedida a antecipação de tutela (ID 5043491).

Com contraminuta (ID 6486383).

Interposto Agravo Legal (ID 7407897).

Vieram os autos do Ministério Público Federal com manifestação pelo desprovimento do Agravo de Instrumento (ID 7649581).

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

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

O dissenso instalado nos autos diz respeito ao direito que a agravante reputa possuir de ser transferida da Universidade Federal da Paraíba, onde compõe o corpo discente do curso de Ciência Contábeis, para a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, ao argumento de que é cônjuge de militar transferido de ofício para o Estado do Centro Oeste.

Inicialmente, a Lei nº 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, autarquias e fundações públicas federais prevê em seu artigo 99 o seguinte:

> Art. 99. Ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da administração é assegurada, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga.
> Parágrafo único. O disposto neste artigo estende-se ao cônjuge ou companheiro, aos filhos, ou enteados do servidor que vivam na sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, com autorização judicial.

Por sua vez, a Lei nº 9.394/96 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional estabeleceu em seu artigo 49:

> Art. 49. As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.
> Parágrafo único. As transferências *ex officio* dar-se-ão na forma da lei.

A Lei regulamentadora de que trata o parágrafo único do artigo 49 da Lei nº 9.394/96 é a Lei nº 9.536/97 que em seu artigo 1º estabelece o seguinte:

> Art. 1º A transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.
> Parágrafo único. A regra do *caput* não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.

A análise dos dispositivos legais que disciplinam o tema nos leva à conclusão de que o cônjuge de servidor que mudar de município em razão de remoção ou transferência de ofício ou no interesse da administração, independente da comprovação da existência de vaga.

No caso dos autos, observo que *(i)* a agravante está regularmente matriculada no curso de Ciências Contábeis oferecido pela Universidade Federal da Paraíba, conforme documento Num. 9519870 – Pág. 1 do processo de origem. Constato também no documento Num. 9519853 - Pág. 1 do feito originário que *(ii)* a agravante contraiu núpcias em 26.01.2017 com Victor Emanuel Brito Gomes e Cunha que, segundo consta do documento Num. 9519866 – Pág. 2 do processo de origem, *(iii)* é militar do Exército Brasileiro que em 18.10.2017 foi transferido do Rio de Janeiro para Campo Grande por necessidade do serviço (*ex officio*).

Ante o exposto, julgo prejudicado o Agravo Legal e dou provimento ao presente Agravo de Instrumento para reformar a decisão combatida e autorizar a transferência da agravante para a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul para continuidade do curso de Ciências Contábeis.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

Direito Ambiental



APELAÇÃO CÍVEL
0005080-57.2008.4.03.6106

Apelante: AES TIETÊ S/A
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Rés: PREFEITURA MUNICIPAL DE CARDOSO, RICHARD COMAR MARAO SAYEG E ANTONIO FERREIRA HENRIQUE
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA FEDERAL ELIANA MARCELO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/05/2019

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANO AMBIENTAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. PROVA TÉCNICA. NECESSIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.
1 - Discute-se nesta Ação Civil Pública a necessidade de recuperação de área indevidamente utilizada e danificada, com o respectivo reflorestando, por ser de preservação permanente, inserida no loteamento denominado "Estância Beira Rio", situado no Município de Cardoso. O loteamento teria sido construído com o desatendimento de normas ambientais, às margens da UHE de Água Vermelha.
2 - Pleitearam as partes a produção de prova pericial, que foi indeferida em primeiro grau, por considerar o juízo *a quo* ser o Laudo do IBAMA suficiente para delimitar a área abrangida pelo dano ambiental.
3 - Afere-se do Laudo do IBAMA, no qual se baseou a r. sentença, que seus dados são insuficientes para delimitar a área e a infração ambiental. Embora o laudo consigne que houve edificação de um rancho de lazer em área de preservação permanente, não discrimina as cotas máxima operacional e máxima *maximorum;* tampouco detalha a forma como a construção contribuiu para a degradação ambiental, a necessidade de desocupação, demolição ou retirada de qualquer intervenção antrópica no terreno e a forma como se deve promover a regeneração do local.
4 - Do confronto entre o Laudo do IBAMA e o Projeto de Instalação de Marcos apresentado pela AES Tietê, verifica-se que o contraditório instalado não pode ser superado sem que seja feita uma perícia no local, por perito imparcial e de confiança do juízo, a ser submetida ao crivo do contraditório.
5 - A responsabilização com a condenação em obrigação de fazer e de indenizar só será possível, mediante a avaliação não só das cotas estabelecidas para a Área de Preservação Permanente, como para aferição da extensão do dano ambiental e quais foram as suas consequências, bem como a possibilidade de recuperação integral da área degradada e os valores necessários para demolição das construções, retirada dos entulhos, recuperação do solo e das águas, reposição da mata nativa e demais recomposições ambientais, eventual estudo de impacto ambiental e indenização equivalente (no caso de impossibilidade de recuperação integral do dano) ou mesmo a desnecessidade desses atos, indicando os responsáveis pelas construções em desconformidade com a legislação ambiental vigente à época dos fatos, especificando-se estar a construção inserida na APP e ou faixa de segurança do reservatório.
6 - Preliminar conhecida, na forma do artigo 938 do Código de Processo Civil, quan-

to à negativa da realização da prova pericial como vício insanável, por inviabilizar o direito ao contraditório e à ampla defesa, desconstituindo a sentença de primeiro grau para que seja produzida a prova pericial requerida pela recorrente. Precedentes (*APELAÇÃO CÍVEL - 1861426 0003142-27.2008.4.03.6106, Des. Fed. DIVA MALERBI, TRF3 6ª TURMA, e-DJF3 Judicial 1 11/05/2018; Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2122757 0003653-76.2004.4.03.6102, Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, TRF3 3ª, e-DJF3 Judicial 1 12/07/2018 e APELAÇÃO CÍVEL - 1986573 0025969-50.2008.4.03.6100, Des. Fed NELTON DOS SANTOS, TRF3 3ª TURMA, e-DJF3 Judicial 1 22/08/2018)*
7 - Prejudicada a preliminar de mérito relativa à aplicação do artigo 62 do Novo Código Florestal e as demais questões de mérito impugnadas.
8 - Apelação provida para desconstituir a r. sentença *a quo*.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de abril de 2019.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO (Relatora):

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de RICHARD COMAR MARÃO SAYEG, ANTONIO FERREIRA HENRIQUE, MUNICÍPIO DE CARDOSO e AES TIETÊ S/A, objetivando, em síntese, a recuperação de área indevidamente utilizada e danificada com o respectivo reflorestando tida como área de preservação permanente, inserida no loteamento denominado "*Estância Beira Rio*", situado no Município de Cardoso.

Relata a inicial que o proprietário da gleba em que se formou o loteamento, de propriedade de Antônio Ferreira Henrique, inicialmente aprovado pelo Grupo de Análise e Aprovação de Projetos Habitacionais, dos quais fazem parte a Secretaria da Saúde, do Meio Ambiente, a Procuradoria Geral do Estado, a CETESB e a CESP, dentre outros, possibilitou a construção pelo requerido *Richard Comar Marão Sayeg* em área de preservação permanente, tendo o órgão ambiental confirmado o dano e lavrado auto de infração, o qual mesmo notificado não promoveu a regeneração da vegetação naquele local.

Aduz o *Parquet* Federal ser o Município de Cardoso responsável em razão de sua fiscalização deficiente, pois permitiu a obra com danos ambientais, quando tinha o dever de impedir. Relata que o projeto original mantinha a Área de Preservação Permanente e foi executado ao arrepio da lei ambiental, com uma cota abaixo do projeto anteriormente aprovado, devendo a Municipalidade responder pelos danos praticados de forma objetiva.

No que tange à concessionária de energia elétrica, *in casu*, a AES Tietê S.A., aponta o Ministério Público Federal a responsabilidade desta na fiscalização da área objeto de concessão, com o descumprimento das Portarias nºs 1.415, de 15 de outubro de 1984 e a de nº 170 de 04 de fevereiro de 1987.

O feito foi contestado pelos réus, que juntaram documentos. A Municipalidade de Cardoso contestou à f. 402/412, a AES Tietê à f. 415/459, o réu Antonio Ferreira Henrique à f. 529/532 e Richard Comar Marão Sayeg à f. 540/571.

O pedido de antecipação da tutela inibitória foi indeferido, tendo sido afastadas as preliminares de incompetência da Justiça Federal, de ilegitimidade passiva *ad causam* dos corréus AES Tietê e Antonio Ferreira e postergada a análise da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do réu Richard (f. 624/625). Contra essa decisão foram opostos Embargos de Declaração, os quais não foram conhecidos (f. 637), tendo a Concessionária AES interposto Agravo Retido (f. 642-650), sendo a decisão mantida pelo despacho de f. 667.

Naquela oportunidade foi apreciado o pedido de produção de provas, sendo indeferida a prova pericial, por considerar o juízo *a quo* ser o Laudo do IBAMA suficiente para o deslinde da matéria; indeferindo, igualmente, a juntada de novos documentos e a de expedição de ofícios.

Contra o indeferimento da prova pericial o corréu Richard interpôs agravo retido (f. 684-685) e a AES Tietê agravo de instrumento (f. 689-701). Pela decisão de f. 731-733 o agravo de instrumento foi convertido em agravo retido.

Foi deferida a produção de provas orais (f. 737), que se encontram insertas às f. 789-794 e 813-817.

O corréu Richard juntou prova emprestada (f. 759-773).

Foi convertido o julgamento em diligência, determinando que a AES Tietê promovesse a marcação da cota máxima *maximorum* e da cota máxima operacional na propriedade do réu *Antonio Ferreira*. Contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento pela AES Tietê (f. 919-936), decisão mantida pelo despacho de f. 943, e Agravo retido pelo Ministério Público Federal (940-942).

A AES Tietê informa (f. 953-954) que efetuou a marcação da cota máxima normal e da cota máxima *maximorum* na área em litígio, em cumprimento a determinação do juízo, juntando documentos. Pleiteou a extinção do feito ao argumento de que não há danos ambientais no Reservatório, levando-se em conta os marcos implantados e enfatizando que "*a faixa de APP no referido reservatório ser igual a ZERO*".

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a ré AES Tietê S/A a:

> (...) proceder a demarcação da borda livre em todo o loteamento de forma a permitir a fiscalização do cumprimento das medidas de conservação consistentes em:
> a - Demolição de obras e remoção de entulhos de todas as construções que estiverem em terreno da União, na área denominada borda livre no prazo de 90 dias a contar da intimação desta, sob pena de multa diária de R$5.000,00;
> b - Proibição de atividade antrópica e responsabilização da concessionária pela omissão em criar serviço de fiscalização eficiente na área de entorno e observação de tal preceito legal e contratual, sob pena de multa de R$ 1.000,00, por atividade/dia constatada.
> c - Confecção de projeto reflorestamento de toda a APP ou borda livre, o que for maior, com espécies nativas das matas ciliares da região, de acordo com projeto aprovado pelo IBAMA, visando inclusive o não assoreamento. O projeto deverá ser apresentado ao IBAMA em 90 dias após a intimação desta sentença.
> d - implantação do projeto de reflorestamento na área da União, borda livre ou da APP, o que for maior, até 90 dias após a intimação da sua aprovação, sob pena de multa diária no valor de R$ 1000,00, por descumprimento, garantido o direito de cobrança nestes autos dos valores gastos, proporcionalmente à área particular afetada.

e - dever de acompanhar e fiscalizar o desenvolvimento da área recomposta, com atividades de eliminação de pragas, substituição mudas mortas ou inviáveis, etc, fiscalização de invasões ou depredações, durante o tempo que durar o contrato de concessão, sob pena de pagamento de multa de R$ 1.000,00 por descumprimento constatado. A reparação feita espontaneamente pela concessionária, desde que eficaz, afasta a incidência da multa acima.

Julgou improcedentes os demais pedidos, ante a possibilidade de reconstituição da área afetada.

Rejeitados os Embargos de Declaração (f. 1026 e verso) opostos pela corré AES Tietê (f. 976-993).

A AES Tietê apelou (f. 1037-1100), alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença, por cerceamento do direito de defesa, diante da necessidade da produção de prova técnica. Aduz, em prejudicial do mérito, ainda, a incorreta declaração de inconstitucionalidade do art. 62 da Lei 12.652/2012, pois aplicável este ordenamento à hipótese.

No mérito, requer o reconhecimento da perda do objeto da presente demanda, considerando que a legislação superveniente estabelece como área de preservação permanente a distância entre a cota máxima normal de operação e a cota máxima *maximorum*, as quais coincidem na UHE de Água Vermelha, inexistindo, portanto, APP. Refere-se à inexequibilidade da sentença, porquanto a faixa do entorno do reservatório é superior a 384 metros e não estaria sob seu domínio, por se tratar de terras pertencentes a terceiros que não integram a lide. Alega que a obrigação de preservação conferida pela União Federal pela concessão, banhada pelo reservatório de Água Vermelha, vai até o limite da borda livre, conforme contrato de concessão nº 92/1999, cujas obrigações legais e contratuais vêm cumprindo, inexistindo nexo causal entre os atos praticados por terceiros e o contrato firmado com a União Federal. Pugna pela improcedência dos pedidos.

A ré AES Tietê S.A (f. 1250/1288) informou o cumprimento da determinação judicial, elaborando o projeto com a demarcação da área sob sua concessão, implantando os marcos de delimitação na cota 384,00 metros e removendo benfeitorias do local. Pugnou pelo afastamento da aplicação das multas cominatórias.

Com contrarrazões do Ministério Público Federal (f. 1.293-1.303), vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do e. *Dra. Fátima Aparecida de Souza Borghi*, opinou pelo provimento da apelação da AES Tietê S.A "*para que a perícia aponte, também, a existência ou não de intervenção humana na área considerada de preservação permanente pelas Resoluções 4/85, 302/02 e 369/06, todas do CONAMA, ou seja, até o limite de 100 metros do nível máximo do reservatório de acumulação de água para a geração de energia elétrica da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha*". (f. 1.320-1.327).

Após a juntada de documentos, em nova vista, a Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do e. Dr. Sergio Monteiro Medeiros (f. 1,335-1.343), opinou pelo desprovimento da apelação.

Os autos subiram a esta e. Corte.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO (Relatora):

Pleiteia o *Ministério Público Federal* a recuperação de área indevidamente utilizada e danificada com o respectivo reflorestando, por ser de preservação permanente, que se encontra inserida no loteamento denominado "*Estância Beira Rio*", situado no Município de Cardoso. Sustenta que o loteamento foi construído com o desatendimento de normas ambientais, às margens da UHE de Água Vermelha.

Mostra-se necessária a análise da preliminar de cerceamento de defesa, consistente no indeferimento da produção da prova pericial, na forma do artigo 938 do Código de Processo Civil, diante da sua prejudicialidade, até mesmo, em face da preliminar de aplicabilidade do art. 62 da Lei 12.652/2012, que reputo contida no mérito da lide.

Pleitearam as partes a produção de prova pericial, que foi indeferida em primeiro grau, por considerar o juízo *a quo* ser o Laudo do IBAMA suficiente para delimitar a área abrangida pelo dano ambiental, inserto à f. 317-318.

A Concessionária corré justificou a pertinência da prova pretendida para aferir a existência de degradação ambiental e sua abrangência em área pertencente à AES Tietê, bem como para evidenciar que eventuais danos não foram de sua autoria, tampouco a existência de nexo de causalidade com suas atividades.

O corréu Richard, embora não condenado, no curso da instrução também requereu a produção de prova pericial, tendo como finalidade comprovar que o "*loteamento, mormente o lote do requerido, foi edificado nos exatos termos que se encontra no MAPA acostado aos autos, o qual está devidamente APROVADO pelos órgãos competentes e REGISTRADO no CRI local, afastando, assim, qualquer dolo/culpa/nexo causal*".

O Ministério Público Federal, nesta instância, inicialmente pleiteou o provimento da apelação e, posteriormente, pelo desprovimento.

Não obstante o r. Juízo *a quo ter* indeferido o pleito de produção de prova pericial, sentenciando o feito, entendendo-a necessária para o deslinde da matéria em questão.

Afere-se do Laudo do IBAMA, no qual se baseou a r. sentença, que seus dados são insuficientes para delimitar a área e a infração ambiental. Embora o laudo consigne que houve edificação de um rancho de lazer em área de preservação permanente, não discrimina as cotas máxima operacional e máxima *maximorum;* tampouco detalha a forma como a construção contribuiu para a degradação ambiental, a necessidade de desocupação, demolição ou retirada de qualquer intervenção antrópica no terreno e a forma como se deve promover a regeneração do local.

Disso conclui-se que a questão ainda remanesce como contraditória, diante da conversão do julgamento em diligência (f. 915), cuja decisão consigna expressamente não ser possível aferir estar ou não a construção dentro da área protegida, pois ausente a marcação da cota "*máxima maximorum*", exarada com o seguinte teor:

> Em ordem de sentenciar o feito, AÇÃO CIVIL PÚBLICA proposta pelo Ministério Público Federal pretendendo a condenação do(s) réu(s) a reparar(em) o dano ambiental causado em área de preservação permanente, observo que não está presente nos autos informação sobre a localização da cota "máxima maximorum" na propriedade do réu.
> O Novo Código Florestal (Lei 12.651/12) trouxe várias novidades na regulamentação das áreas de preservação permanente (APPs).

> O artigo 2º, alínea "b" do Código Florestal antigo (Lei 4.771/65), vigente quando da propositura da demanda, previa como APPs aquelas situadas no entorno dos reservatórios artificiais, sem, contudo explicitar suas medidas, o que implicava na sua conjugação com a Resolução CONAMA nº 302/2002 que fixava a APP levando em conta a medida horizontal a partir do nível máximo normal.
> Assim, a principal alteração do Novo Código Florestal refere-se à substituição do critério de medida da APP, que passa a ser vertical (com base no nível da água, portanto variável conforme o relevo) e não mais horizontal (com base em uma medida fixa a partir da margem no nível máximo normal - ou operativo/operacional), conforme redação do art. 62. Vale destacar que conforme o relevo, se menos íngreme a partir da cota máxima operacional, a distância desta até a cota máxima maximorum pode ser bem maior que aquela prevista naquela Resolução. Em lugares de banhado, onde a margem é quase plana a APP se estenderá. Portanto, não há como atribuir prejuízo ou diminuição de área de preservação somente pela alteração do critério de tomada de medida da APP, o que afasta a sua inconstitucionalidade.
> Com a alteração da forma de definição da APP trazida pela Lei 12.651/12 em seu artigo 62, não é possível estabelecer se a construção está ou não dentro da área protegida porque não há nos autos informações sobre a marcação da cota "máxima maximorum", e isso afasta a possibilidade de análise de afetação ou não da APP conforme a regra atual.
> Por outro lado, pelo contrato, a concessionária AES-Tietê tem obrigação de cuidar da APP, agora conforme fixada na nova Lei de forma que terá também que estabelecer a posição da cota máxima maximorum na propriedade em testilha para desempenhar suas obrigações retro. Além disso, em se tratando de procedimento técnico análogo ao já determinado em liminar, urge seja feito pela mesma requerida como forma de facilitar as diligências necessárias à proteção ambiental no caso concreto, bem como para fixar as responsabilidades em decorrência da sentença, conforme acima explanado.
> Por tais motivos, determino que baixem os autos em diligência para que a AES-Tietê, promova a marcação da cota máxima maximorum e da cota máxima operacional na propriedade do réu, no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária de R$100,00. Deverá também a requerida trazer comprovação fotográfica ou croqui da marcação, onde seja possível estabelecer se e quais construções estão dentro da faixa da APP conforme o novo Código Florestal.

Em cumprimento à determinação, a AES Tietê destaca relativamente a instalação dos marcos no local (f. 953-954) que:

> (...) promoveu a marcação da cota máxima norma e da cota máxima maximorum na área objeto da presente demanda, conforme documentos que seguem anexado (DOC. 01) , os quais igualmente comprovam que referidas cotas coincidem no valor de 383,30 metros acima do nível do mar. Portanto, em atendimento ao artigo 62 do Novo Código Florestal, que pacificou qualquer discussão ao estabelecer que a *Área de Preservação Permanente corresponde à distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum*, conclui-se pela *inexistência* de Área de Preservação Permanente no reservatório de Água Vermelha, e, consequentemente, na área objeto da presente demanda, haja vista a faixa de APP no referido reservatório ser igual a ZERO.
> (...)
> É importante ressaltar que referidas cotas estão situadas abaixo da cota de desapropriação, portanto, dentro da propriedade da AES Tietê, sendo impossível sua marcação na propriedade de terceiros, que está localizada em cota limítrofe superior, conforme demonstrado no Projeto de Implantação de Marcos anexo (DOC 02). Ocorre que, algumas vezes, as benfeitorias instaladas por terceiros proprietários de áreas confrontantes invadem a área sob concessão da AES Tietê, ou seja faixa de terra abaixo da cota de desapropriação. (grifamos)

Diante do confronto entre o Laudo do IBAMA e o Projeto de Instalação de Marcos apresentado pela AES Tietê, verifica-se que o contraditório instalado não pode ser superado sem que seja feita uma perícia no local, por perito imparcial e de confiança do juízo, a ser submetida ao crivo do contraditório.

O pedido formulado na inicial pelo Ministério Público Federal não comporta outra interpretação, pois pretende a condenação dos réus ao pagamento de indenização quantificada em perícia ou por arbitramento do Juízo.

A responsabilização com a condenação em obrigação de fazer e de indenizar só será possível, mediante a avaliação não só das cotas estabelecidas para a Área de Preservação Permanente, como para aferição da extensão do dano ambiental e quais foram as suas consequências, bem como a possibilidade de recuperação integral da área degradada e os valores necessários para demolição das construções, retirada dos entulhos, recuperação do solo e das águas, reposição da mata nativa e demais recomposições ambientais, eventual estudo de impacto ambiental e indenização equivalente (no caso de impossibilidade de recuperação integral do dano) ou mesmo a desnecessidade desses atos, indicando os responsáveis pelas construções em desconformidade com a legislação ambiental vigente à época dos fatos, especificando-se estar a construção inserida na APP e ou faixa de segurança do reservatório.

Nesse sentido trago à colação precedentes desse E. Tribunal Regional da 3ª Região:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. INTERVENÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) DO RIO GRANDE. LAGO ARTIFICIAL DE USINA HIDRELÉTRICA. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NÃO COMPROVADA. ÁREA RURAL. FIXAÇÃO DE APP DE 100 METROS. PROVA PERICIAL. NECESSIDADE. REMESSA OFICIAL PROVIDA. SENTENÇA ANULADA. APELAÇÕES PREJUDICADAS.
> 1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Precedentes.
> 2. Cinge-se a controvérsia em apurar se a área em que se encontra o imóvel em questão, localizado no loteamento Tomazinho, às margens do reservatório da usina hidrelétrica Água Vermelha, no Rio Grande, município de Cardoso/SP, deve ser considerada área rural e, portanto, com faixa de APP de 100 (cem) metros, ou se área urbana consolidada, com APP de 30 (trinta) metros, como decidido na r. sentença.
> 3. O fato de existirem, no curso do processo de apuração, três leis tratando dessa matéria (4.771, de 1965 - 7.803, de 1989 e 12.651, de 2012), por razões de segurança jurídica, deve-se aplicar o princípio do tempus regit actum, até porque, como já decidiu o C. STJ, o novo Código Florestal tem eficácia *ex nunc* e não alcança fatos pretéritos quando isso implicar a redução do patamar de proteção do meio ambiente.
> 4. É competência legal do CONAMA, editar normas, estabelecer critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com o objetivo de garantir o uso racional, principalmente, dos recursos hídricos, conforme dispõe o inciso VII do art. 8º da Lei nº 6.938, de 1981. Além disso, o CONAMA integra o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA (art. 6º da Lei nº 6.938/81), como órgão não apenas consultivo, mas também deliberativo do sistema (inciso II).
> 5. Ao editar normas e regulamentar as leis ambientais, o CONAMA não está exercendo nada além de sua competência legal para garantir a determinação constitucional imposta pelo art. 225 da Carta Política, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade das Resoluções nº 4, de 1985, 302 e 303 de 2002, por ele editadas.
> 6. Na ausência de prova da regularização fundiária a APP a ser considerada é de 100 (cem)

metros, conforme estabelece a alínea "b" do art. 2º da Lei nº 4.771/65 e o inciso I do art. 3º da Resolução CONAMA 302/2002. Precedentes.
7. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o princípio ao direito de propriedade, de que trata o inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal, não se sobrepõe ao direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente sustentável e equilibrado, também previsto, constitucionalmente, no art. 225 da Carta Política de 1988.
8. Este E. Tribunal tem exigido a realização de prova pericial no âmbito judicial, para averiguar eventuais danos ambientais ocasionados, seus elementos e alcance.
9. Com raras exceções e excepcionalmente, o Tribunal tem entendido que nas hipóteses em que do processo conste Relatórios e Laudos específicos e expedidos por órgãos governamentais com competência legal para dizer sobre questões ambientais, estes se mostram suficientes para demonstrar e comprovar a existência ou não do dano ambiental, sua extensão, se é possível a sua reparação e qual a faixa de APP a ser considerada.
10. Na presente hipótese o que consta dos autos é apenas o Laudo expedido pelo Instituto de Criminalística que, apesar de não ter sido impugnado pelas partes, aborda a ocorrência de dano ambiental na área em questão, de forma superficial, não traz as informações necessárias para esclarecer os fatos e fornecer os elementos necessários para a formação da convicção e afirma que "este Instituto não é o órgão apropriado para indicar as possíveis medidas mitigadoras para o caso examinado".
11. A produção da prova pericial, no âmbito judicial, principalmente em se tratando de matéria fática controvertida, além de fornecer os elementos necessários para o julgamento da demanda, dá a oportunidade ás partes de formularem quesitos e aos réus de exercerem o seu direito de defesa e de contraditar.
12. Decisão em consonância com a jurisprudência das egrégias Terceira e Sexta Turma deste Tribunal sobre a matéria.
13. Remessa oficial provida, para anular a r. sentença e determinar a baixa dos autos à origem para a realização da prova pericial, em complementação da instrução probatória. Apelações prejudicadas.
(APELAÇÃO CÍVEL - 1861426 0003142-27.2008.4.03.6106, Des. Fed. DIVA MALERBI, TRF3 6ª TURMA, e-DJF3 Judicial 1 11/05/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. DANOS AMBIENTAIS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MULTIPLICIDADE DE RÉUS. TUMULTO PROCESSUAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. DESMEMBRAMENTO POR LOTE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES PROVIDAS. SENTENÇA ANULADA.
1. Remessa oficial, tida por interposta, conhecida, uma vez que o artigo 19 da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), deve ser aplicado analogicamente às ações civis públicas, pois tanto estas quanto as ações populares visam tutelar o patrimônio público lato sensu, estando ambas regidas pelo microssistema processual da tutela coletiva.
2. A responsabilidade por danos ambientais é objetiva e solidária.
3. Não é obrigatória a formação do litisconsórcio passivo, pois em se tratando de responsabilidade solidária, o litisconsórcio passivo é facultativo, cabendo ao autor, representante dos titulares do direito difuso tido por violado, demandar contra qualquer um ou todos os causadores do dano.
4. A ação civil pública sub judice possui objetos diversos, uma vez que foram ajuizadas pelo *Parquet* em razão de supostos danos ambientais praticados em áreas de preservação permanente, decorrentes de edificações e utilização antrópica em lotes com localizações diversas, de titularidade de distintos proprietários.
5. Eventual condenação por danos ambientais será individualizada, pois cada lote possui suas particularidades, tal como dimensões e faixa supostamente desrespeitada pela ocupação

irregular, bem como os danos ambientais distinguem-se em grau e intensidade, em função, inclusive, do modo em que a intervenção antrópica se verifica em cada local, sendo irrelevante a circunstância de todos os ranchos estarem localizados nas margens do Rio Moji Guaçu.
6. Tendo o Ministério Público, na petição inicial, pleiteado também a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização a ser quantificada em perícia, correspondente aos danos ambientais que se mostrarem irrecuperáveis nas áreas de preservação permanente, sobressai a necessidade de realização de prova pericial de maneira individual e particularizada, a fim de aferir as medidas a serem tomadas para evitar a perpetuação do dano, recuperar o meio ambiente e o eventual valor indenizatório pelos danos ambientais em cada lote.
7. Deve ser invocada a faculdade conferida ao magistrado prescrita no §1º, do artigo 113, do Código de Processo Civil, verbis: "O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.".
8. O feito deve ser desmembrado, devendo o polo passivo de cada processo ser composto pelos proprietários da Fazenda São Luiz, responsáveis pelo loteamento irregular, e pelos adquirentes e/ou ocupantes de cada lote, sendo necessária realização de nova fiscalização pelo IBAMA por lote, em face do transcurso temporal desde o ajuizamento desta ação e a presente data.
9. Remessa necessária, tida por interposta, e apelações providas para anular a r. sentença, devendo os autos retornarem ao Juízo de origem para que seja desmembrado o feito por lote com realização de nova fiscalização pelo IBAMA igualmente por lote.
(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2122757 0003653-76.2004.4.03.6102, Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, TRF3 3ª, e-DJF3 Judicial 1 12/07/2018)

ADMINISTRATIVO. IBAMA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. AUTUAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. NECESSIDADE. AGRAVO RETIDO PROVIDO. APELAÇÃO PREJUDICADA.
1. Os autores foram autuados pelo IBAMA, em 25.9.2007, por construírem em área de preservação permanente, no Município de Ilhabela, Estado de São Paulo, em desacordo com as normas e procedimentos legais.
2. Inconformados, os autores ajuizaram a presente demanda pleiteando a anulação da autuação efetuada pelo IBAMA, sob a justificativa de que o imóvel em questão não estaria em área de preservação permanente.
3. Constata-se, inclusive, que os autores postularam a realização de prova pericial a fim de comprovar suas alegações, porém, o juízo a quo, a indeferiu, julgando-a desnecessária.
4. Afigura-se imprescindível a confecção de laudo pericial tendente a concluir se o imóvel encontra-se ou não em área de preservação permanente, considerando que a questão não foi completamente dirimida na via ordinária.
5. A Polícia Militar do Estado de São Paulo e o IBAMA afirmaram que o imóvel encontra-se fora da área de preservação permanente, de modo que, a toda evidência, pairam dúvidas acerca da exata localização da obra.
6. Em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e em se tratando de matéria fática controvertida, de rigor que se abra oportunidade para que as partes produzam prova de tudo quanto alegam, em especial, perícia técnica na respectiva área afetada.
7. A desconstituição da sentença é essencial, a fim de se oportunizar, como já dito, a prova pericial no imóvel dos autores, com vistas a elucidar a discussão travada neste feito, devendo ser remetidos os autos à vara de origem para tal finalidade.
8. Agravo retido provido.
9. Apelação prejudicada.
(APELAÇÃO CÍVEL - 1986573 0025969-50.2008.4.03.6100, Des. Fed NELTON DOS SANTOS, TRF3 3ª TURMA, e-DJF3 Judicial 1 22/08/2018)

Assim, conheço da questão preliminar arguida no recurso da AES Tietê, na forma do artigo 938 do Código de Processo Civil, considerando a negativa à realização da prova pericial como vício insanável, por inviabilizar o direito ao contraditório e à ampla defesa, desconstituindo a sentença de primeiro grau para que seja produzida a prova pericial requerida pela recorrente e remetendo os autos ao primeiro grau de jurisdição. Julgo prejudicada preliminar de mérito relativa à aplicação do artigo 62 do Novo Código Florestal e as demais questões de mérito impugnadas.

Ante o exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso interposto pela *AES Tietê S.A.*, reconhecendo a preliminar de mérito de cerceamento de defesa, desconstituindo a sentença proferida e determinando a produção de prova pericial, cabendo o magistrado singular nomear perito, fixando prazo para as partes apresentarem quesitos e indicarem assistentes técnicos, na forma do artigo 465 e seguintes do Código de Processo Civil.

É como voto.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0013467-35.2015.4.03.6100

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: MONICA KONIG E ANDERSON VIEIRA DIONIZIO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2019

EMENTA

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. AÇÃO MONITÓRIA.
I - Hipótese dos autos em que à época do pacto a legislação vigente não previa, para o caso de óbito do mutuário, a absorção do saldo devedor pelos entes participantes do financiamento estudantil, nada se lobrigando que justificasse o afastamento do contratualmente estipulado.
II - Sentença reformada para julgar-se procedente a ação monitória.
III - Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de abril de 2019.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação monitória proposta pela Caixa Econômica Federal - CEF objetivando a cobrança de quantia referente a saldo devedor de Contrato de Abertura de Crédito para Financiamento Estudantil - FIES (fls. 12/42), celebrado em 02.12.2004, destinado ao custeio dos estudos de Anderson Vieira Dionizio no curso de graduação em Enfermagem.

À fl. 101 foi citada a corré Monica Konig, garantidora do contrato, que opôs embargos à ação monitória (fl. 103/107) com informação de que o corréu Anderson havia falecido em 15.04.2013 (certidão de óbito à fl. 108), efetuando requerimento de aplicabilidade de novel dispositivo legal com previsão de absorção da dívida pelo FIES ou pela instituição de ensino na ocorrência de óbito do estudante.

Por sentença proferida às fls. 153/154vº foram acolhidos os embargos monitórios e julgado improcedente o pedido formulado pela parte autora.

Apela a CEF, pleiteando a reforma da sentença aduzindo inaplicabilidade no caso do art. 6º, §1º, da Lei nº 10.260/01 e posteriores modificações, alegando que tal dispositivo passou a vigorar em 2007, tendo sido o contrato firmado antes da citada norma, em 02.12.2004, afigurando-se a exigibilidade do crédito em face dos fiadores/avalistas.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

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

Versa o recurso interposto matéria de Contrato de Abertura de Crédito para Financiamento Estudantil - FIES, celebrado em 02.12.2004 (fls. 12/42), destinado ao custeio dos estudos de Anderson Vieira Dionizio no curso de graduação em Enfermagem no qual figura como fiadora Monica Konig.

A questão posta remete ao disposto no art. 6º, §1º, da Lei nº 10.260/01, na redação dada pela Lei nº 11.552/07, na atualidade revogado pelo art. 6º-D, na redação da Lei nº 13.530/17, dispondo sobre a contratação de seguro.

Preceitua o citado dispositivo legal:

> § 1º. Nos casos de falecimento ou invalidez permanente do estudante tomador do financiamento, devidamente comprovados, na forma da legislação pertinente, o saldo devedor será absorvido conjuntamente pelo Fies, pelo agente financeiro e pela instituição de ensino.

À época da celebração do contrato não estava em vigor o dispositivo legal com a redação prevendo sobre absorção do saldo devedor.

O contrato, juntado à fls. 12/20, foi celebrado em 02.12.2004 e o art. 6º, § 1º, da Lei nº 10.260/01, com a redação em que a parte fundamenta o pedido só passou a viger com a edição da Lei nº 11.552/07.

Crucial o momento em que as partes formalizaram sua manifestação de vontade, devendo prevalecer a legislação então vigente.

Outro não é o entendimento da melhor doutrina, lendo-se na consagrada obra de Carlos Maximiliano ("*Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*", São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946):

> As obrigações em geral e, com abundância maior de razão, os contratos, regem-se em todos os sentidos, pela lei sob cujo império foram constituídos; só excepcionalmente se lhes aplicam os postulados novos. Norma posterior não pode anular ou modificar alguma cláusula expressa de ato bilateral acorde com os preceitos vigentes ao tempo em que êle surgiu; (fl. 182)

> Há rigor maior a respeito dos contratos do que no tocante às outras espécies de obrigações; não se proíbe só a retroatividade; não se lhes aplica a lei posterior; opera-se uma sobrevivência da norma do tempo em que êles se constituiram; esta se incorpora ao ato bilateral, fica sendo um elemento integrante do mesmo. (fl. 185)

Por outro lado, não se entrevê justificativa racional para modificações na execução do contrato.

Na espécie em exame o mutuário completou o curso no primeiro semestre de 2010, iniciada foi a fase de resgate da dívida a partir de 12.04.2010, mantendo-se o estudante adimplente

com o contrato até a ocorrência do óbito (15.04.2013).

Quanto à nova lei nada igualmente se entrevê que justificasse o afastamento do contratualmente estipulado, tratando-se de norma com previsão de assunção de prejuízos pelos entes participantes do financiamento estudantil, de excepcional conteúdo de relegação dos interesses financeiros envolvidos a não autorizar aplicação fora dos casos de contratação na sua vigência.

Não se olvida jurisprudência em contrário da E. Primeira Turma, a exemplo a apelação cível nº 0003787-29.2012.4.03.6133, mas não me convenço de justificativas para aplicação da lei não vigente à época do contrato lobrigadas na finalidade social do FIES.

A finalidade social está na Educação, no financiamento propiciando a realização do curso e o que se tem no caso é o interesse individual na exoneração de obrigações.

A finalidade social pertence ao FIES, não necessariamente a disposição qualquer introduzida em sua disciplina legal e é bastante questionável e não me convenço revista similar natureza o disposto no artigo 6º, § 1º, com a redação da Lei 11.552/07, havendo inclusive disposição expressa de dependência do financiamento à "*disponibilidade de recursos*" (art. 1º, § 1º) e não se entrevê suposto alinhamento, quiçá mesmo desvio da finalidade social que, portanto, não se confirma como fundamento atendível para a aplicação do dispositivo legal nos contratos celebrados anteriormente a sua vigência.

Ressalto também que o caso sequer é de hipótese onde se pudesse falar que "*a formação acadêmica não será atendida*" (AC nº 2009.61.20.008603-4), como decorre da situação fática acima descrita.

Recapitulando, foram opostos embargos monitórios pela ré Monica Konig ao fundamento de aplicabilidade do disposto no artigo 6º-D da Lei nº 10.260/01, introduzido pela Lei nº 12.513/2011, mas é lei posterior à celebração do contrato que não poderia implicar a invalidade da cláusula contratual, por outro lado não se entrevendo causa qualquer de justificação para derrogações ao pactuado.

É a convicção que formo e dela cativo pronuncio-me pela reforma da sentença para constituir de pleno direito o título executivo judicial, devendo a parte embargante arcar com o pagamento da verba honorária, que fixo em 10% do valor atualizado do débito, nos termos do art. 85, §2º, do CPC, patamar que se mostra adequado às exigências legais, deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria que independentemente do entendimento de cada um não é de maior complexidade.

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso para reformar a sentença e *julgar procedente* a ação monitória, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

Direito Constitucional



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

5023081-72.2017.4.03.0000

Embargante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: MED LIFE SAÚDE S/C LTDA.
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/05/2019

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - DIREITO CONSTITUCIONAL - LIVRE INICIATIVA - NORMA E INTERPRETAÇÃO: QUESTÃO CONSTITUCIONAL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RE 562276, PLENÁRIO, SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL - EXECUÇÃO FISCAL CONTRA SOCIEDADE EMPRESÁRIA - REGISTRO DO DISTRATO SOCIAL, NA JUNTA COMERCIAL - RESPONSABILIZAÇÃO PATRIMONIAL DE SÓCIO E ADMINISTRADOR: IMPOSSIBILIDADE.

1. No RE 562276, sob o regime da repercussão geral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a norma jurídica - ou a sua interpretação -, sem causa legítima, não pode criar nova espécie de responsabilização patrimonial de terceiro, por débito da pessoa jurídica.
2. Dissolução, liquidação e extinção da empresa são institutos distintos.
3. A dissolução é causa de modificação da exploração da atividade empresarial. Até a sua ocorrência, a empresa tem, como função, o lucro. Depois, "negócios inadiáveis, vedadas novas operações" (artigo 1.036, "caput", do Código Civil).
4. A liquidação é o encontro de contas entre o ativo e o passivo e a atribuição, a cada qual - inclusive aos sócios, se positivo o saldo -, segundo o título jurídico, da parte cabível.
5. Ocorrida a dissolução, com o registro do distrato social, na Junta Comercial, a credora, com privilégio no concurso de créditos, legitimidade para a execução judicial forçada e foro privativo, tem o direito de expropriação do patrimônio da empresa, seja realizada, ou não, a liquidação societária.
6. Afronta a decisão plenária do Supremo tribunal Federal a pretensão à criação de novo modo de responsabilidade tributária, com a expropriação, pela credora, do patrimônio de sócio ou administrador, porque a sociedade empresária praticou o ato lícito da dissolução.
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, que foi acompanhado pela Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, restando vencida a Relatora, Desembargadora Federal Diva Malerbi, que acolhia os embargos de declaração, com efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL) em face do v. acórdão (ID 12995653), encontrando-se assim ementado:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISTRATO SOCIAL. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. A questão vertida nos autos consiste na possibilidade de redirecionamento da execução fiscal movida contra a empresa aos sócios administradores, em razão da dissolução irregular desta a justificar a responsabilização do administrador.
> 2. A E. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob o rito do recurso repetitivo, firmou o entendimento que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio da empresa é necessária a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da sua responsabilidade pela dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.
> 3. Não obstante o distrato social seja apenas uma das etapas para a extinção da sociedade empresarial, fazendo-se necessária a posterior realização do ativo e pagamento do passivo a fim de viabilizar a decretação da extinção da personalidade jurídica (RESP 829.800/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 26.04.2016, DJe 27.05.2016), não é possível o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio responsável sem a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto (Recurso repetitivo, REsp 1.101.728/SP), ou da sua responsabilidade pela dissolução irregular da empresa (Súmula 435, STJ), não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias (Súmula 430, STJ).
> 4. No caso dos autos, a execução fiscal foi ajuizada em 21.05.2007(ID 1441124) contra a empresa "MED LIFE SAUDE S/C LTDA", objetivando a cobrança de COFINS, PIS com vencimentos em 31.03.1999 a 12.12.2002, (CDA – ID Num 1441124 – pág.6/39).
> 5. Da análise dos documentos juntados a estes autos, contata-se que houve distrato social em 24.04.2015, consoante anotação na Ficha Cadastral da JUCESP (ID 1441128 – pág. 111), portanto, antes do ajuizamento da execução fiscal (21.05.2015 - ID 1441124).
> 6. Desse modo, no presente caso, não restou caracterizada a dissolução irregular da empresa executada, nem tampouco houve a comprovação de administração fraudulenta ou afronta à legislação apta a permitir a inclusão dos sócios na execução. Assim, não há como ser redirecionada a execução fiscal. Nesse sentido, precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça.
> 7. Agravo de instrumento desprovido.

Sustenta a embargante, em síntese, que o v. acórdão restou omisso quanto ao disposto nos arts. 51, 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002, que regulamentam a forma regular de dissolução de uma sociedade, os quais prequestiona para viabilizar a interposição de recurso especial e extraordinária nos Tribunais Superiores. Aduz que a violação à lei para fins de incidência do art. 135 do Código Tributário Nacional remanesce quando a empresa não tenha praticado todos os atos necessários à regular dissolução da sociedade. Ressalta que "o fato de restarem débitos tributários em aberto e a não localização da empresa são suficientes para comprovar que não houve a correspondente liquidação da sociedade". Alega que "o art. 135 do Código Tributário Nacional prescreve que os sócios são solidários com as dívidas tributárias da sociedade", bem como "uma vez que a empresa está desativada e não possui bens para quitar o débito, são os seus sócios responsáveis pela dívida."

Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar a omissão apontada, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Intimada, a parte contrária não ofereceu resposta aos embargos de declaração (ID 26342077).

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Da análise dos autos, constatou-se que o Oficial de Justiça certificou, em 04 de maio de 2016, que a executada não foi encontrada no endereço fiscal (ID 1441128 – pág. 98). De outra parte, consta da Ficha Cadastral da JUCESP (ID 1441128 – pág. 111) que empresa MED LIFE SAÚDE S/C LTDA formalizou Distrato Social em 24.04.2015, momento anterior à realização da diligência pelo Oficial de Justiça (ID 1441128 – pág. 98).

Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça recentemente firmou entendimento no sentido de que "*O distrato social, ainda que registrado na junta comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios gerentes. Para verificação da regularidade da dissolução da empresa por distrato social, é indispensável a verificação da realização do ativo e pagamento do passivo, incluindo os débitos tributários, os quais são requisitos conjuntamente necessários para a decretação da extinção da personalidade jurídica para fins tributários", in verbis*:

> EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO AO SÓCIOS GERENTES. INDEFERIMENTO. DISTRATO SOCIAL REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL. VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DA DISSOLUÇÃO.
> I - O distrato social, ainda que registrado na junta comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios gerentes.
> II - Para verificação da regularidade da dissolução da empresa por distrato social, é indispensável a verificação da realização do ativo e pagamento do passivo, incluindo os débitos tributários, os quais são requisitos conjuntamente necessários para a decretação da extinção da personalidade jurídica para fins tributários.
> Precedentes: REsp n. 1.764.969/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 28/11/2018 e REsp n. 1.734.646/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 13/6/2018.
> III - Recurso especial provido.
> (REsp 1777861/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISTRATO SOCIAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE DISSOLUÇÃO REGULAR DA EMPRESA. INOCORRÊNCIA.
> 1. O Tribunal de origem indeferiu o redirecionamento da Execução Fiscal, ao argumento de

que a existência de distrato social arquivado na Junta Comercial implica dissolução regular da empresa.
2. Fosse isso verdade, é forçoso reconhecer que a subsistência de tributos inadimplidos, por si só, levaria a um desfecho paradoxal, uma vez que a dissolução regular da empresa pressupõe justamente a inexistência de débitos pendentes.
3. Na realidade, o distrato social é apenas uma das etapas para a extinção da sociedade empresarial. É necessária a posterior realização do ativo e pagamento do passivo, somente após tais providências é que será possível decretar a extinção da personalidade jurídica.
4. Superado o entendimento equivocado do Tribunal de origem, devem os autos a ele retornar para que prossiga na análise do eventual preenchimento dos demais requisitos para o redirecionamento.
5. Recurso Especial provido.
(REsp 1741006/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 16/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022, II, DO CPC/2015. CONTRARIEDADE. INEXISTÊNCIA. REGISTRO DE DISTRATO.
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO GERENTE. NECESSIDADE DE AVERIGUAR-SE A EXISTÊNCIA DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR.
1. Inexiste ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.
2. A Segunda Turma desta Corte de Justiça possui o entendimento firmado de que o distrato social é apenas uma das etapas necessárias à extinção da sociedade empresarial, sendo indispensável a posterior realização do ativo e pagamento do passivo. Por essa razão, somente após tais providências, será possível decretar-se a extinção da personalidade jurídica.
3. "O simples fato de subsistir débito tributário em aberto já revela um paradoxo que a Corte local se esquivou de enfrentar. Com efeito, a lógica que permeia a extinção da personalidade jurídica da sociedade pressupõe que será dada baixa da empresa somente após a comprovação de quitação de todos os seus débitos" (EDcl no REsp 1.694.691/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017).
4. Tendo em vista que a averbação do distrato social não tem o condão de afastar a dissolução irregular da empresa, torna-se necessária a análise do preenchimento dos demais requisitos para o redirecionamento da execução fiscal.
5. Recurso especial a que se dá parcial provimento.
(REsp 1734646/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 13/06/2018)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ EM SENTIDO OPOSTO AO JULGADO EMBARGADO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISTRATO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE RESPONSABILIZAÇÃO DO SÓCIO. NECESSIDADE DE RETORNO DO FEITO AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA EXAMINAR AS DEMAIS QUESTÕES. ACOLHIMENTO.
1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do STJ que não conheceu do Recurso Especial da Fazenda Nacional, sob o fundamento de que o entendimento exarado no acórdão impugnado - no sentido de que o distrato configura forma regular de dissolução da sociedade - encontra-se em conformidade com julgados do Superior Tribunal de Justiça.
2. Nesse contexto, os julgados mais recentes do STJ afirmam que a legislação societária, a doutrina e a jurisprudência registram que o distrato social é apenas uma das fases (*in casu*, a primeira) do procedimento de extinção da pessoa jurídica empresarial. Após o distrato, procede-se ainda à liquidação, ou seja, à realização do ativo e pagamento do passivo (e eventual

> partilha de bens remanescentes, em sendo o caso), para, então, decretar-se o fim da personalidade jurídica. (REsp 1.650.347/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/6/2017; AgInt nos EDcl no AgRg no REsp 1.552.835/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/9/2016; (AgRg no AREsp 829.800/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016).
> 3. O simples fato de subsistir débito tributário em aberto já revela um paradoxo que a Corte local se esquivou de enfrentar. Com efeito, a lógica que permeia a extinção da personalidade jurídica da sociedade pressupõe que será dada baixa da empresa somente após a comprovação de quitação de todos os seus débitos.
> 4. Embargos de Declaração acolhidos, para dar parcial provimento ao Recurso Especial da embargante e anular o acórdão de segunda instância para, em continuação do julgamento do recurso interposto pela Fazenda Nacional, prosseguir o Sodalício de origem na análise do preenchimento dos demais requisitos para o redirecionamento pretendido.
> (EDcl no REsp 1694691/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017)

No caso dos autos, em que pese tenha havido o registro do Distrato Social na JUCESP, não houve a correspondente liquidação da sociedade, uma vez que remanesceram débitos tributários em aberto, o que, aliado à constatação da inatividade da empresa executada devidamente certificada pelo oficial de justiça, é suficiente a ensejar o redirecionamento da execução fiscal aos sócios administradores, com fundamento na Súmula nº 435 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, acolho os presentes embargos de declaração com efeitos infringentes e, sanando a omissão apontada, dou provimento ao agravo de instrumento, para reconhecer a dissolução irregular da empresa executada e possibilitar o redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios administradores da empresa executada "MED LIFE SAÚDE S/C LTDA."

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu requerimento de inclusão de sócios administradores no polo passivo da execução fiscal.

A União, agravante, promove execução fiscal contra sociedade empresária.

No curso da execução, requereu o redirecionamento, porque o distrato seria forma de dissolução irregular.

Na sessão de julgamento de 13 de dezembro de 2018, a Sexta Turma negou provimento ao recurso. A ementa (ID 12995655):

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISTRATO SOCIAL. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. A questão vertida nos autos consiste na possibilidade de redirecionamento da execução fiscal movida contra a empresa aos sócios administradores, em razão da dissolução irregular desta a justificar a responsabilização do administrador.
> 2. A E. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob o rito do recurso repetitivo, firmou o entendimento que o redirecionamento da exe-

> cução fiscal para o sócio da empresa é necessária a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da sua responsabilidade pela dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.
> 3. Não obstante o distrato social seja apenas uma das etapas para a extinção da sociedade empresarial, fazendo-se necessária a posterior realização do ativo e pagamento do passivo a fim de viabilizar a decretação da extinção da personalidade jurídica (RESP 829.800/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 26.04.2016, DJe 27.05.2016), não é possível o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio responsável sem a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto (Recurso repetitivo, REsp 1.101.728/SP), ou da sua responsabilidade pela dissolução irregular da empresa (Súmula 435, STJ), não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias (Súmula 430, STJ).
> 4. No caso dos autos, a execução fiscal foi ajuizada em 21.05.2007(ID 1441124) contra a empresa "MED LIFE SAUDE S/C LTDA", objetivando a cobrança de COFINS, PIS com vencimentos em 31.03.1999 a 12.12.2002, (CDA – ID Num 1441124 – pág.6/39).
> 5. Da análise dos documentos juntados a estes autos, contata-se que houve distrato social em 24.04.2015, consoante anotação na Ficha Cadastral da JUCESP (ID 1441128 – pág. 111), portanto, antes do ajuizamento da execução fiscal (21.05.2015 - ID 1441124).
> 6. Desse modo, no presente caso, não restou caracterizada a dissolução irregular da empresa executada, nem tampouco houve a comprovação de administração fraudulenta ou afronta à legislação apta a permitir a inclusão dos sócios na execução. Assim, não há como ser redirecionada a execução fiscal. Nesse sentido, precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça.
> 7. Agravo de instrumento desprovido.

Nos embargos de declaração, a União afirma a viabilidade do redirecionamento, nos termos do artigo 135, do Código Tributário Nacional.

A senhor Relatora acolheu os embargos de declaração para reconhecer a dissolução irregular e possibilitar o redirecionamento.

Divergi, sempre respeitosamente, pelas razões expostas a seguir.

"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", diz o artigo 1º, da Constituição.

Qualquer norma *ou* interpretação de norma deve preservar o postulado constitucional da livre iniciativa, cuja conceituação irredutível depende da separação patrimonial entre as pessoas físicas e jurídicas.

Sob o regime da repercussão geral, no RE 562276, no Supremo Tribunal Federal, a Relatora, a Ministra Ellen Gracie, lembrou que *"a censurada confusão patrimonial não apenas não poderia decorrer de interpretação do art. 135, III, c, do Código Tributário, como também não poderia ser estabelecida por nenhum outro dispositivo legal."*.

Sua Excelência explicou o caráter constitucional da questão:

> Não há como deixar de reconhecer, ademais, que a solidariedade estabelecida pelo art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de evidente inconstitucionalidade material.
> Isso porque não é dado ao legislador estabelecer simples confusão entre os patrimônios de pessoa, física e jurídica, ainda que para fins de garantia dos débitos da sociedade perante a Seguridade Social.
> Aliás, após o surgimento de precedente no sentido de que tal decorreria do próprio art. 135,

III, do CTN, ou seja, de que bastaria o inadimplemento para caracterizar a responsabilidade dos sócios, o Superior Tribunal de Justiça aprofundou a discussão da matéria; acabando por assentar, com propriedade, que interpretação desse jaez violaria a Constituição, sendo, por isso, inaceitável.

Lembro que o Min. José Delgado, em 2005, por ocasião do julgamento do Resp 717.717/SP, assim se pronunciou:

"Deve-se... buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário".

A censurada confusão patrimonial não apenas não poderia decorrer de interpretação do art. 135, III, c, da CF, como também não poderia ser estabelecida por nenhum outro dispositivo legal.

É que impor confusão entre os patrimônios da pessoa jurídica e da pessoa física no bojo de sociedade em que, por definição, a responsabilidade dos sócios é limitada compromete um dos fundamentos do Direito de Empresa, consubstanciado na garantia constitucional da livre iniciativa, entre cujos conteúdos está a possibilidade de constituir sociedade para o exercício de atividade econômica e partilha dos resultados, em conformidade com os tipos societários disciplinados por lei, o que envolve um regime de comprometimento patrimonial previamente disciplinado e que delimita o risco da atividade econômica.

A garantia dos credores, frente ao risco da atividade empresarial, está no capital e no patrimônio sociais. Daí a referência, pela doutrina, inclusive, ao princípio da "intangibilidade do capital social" a impor que este não pode ser reduzido ou distribuído em detrimento dos credores.

Tão relevante é a delimitação da responsabilidade no regramento dos diversos tipos de sociedades empresárias que o Código Civil de 2002 a disciplina, invariavelmente, no primeiro artigo do capítulo destinado a cada qual. Assim é que, abrindo o capítulo "Da Sociedade Limitada", o art. 1.052, dispõe: "Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social".

Trata-se de dispositivo de lei ordinária, mas que regula a limitação do risco da atividade empresarial, inerente à garantia de livre iniciativa.

Marco Aurélio Greco, no artigo Responsabilidade de terceiros e crédito tributário: três temas atuais, publicado na Revista Fórum de Direito Tributário n.º 28/235, aborda O art. 13 da Lei 8.620/93, tendo em consideração justamente a garantia da liberdade de iniciativa:

"... quando o artigo 13 da Lei nº 8.620/93 pretende transformar o exercício da livre iniciativa em algo arriscado para todos (sócio, empregados, fornecedores, bandos. etc), mas isento de risco para a seguridade social (apesar do valor imanente que ela incorpora), está sobrepondo o interesse arrecadatório à própria liberdade de iniciativa. Ademais, está criando um preceito irreal, pois vivemos numa sociedade de risco, assim entendida nos termos da lição de Ulrich Beck. 'Além disso, ele inviabiliza (no sentido de dificultar sobremaneira) o exercício de um direito individual, ao impor uma onerosidade excessiva incompatível com os artigos 5º, XIII e 170 da Constituição. Além disso, fere o artigo 174 da CF/88, porque a tributação não pode ser instrumento de desestímulo; só pode ser instrumento de incentivo. Vale dizer, o 'poder' pode, em tese, ser exercido positiva ou negativamente, mas a 'função' só pode sê-lo na direção imposta pelos valores e objetivos constitucionais. Em ultima análise, para proteger uns, ocorreu um uso excessivo do poder de legislar. Neste ponto, a meu ver, o artigo 13 é inconstitucional, caso seja feita uma leitura absoluta, categórica, do tipo 'tudo ou nada'.

...

Óbvio - não é preciso repetir - que onde houver abuso, fraude de caráter penal, sonegação, uso de testas-de-ferro, condutas dolosas, etc., existe responsabilidade do sócio da limitada ou do

> acionista controlador da sociedade anônima, mas isto independe de legislação específica; basta o fisco atender ao respectivo ônus da prova com a amplitude necessária a cada caso concreto... Porém, generalizar - a responsabilidade pelo simples fato de ser sócio de sociedade de responsabilidade limitada (*caput* do art. 13), bem como estendê-la à hipótese de mera culpa (como consta do parágrafo único do art. 13), implica inconstitucionalidade pelas razões expostas". Submeter o patrimônio pessoal do sócio de sociedade limitada à satisfação dos débitos da sociedade para com a Seguridade Social, independentemente de exercer ou não a gerência e de cometer ou não qualquer infração, inibiria demasiadamente a iniciativa privada, descaracterizando tal espécie societária e afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição, de modo que o art. 13 da, Lei 8.620/93 também se ressente de vício material.

No caso concreto, a observância das normas constitucionais *e* de sua interpretação, pelo Supremo Tribunal Federal, não permitem que o patrimônio da pessoa física possa responder pelo débito da sociedade empresária.

Dissolução, liquidação e extinção da empresa são conceitos legais distintos, com repercussões jurídicas distintas.

A *dissolução* é causa de modificação da exploração da atividade empresarial.

Até a ocorrência da dissolução, a empresa tem, como função, o lucro.

Depois da dissolução, nos termos do novo Código Civil, "a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações" (artigo 1.036, "caput").

A *liquidação* é o encontro de contas entre o ativo e o passivo e a atribuição, a cada qual - inclusive aos sócios, se positivo o saldo -, segundo o título jurídico, da parte cabível.

A *extinção* é a fase derradeira da empresa, com o registro de seu fim no registro comercial.

No quadro normativo, a liquidação *não* é consequência necessária da dissolução.

Samantha Lopes Alvares (Ação de Dissolução de Sociedades - São Paulo: Quartier Latin, 2008; página 187) lembra os exemplos clássicos de Carvalho de Mendonça:

> A liquidação não será sempre necessária - há casos em que ela é dispensada, como exemplifica J. X. Carvalho de Mendonça: a) A sociedade não tem passivo e o ativo se acha representado em dinheiro ou, consistindo este ativo em bens, os sócios ajustam dividi-los *in natura* entre si; b) Se no contrato social se estipula que os sócios entrarão imediatamente com a quantia precisa para o pagamento dos credores, ficando a cargo de um deles o estabelecimento ou empresa, com a obrigação de embolsar a quota dos outros sócios, conforme o último balanço ou fixada por outra forma; c) Se se ajusta entre os mesmos sócios ou com outros nova sociedade sucessora, assumindo esta a responsabilidade do ativo e passivo da que se extingue; d) Se um sócio toma a si receber os créditos e pagar as dívidas passivas, dando aos outros sócios ressalva contra a responsabilidade futura nos termos do art. 343 do Cód. Com.; e) Se o estabelecimento industrial ou comercial, explorado pela sociedade, é vendido em bloco e o comprador paga diretamente aos sócios em particular o preço da venda; f) Se a sociedade não fez operações e teve existência fugaz e nominal.
> Em todos os casos figurados, os direitos dos credores estão sempre ressalvados, não podendo ser ofendidos nem prejudicados.

A bem da verdade, a própria dissolução pode não ser formalmente realizada, apesar da ocorrência de causa prevista em lei.

É exemplo comum e repetido o caso de milhares de empresas brasileiras asfixiadas pelo

ambiente hostil do País à livre iniciativa.

Sem recursos, fecham as portas, porque não podem cumprir as formalidades draconianas e custosas dos procedimentos de dissolução, liquidação e extinção, conhecidos, internacional e negativamente, como "custo-Brasil".

A propósito da dissolução da empresa, parece relevante consignar que o fato do empresário não registrar o distrato social, na repartição competente - porque não tem recursos econômicos, assistência contábil ou por saber que a livre iniciativa não pode ser condicionada pela responsabilidade solidária sem causa, segundo o Supremo Tribunal Federal -, *não* é causa de imposição de responsabilidade solidária, pelo débito da pessoa jurídica.

Não há lei a dizer que, na *ausência* de formalização do distrato social, o sócio e o administrador respondem pessoalmente pela dívida da empresa.

Isto já seria o suficiente para concluir que, quando o distrato social é objeto de registro na Junta Comercial, o sócio e o administrador, pela prática de ato lícito, não podem ser submetidos a consequência de ato ilícito.

O novo Código Civil - artigo 1.034, inciso II - preceitua que a inexequibilidade do fim social da empresa é causa de dissolução *judicial*.

Mas não obriga o sócio - único com interesse legítimo - a propor a ação, ocorrida a causa de dissolução.

No caso de inexequibilidade do fim social, por dificuldades econômicas, o que interessa ao País é manter a empresa em condições de operação no futuro.

A Constituição e a lei não impõem o fechamento da empresa, em caso de dificuldade financeira.

A empresa que mantém os registros burocráticos, mas não explora a atividade comercial, não pode sofrer qualquer sanção.

Muito menos podem responder, pelas dívidas dela, os seus sócios e administradores, porque praticado o ato lícito de registro do distrato social, na Junta Comercial.

Seja como for, dissolução e liquidação são institutos distintos.

No caso concreto, houve dissolução da empresa, com registro do distrato social na Junta Comercial (fls. 111, ID 1441128). Trata-se de fato neutro, para a fase de liquidação, se instaurada.

É certo que, por ora, a empresa executada cessou a busca pelo lucro.

A União, credora, não tem interesse legítimo, em relação a este fato. O que lhe cabe é diligenciar, em relação aos supostos ativos da sociedade empresária.

A União tem privilégio, na execução judicial forçada.

Foro privativo.

Mas não pode afrontar a Constituição, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Não há prova da prática de atos com excesso de poder ou infração de lei ou contrato social, motivo pelo qual é indevido o redirecionamento do executivo fiscal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO COM EXCESSO DE PODERES, CONTRÁRIO À LEI OU AO CONTRATO SOCIAL. INADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO.

HIPÓTESE QUE NÃO CARACTERIZA INFRAÇÃO À LEI, NOS TERMOS DO ART. 135 DO CTN. ENTENDIMENTO QUE SE APLICA, IGUALMENTE, ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. EXEGESE DO ART. 9º DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
I. Nos termos da jurisprudência, "a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.101.728/SP, Min. Teori Albino Zavascki, na sessão do dia 11.3.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que a simples falta do pagamento de tributo não configura, por si só, circunstância que acarrete a responsabilidade subsidiária dos sócios. (...) Somente as irregularidades constantes do art. 135 do CTN, quais sejam, prática de atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, são aptas a permitir o redirecionamento do processo executivo aos sócios" (STJ, AgRg no AREsp 504.349/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/06/2014).
II. Mencionado entendimento aplica-se, igualmente, às micro e pequenas empresas. Dessarte, "esta Turma, por ocasião do julgamento do AgRg no REsp 1.122.807/PR (Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 23.4.2010), deixou consignado, preliminarmente, que, com o advento da Lei Complementar 128/2008, o artigo 78 da Lei Complementar 123/2006 foi revogado e seu conteúdo normativo passou a inserir-se no art. 9º. No retromencionado precedente, ficou decidido que o art. 9º da Lei Complementar 123/2006 requer a prática comprovada de irregularidades, apurada em processo administrativo ou judicial, para permitir o redirecionamento. Somente as irregularidades constantes do art. 135 do CTN, quais sejam, prática de atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, são aptas a permitir o redirecionamento do processo executivo aos sócios. Permitir o redirecionamento do executivo fiscal no caso de microempresas e empresas de pequeno porte sem a aplicação do normativo tributário é deturpar a intenção insculpida na Lei Complementar 123/2006: fomentar e favorecer as empresas inseridas neste contexto. Nesse sentido é que a Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos, reiterou o entendimento já sedimentado nesta Corte, no sentido que 'a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios, prevista no art. 135 do CTN'" (STJ, REsp 1.216.098/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/05/2011).
III. Agravo Regimental improvido.
(STJ, AgRg no AREsp 396.258/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 04/09/2015).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006. FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO. IMPOSSIBILIDADE. REPETITIVO. RESP 1.101.728/SP. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADES. ART. 135 DO CTN. REEXAME. SÚMULA 7/STJ.
1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.101.728/SP, Min. Teori Albino Zavascki, na sessão do dia 11.3.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que a simples falta do pagamento de tributo não configura, por si só, circunstância que acarrete a responsabilidade subsidiária dos sócios.
2. O art. 9º da Lei Complementar n. 126/2006 requer a prática comprovada de irregularidades, apurada em processo administrativo ou judicial, para permitir o redirecionamento.
3. Somente as irregularidades constantes do art. 135 do CTN, quais sejam, prática de atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, são aptas a permitir o redirecionamento do processo executivo aos sócios.
4. Permitir o redirecionamento do executivo fiscal no caso de microempresas e empresas de pequeno porte sem a aplicação do normativo tributário é deturpar a intensão insculpida na Lei Complementar n. 123/2006: fomentar e favorecer as empresas inseridas neste contexto.
5. *In casu*, o Tribunal de origem entendeu que não houve a comprovação da prática de nenhum

dos atos constantes do art. 135 do CTN. Infirmar entendimento encontra óbice na Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.
(STJ, AgRg no AREsp 504.349/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 13/06/2014).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator para o Acórdão

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO
5000255-42.2018.4.03.6103

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: ANTONIO CARLOS CAMARGO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2019

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. HIPOSSUFICIENTE.
1. A saúde é um direito social (artigo 6º da C.F.), decorrente do direito à vida (art.5º), certo que a Constituição Federal disciplina, como um dever do Estado a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e seus agravos, com acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).
2. Frise-se que, o argumento da falta de condições orçamentárias não pode ser utilizado como obstáculo para efetivação do direito à saúde, o qual é um direito fundamental incluso no conceito de mínimo existencial, não sendo possível acolher o argumento de que ao garantir o fornecimento do medicamento à parte apelada o Estado Brasileiro atuaria em detrimento de toda a coletividade.
3. No caso em tela, analisando a razoabilidade e a existência de recursos, percebe-se que é um dever do Estado conferir esse direito ao acesso ao medicamento, não tendo os apelantes demonstrado de forma clara a inexistência de recursos, ou que os recursos existentes já estavam alocados devidamente para outros direitos fundamentais essenciais. Destaque-se que o direito à saúde deve ser respeitado como prioridade absoluta pelo Estado, e não pode ficar relegado indefinidamente ao desamparo e ao descaso público.
4. Desse modo, fica evidente que os direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial não podem se subordinar à discricionariedade do administrador, justificando intervenção do Poder Judiciário quando não houver, por parte do poder público, o devido suprimento às necessidades básicas do indivíduo.
5. Quanto ao dever de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, cumpre salientar que recentemente o C. Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 25.04.2018, ao apreciar o Resp nº 1.657.156 sob o rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 (Tema Nº 106), por unanimidade e nos termos do voto do eminente Ministro BENEDITO GONÇALVES, reconheceu a obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos ainda que não incorporados em atos normativos do SUS.
6. O autor é acometido de doença de Fabry e necessita do medicamento denominado REPLAGAL (ALFAGALSIDASE), conforme documentos médicos anexados aos autos. É bem verdade que referida substância embora liberada pela Anvisa (registro nº 169790002) não é distribuída pelo SUS, sendo necessário que seja entregue a agravante diretamente pela agravada, que se nega a tal mister.
7. Destaque-se, ainda, que não cabe unicamente a Administração decidir qual o

melhor tratamento médico que deve ser aplicado ao paciente, visto que não cabe a autoridade administrativa limitar o alcance dos dispositivos constitucionais, uma vez que todos devem ter acesso a tratamento médico digno e eficaz, mormente quando não possuam recursos para custeá-lo. Assim, conforme reconhecido pelo c. Superior Tribunal de Justiça, é dever do Poder Público de fornecer medicamentos mesmo que não incorporados em atos normativos do SUS.
8. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Antônio Carlos Camargo em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando o fornecimento do medicamento Replagal (Alfagalsidase) para tratamento da Doença de Fabry.

Alega o autor, em síntese, ser portador de Doença de Fabry (CID E75.2), que se dá pela insuficiência hereditária da enzima essencial denominada alfa-galactosidade e se caracteriza pelo acúmulo de gorduras nas paredes dos vasos sanguíneos e dos tecidos, que pode afetar o funcionamento do coração, rins e cérebro, passando a apresentar comorbidades como hipertensão arterial, acidente vascular cerebral e insuficiência renal.

Afirma que o tratamento específico é feito com terapia de reposição enzimática (TRE) com o medicamento Alfa Galactosidade (Replagal), aprovado pela ANVISA e registrado desde 2009, estando sendo preparado um Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas – PCDT desde 2016, devendo ser incorporado ao Sistema Único de Saúde – SUS com previsão para este ano, porém, até o momento não foi disponibilizado.

Alega que existem apenas duas versões das enzimas produzidas artificialmente, porém, a escolha pelo Replagal foi definida pelo diferencial tecnológico e terapêutico, que possui esquema posológico mais cômodo, devido ao menor tempo de infusão, permitindo o tratamento domiciliar após um determinado número de infusão em ambiente hospitalar, com menores índices de reações adversas, oferecendo maior comodidade e maiores chances de adesão ao tratamento.

Sustenta não ter condições financeiras de pagar pelo referido medicamento, considerando que necessita de 8 frascos por mês, a um valor aproximado de R$ 7.577,71/frasco.

Aduz que o fármaco se encontra devidamente aprovado pela Agência Nacional da Vigilância Sanitária – ANVISA, porém, tem um altíssimo custo, inviável para a atual situação financeira do autor, que não possui recursos para arcar com a aquisição do medicamento.

Foi indeferido o pedido de tutela provisória de urgência e designada perícia médica (ID 7140069). Em face dessa decisão foi interposto agravo de instrumento, ao qual foi deferido o pedido da tutela recursal para o fornecimento imediato do medicamento.

Citada, a União apresentou contestação (ID 7140081).

Laudo médico pericial (ID 7142185).

O autor apresentou réplica (ID 7142189).

Por meio da sentença (ID 7142208), o MM. Juiz *a quo*, julgou procedente o pedido, para determinar que a ré, adote as providências necessárias para fornecimento do medicamento REPLAGAL, conforme prescrito no Relatório Médico (e enquanto houver prescrição médica nesse sentido).A ré foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais). A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a União Federal interpôs recurso de apelação, aduzindo que o laudo pericial é superficial e não merece prosperar como meio de prova hábil para reconhecimento da necessidade do tratamento.

Sustenta que o medicamento requerido embora seja registrado pela ANVISA, não foi incorporado pelo SUS, haja vista que não há estudos capazes de atestar sua eficácia e segurança, devido à raridade da condição a que se destina e o limitado conhecimento científico na área (ID 7142212).

Contrarrazões do autor (ID 7142217).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

A jurisprudência resta pacificada no sentido de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios; por conseguinte, qualquer um dos entes federativos possui legitimidade para figurar no polo passivo de feitos que busquem assegurar fornecimento de medicamentos.

Confira-se:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGAÇÃO DE EXORBITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos.
> 2. A jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, a alteração do *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios, caso o valor se mostre irrisório ou exorbitante, em clara afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu no caso concreto.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 510.163/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014).

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO S. ALEGAÇÃO DE

VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. EXAME, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO . RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
I. "Não há omissão no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão" (STJ, AgRg no REsp 1.054.145/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe de 11/03/2014).
II. Inexistência de prequestionamento da matéria que, não suscitada em Apelação, não foi objeto de exame, no acórdão do Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.
III. É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que "não cabe a esta Corte, em recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Carta Magna" (STJ, AgRg no AREsp 470.765/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014).
IV. Ademais, conforme a jurisprudência do STJ, "o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da união , estados-membros e municípios de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (STJ, AgRg no REsp 1.225.222/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/12/2013).
V. Agravo Regimental improvido.
(AgRg no AREsp 428.566/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20/05/2014, DJe 28/05/2014).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO S. IDOSO. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS (MUNICÍPIO, ESTADO E UNIÃO). ARTS. 196 E 198, § 1º, DA CF/88. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.
1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.
2. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação e fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde.
3. O Sistema Único de Saúde é financiado pela união , Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. legitimidade passiva do Estado configurada.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.
(STJ, RESP 200600675470/MT, PRIMEIRA TURMA, DJ 23.4.2007, Relatora: Ministra Denise Arruda)

O caso dos autos se qualifica pela preservação do direito à vida e à saúde, motivo pelo qual não se pode aceitar a inércia ou a omissão do Estado.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, assegura a todos os brasileiros a dignidade da pessoa humana. Por sua vez, no artigo 5º, § 2º, pode-se verificar que os direitos e garantias expressamente indicados não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

A saúde é um direito social (artigo 6º da C.F.), decorrente do direito à vida (art.5º), certo que a Constituição Federal disciplina, como um dever do Estado a ser garantido mediante

políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e seus agravos, com acesso universal igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Inexistindo recursos adequados, pois, que o Estado não pode ficar omisso ou inerte.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO S A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO.
> Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamento s de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AI-AgR 604949, Rel. Min. Eros Grau, DJU 24/11/2006).
>
> ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS . MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.
> 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.
> 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.
> 3. *In casu*, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamento s , seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).
> 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF.
> 5. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 06/12/2013).
>
> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.
> 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.
> 2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a idéia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetivida-

de real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.
3. Sobre o tema não dissente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante se colhe da recente decisão, proferida em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, cujos fundamentos se revelam perfeitamente aplicáveis ao caso sub examine, conforme noticiado no Informativo 579 do STF, 15 a 19 de março de 2010, *in verbis*: (...)
4. *Last but not least*, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamento s pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente.
5. Sob esse enfoque manifestou-se o Ministério Público Federal: "(...)Não se mostra razoável que a ausência de pedido administrativo, supostamente necessário à dispensação do medicamento em tela, impeça o fornecimento da droga prescrita. A morosidade do trâmite burocrático não pode sobrepor-se ao direito à vida do impetrante, cujo risco de perecimento levou à concessão da medida liminar às fls.79 (...)" fl. 312
6. *In casu*, a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, ora Recorrente, em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3a, quando a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual institui Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento seja fornecido apenas para portadores de vírus hepatite C do genótipo 1, revela-se desarrazoada, mercê de contrariar relatório médico acostado às fl. 27.
7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame "pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)" realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado "positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV" (fl. 26).
8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento.
(RMS 24.197/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010)

DIREITOS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA ONDE CIDADÃ BUSCA A CONDENAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS A FORNECER-LHE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO (SOLIRIS), NÃO INCLUÍDO NA RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS/RENAME E NÃO APROVADO PELA ANVISA, DESTINADO AO TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE (HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA - HPN) - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA (COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E FIXAÇÃO DE ASTREINTES) MANTIDA - SUPREMACIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE (APANÁGIO DA DIGNIDADE HUMANA), QUE DEVE SER ZELADO EM NÍVEL DO SUS POR TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO (SOLIDARIEDADE), EM RELAÇÃO AO QUAL NÃO PODEM SER OPOSTAS A BUROCRACIA DO PODER PÚBLICO E NEM AS QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS - É CORRETO O DESEMPENHO DO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º , XXXV, DA CF) EM ASSEGURAR TAL DIREITO, QUE EMERGE DA MAGNA CARTA E DA LEI Nº 8.080/90 - MATÉRIA PRELIMINAR REPELIDA

- APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.
1. A saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, e sua prestação em natureza ampla é preconizada na Lei nº 8.080/90 que regulamentou o art. 198 da Constituição (SUS). Diante disso, é insofismável a ilação segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização de amplos serviços de atendimento à população, envolvendo prevenção, de doenças, vacinações, tratamentos (internações, inclusive) e prestação de remédios.
2. "O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamento s para tratamento de problema de saúde" (STJ, AgRg no REsp 1017055/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012). Múltiplos precedentes.
3. Cidadão acometida de Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN. Trata-se da chamada doença de Marchiafava e Michelli, uma rara anemia hemolítica crônica de início insidioso e curso crônico, ocasionada por um defeito na membrana dos eritrócitos (proteína protetora). Quando o quadro evolui uma das maiores complicações é a trombose, sendo que os dois locais mais preocupantes são nas veias supra-hepáticas e no sistema nervoso central. Outros possíveis problemas incluem as crises dolorosas abdominais (de etiologia ainda incerta) e as infecções recorrentes, pois ocorre a destruição dos glóbulos vermelhos. Medicação pretendida: "SOLIRIS" (nome comercial), que tem como princípio ativo a substância ECULIZUMABE, é aprovado para o combate contra a doença na União Européia e nos Estados Unidos da América, conforme decisões da European Medicines Agency - EMA e Food and Drug Administration- FDA, que aprovaram o medicamento desde, respectivamente, 20.06.2007 e 16.03.2007. Fármaco que não foi aprovado pela ANVISA e não consta do RENAME; mesma situação que acontece no Canadá e na Escócia.
4. Na medida em que dificilmente se pode falar que o controle da indústria farmacêutica no Brasil é superior ao exercido pela European Medicines Agency - EMA e pela Food and Drug Administration- FDA, sobra apenas uma desculpa para a negativa governamental em incluir o "SOLIRIS" no âmbito da ANVISA: o medicamento é caro ! Ainda: o parecer Nº 1.201/2011-AGU/CONJUR-Ministério da Saúde/HRP destaca que o SUS tem uma terapêutica adequada para o combate da doença, Transplante de células Tronco Hematopoiéticas (TCTHa); sucede que o Relator consultou a PORTARIA Nº 931 DE 2 DE MAIO DE 2006, do Ministro da Saúde, que aprova o Regulamento Técnico para Transplante de Células-Tronco Hematopoéticas e, no meio de uma gigantesca burocracia destinada a regular tais transplantes, não conseguiu localizar a alegada "indicação" de que o SUS pode custear esse difícil procedimento em favor de quem porta Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN.
5. Resta difícil encontrar justificativa para se negar a uma pessoa doente de Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN o medicamento "SOLIRIS", ainda que seja caro, quando a atual Relação Nacional de medicamento s Essenciais/RENAME (Portaria MS/GM nº 533, de 28 de março de 2012) contempla três fitoterápicos: Hortelã (para tratamento da síndrome do cólon irritável), Babosa (para queimaduras e psoríase) e Salgueiro (para a dor lombar). Os limites enunciativos dessa Relação Nacional de medicamento s Essenciais/RENAME e os supostos limites orçamentários do Poder Público (de difícil justificativa quando se sabe que há verbas públicas destinadas a propaganda da "excelência" do Governo de ocasião) não podem ser manejados se colidem diretamente contra o direito à vida, contra o direito social de integralidade do acesso à saúde e contra a essencial dignidade da pessoa humana.
6. Calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de co-gestor do Poder Executivo, ao contrário do que os apelantes frisam; está tão somente determinando que se cumpra o comando

> constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário. Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art. 6º, inc. I, "d", da Lei nº 8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.
> 7. A recomendação nº 31 do CNJ foi atendida na decisão de fls. 88, posteriormente homologada pelo despacho de fls. 251, de modo que não há que se falar em descumprimento da recomendação; ademais, uma recomendação de órgão administrativo, por mais venerável e importante que seja, como é o caso do CNJ, não pode impedir que a jurisdição seja prestada a quem a reclama, sob pena de afronta ao art. 5º, XXXV da Constituição.
> 8. A matéria aqui tratada já foi objeto de apreciação pela Presidência do Supremo Tribunal Federal em sede de dois pedidos de suspensão de segurança (ns. 4316 e 4304), tendo o então Min. Cesar Peluso repelido a mesma ladainha que aqui assoma: o valor da droga e a ausência de registro na ANVISA.
> 9. Corretas a antecipação de tutela com fixação de *astreintes*, bem como a imposição de honorária (módica). (TRF 3ª Região, AC 2010.61.10.008456-0/, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, D.E. Publicado em 17/06/2013).

Frise-se que, o argumento da falta de condições orçamentárias não pode ser utilizado como obstáculo para efetivação do direito à saúde, o qual é um direito fundamental incluso no conceito de mínimo existencial, não sendo possível acolher o argumento de que ao garantir o fornecimento do medicamento à parte apelada o Estado Brasileiro atuaria em detrimento de toda a coletividade.

Saliente-se que, qualquer demanda que objetive fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarada como sem razão (supérflua), pois garantir a dignidade humana é uma das principais metas do Estado brasileiro.

É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto àquele do mínimo existencial.

No caso em tela, analisando a razoabilidade e a existência de recursos, percebe-se que é um dever do Estado conferir esse direito ao acesso ao medicamento, não tendo os apelantes demonstrado de forma clara a inexistência de recursos, ou que os recursos existentes já estavam alocados devidamente para outros direitos fundamentais essenciais. Destaque-se que o direito à saúde deve ser respeitado como prioridade absoluta pelo Estado, e não pode ficar relegado indefinidamente ao desamparo e ao descaso público.

Também não é possível acolher o argumento de que não haveria autorização na lei orçamentaria para a realização do gasto (reserva do possível jurídica), uma vez que o acolhimento seria incompatível com a própria lógica da supremacia da constituição e da fortificação dos Direitos Fundamentais.

Dessa maneira, no que concerne ao mínimo existencial, não faz sentido condicionar a efetivação do direito à previsão orçamentária.

É certo que existe um espaço para deliberação democrática pelos administradores, mas esse espaço não é infinito, devendo esses atuarem com razoabilidade, principalmente, priorizando a efetivação do mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário fazer o controle judicial dessas escolhas, principalmente quando implicam na não efetivação de direitos essenciais.

Desse modo, fica evidente que os direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial não podem se subordinar à discricionariedade do administrador, justificando intervenção do Poder Judiciário quando não houver, por parte do poder público, o devido suprimento às

necessidades básicas do indivíduo.

Por conseguinte, ainda, que ao estabelecer as políticas públicas, seja possível priorizar a tutela das necessidades coletivas, isso não significa negar ao direito à saúde a condição de direito de titularidade individual. Ressalte-se que a efetivação do direito à saúde envolve o direito à obtenção de diversas prestações materiais (como tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, etc), garantindo-se assim o mínimo essencial para preservar a dignidade da pessoa humana.

A pretensão em exame está relacionada a necessidades humanas básicas e a União Federal em nenhum momento trouxe argumentos suficientes para a não concessão da tutela pleiteada.

Deve-se, ainda, destacar que no que concerne à aplicação dos direitos fundamentais vigora a proibição da proteção deficiente, ou seja, o dever do estado de efetivar de forma devida.

Assim, quando o ato ou omissão do Estado acarretar grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, é cabível a intervenção do Poder Judiciário como forma de implementar os valores constitucionais. Não adianta um direito ser garantido pela Constituição se não fosse possível garantir a efetivação desse direito.

No que se refere ao direito à saúde, a atuação do Poder Judiciário encontra fundamento por ser esse direito indispensável à dignidade da pessoa humana, integrante do mínimo existencial.

Desse modo, não é possível acolher a alegação que a intervenção do Poder Judiciário fere a separação dos poderes, isso porque a concretização dos direitos fundamentais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão "controlador" da atividade administrativa.

Seria inconcebível admitir que o Princípio da Separação dos Poderes, originalmente concebido visando à garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como escudo à realização desses direitos.

Portanto, não é razoável supor se pudesse negar ao indivíduo a tutela jurisdicional, uma vez que é obrigação do Estado zelar pela saúde de todos, mas também pela de cada um dos indivíduos do país.

Impende ressaltar que, nesse sentido, tem-se posicionado a Jurisprudência Pátria, garantindo o direito à saúde, diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, fundamento da República federativa do Brasil. Veja-se:

> CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ACÓRDÃO EMBASADO EM PREMISSAS CONSTITUCIONAIS.
> 1. O Tribunal *a quo* considerou ser devido o fornecimento do medicamento à recorrida, uma vez que "os artigos 196 e 198 da Constituição Federal asseguram aos necessitados o fornecimento gratuito dos medicamentos indispensáveis ao tratamento de sua saúde, de responsabilidade da União, dos Estados e Municípios, já se encontra consolidado em nossos Tribunais. Portanto, considerando-se os princípios constitucionais aplicados ao caso sob testilha, fato é que, ponderando-se os valores envolvidos nesta demanda, deve prevalecer o direito à saúde, projeção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, nos termos do art. 1º, III, da CRFB/88, a ser resguardado, *in casu*, pelo fornecimento de medicamentos pelos Entes réus. E, cabe ao Poder Judiciário, sempre que possível, superar essa dificuldade, prestando a tutela jurisdicional em deferência à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana" (fl. 195, e-STJ). 2. Dessa forma, muito embora tenham sido citados dispositivos infraconstitucionais, a matéria foi dirimida sob enfoque eminentemente constitucional.

> Descabe, pois, a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significa usurpar competência do STF. 3. Agravo Regimental não provido.
> (AGARESP 201301908797, HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 25/09/2013 ..DTPB:.)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. UNIÃO. LEGITIMIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pacificaram o entendimento no sentido de que é solidária a responsabilidade dos entes da Federação na execução das ações e no dever fundamental de prestação de serviço público de saúde, consoante previsto no artigo 198, *caput* e §§, da Constituição Federal e na Lei n. 8.080/1990. Precedentes do STF e do STJ.
> 2. Trata-se de obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle ou abrandamento de suas moléstias, sobretudo as mais graves, bem como de haver responsabilidade solidária dos entes federativos no exercício desse *munus* constitucional. 3. A agravada é portadora de nevralgia crônica e parestesias, necessitando do uso contínuo dos medicamentos "Gabapentina" - 300mg e "Complexo-B" ou "Neorix" ou "Citoneurim" para evitar o agravamento das moléstias. Ocorre que, em face ao alto custo dos fármacos, e não tendo a agravada condições de custeá-los, negar-lhe o fornecimento pretendido implicaria desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida.
> 4. Agravo desprovido.
> (AC 00071744820124036102, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/12/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Quanto ao dever de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, cumpre salientar que recentemente o C. Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 25.04.2018, ao apreciar o Resp nº 1.657.156 sob o rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 (Tema Nº 106), por unanimidade e nos termos do voto do eminente Ministro BENEDITO GONÇALVES, reconheceu a obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos ainda que não incorporados em atos normativos do SUS. Confira-se:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.
> 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.
> 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.
> 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento

de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.
4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.
5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.
(REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018)

Verifica-se que a documentação acostada aos autos é suficiente para atender os requisitos elencados pelo c. Superior Tribunal de Justiça no julgamento supracitado, quais sejam:

1 - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito;

3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

O autor é acometido de doença de Fabry e necessita do medicamento denominado REPLAGAL (ALFAGALSIDASE), conforme documentos médicos anexados aos autos.

Ao contrário do alegado pela União, a perícia judicial demonstrou a enfermidade do apelado, bem como a necessidade do medicamento pleiteado e inexistência de tratamento a doença em si pelo SUS.

É bem verdade que referida substância embora liberada pela Anvisa (registro nº 169790002) não é distribuída pelo SUS, sendo necessário que seja entregue a agravante diretamente pela agravada, que se nega a tal mister.

Destaque-se, ainda, que não cabe unicamente a Administração decidir qual o melhor tratamento médico que deve ser aplicado ao paciente, visto que não cabe a autoridade administrativa limitar o alcance dos dispositivos constitucionais, uma vez que todos devem ter acesso a tratamento médico digno e eficaz, mormente quando não possuam recursos para custeá-lo. Assim, conforme reconhecido pelo c. Superior Tribunal de Justiça, é dever do Poder Público de fornecer medicamentos mesmo que não incorporados em atos normativos do SUS.

Por fim, deve ser mantida a condenação da União Federal na verba honorária no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), de acordo com os critérios de razoabilidade e equidade.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
5005398-51.2019.4.03.0000

Requerente: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO
Requeridos: MIRIAM ALVES CORREA, MONICA ALVES CORREA CARVALHO DA SILVA, NILTON CARVALHO DA SILVA FILHO, ESPÓLIO DE ÊNIO ALVES CORRÊA, SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 1ª VARA FEDERAL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA - Presidente
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/03/2019

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de pedido de suspensão de "*sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que, no bojo da Ação de Reintegração de Posse n. 0005471-63.2013.4.03.6000, determinou a reintegração de posse da Fazenda Esperança no prazo de dez dias contados da intimação da sentença*" (Id. 38648038).

Em síntese, relata a requerente que, na origem, trata-se de "*ação de reintegração de posse do imóvel rural denominado FAZENDA ESPERANÇA, com 8.345 hectares, com matrícula 10.096 (principal) em nome de Enio Alves Correa e Elvira Maira Alves Correa, em que os autores narram que em 31/05/2013, os indígenas ocuparam toda a propriedade, de forma que pretendem ser reintegrados na posse do imóvel*".

Deferida a liminar pelo juízo *a quo*, foram ajuizados os Agravos de Instrumento nº 0014822-18.2013.4.03.0000, 0015729-90.2013.4.03.0000 e 0015829-45.2013.4.03.0000 – nos quais negado o efeito suspensivo – e o Pedido de Suspensão de Liminar nº 0016216-60.2013.4.03.0000, em que deferida a tutela provisória, suspendendo a reintegração de posse.

Levado o feito à análise do Órgão Especial pela via do agravo – no qual revertido o provimento anterior –, sobreveio, em seguida, decisão do Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Liminar nº 1.076, deferindo-se o "*pleito de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo juízo da Primeira Vara Federal Dourados/MS na Ação de Reintegração de Posse n. 0005471- 63.2013.4.03.6000/MS, mantida pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região nos Agravos de Instrumentos ns. 0014822- 18.2013.4.03.0000, 0015729-90.2013.4.03.0000 e 0015829-45.2013.4.03.0000 e na Suspensão de Liminar n. 0016216- 60.2013.4.03.0000, até a prolação de sentença de mérito a ser proferida no processo de origem (art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 25 da Lei n. 8.038/1990)*".

Ocorre que, após o regular trâmite do feito, prolatou-se sentença, nos termos de excerto transcrito na inicial:

> Diante do que restou exposto, julgo procedente o pedido material da presente ação, para os fins de determinar a reintegração dos autores na posse do imóvel rural descrito na inicial, denominado Fazenda Esperança, localizado no Município de Aquidauana/MS, de propriedade dos mesmos, e, bem assim, que os indígenas que ocupam o imóvel, de lá se retirem no prazo de 10 (dez) dias, fixado na decisão liminar, a contar da data da intimação desta sentença, sob pena de utilização dos meios cogentes, necessários a tal desiderato. Declaro resolvido o mérito da lide, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil. 13 de julho de 2018. RENATO TONIASSO Juiz Federal Titular -Disponibilização D.Eletrônico de sentença em 18/07/2018.

Daí – "*tendo sido interposta apelação com pedido de efeito suspensivo,* [sendo] *este foi negado pelo Ilustre Relator em 28/02/2019*" – o pleito de suspensão de liminar, apresentado em face de determinação que, presente na sentença prolatada, determinou a retirada dos indígenas "*no prazo de 10 (dez) dias, fixado na decisão liminar, a contar da data da intimação desta sentença, sob pena de utilização dos meios cogentes, necessários a tal desiderato*".

Sustenta, quanto ao ponto, a FUNAI, que "*encontram-se os indígenas novamente na iminência de serem despejados do local que ocupam desde 2013, portanto há seis anos, pois alegaram que não irão sair do local do qual já existe amplo reconhecimento estatal de que se trata de terra indígena tradicional*" e "*a área ocupada da Fazenda Esperança está inserida na área declarada pelo Ministério da Justiça como de ocupação tradicional Terena, cuja justificativa encontra-se exaustivamente detalhada no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID) da Terra Indígena Taunay-Ipegue, cujo resumo segue em anexo*".

Nesse sentido, "*Com a edição da Portaria nº 497/2016 do Ministro da Justiça, em observância ao Decreto 1775/1996, foi declarada em 29 de abril de 2016 a tradicionalidade da terra indígena, embora a ocupação objeto da ação de reintegração de posse date de 23 de maio de 2013, época em que a área já se encontrava delimitada, em razão da publicação do RCID pelo Presidente da Funai*".

Afirma-se, ainda, que "*Embora o presente recurso processual não se preste a discutir o melhor direito à posse, visto que que apenas se destina a preservar a ordem social de grave lesão, não é possível desconsiderar o impacto de tal reconhecimento estatal acerca da legitimidade da ocupação indígena no quadro fático que se analisa neste momento*".

Nesse âmbito, e relativamente à situação da área, relata-se que "*a ocupação indígena na Fazenda Esperança já totaliza quase 06 anos, o que afasta qualquer urgência no atendimento do pleito reintegratório*"; ademais, "*Conforme certifica o Memorando nº 315/GAB/SEGAT/CRCGR/MS, todas as edificações da fazenda (curral, caixa d´água, cercas, galpões, energia elétrica) se encontram totalmente conservados pelos indígenas*" e "*Já no que se refere aos indígenas, somam-se 300 (trezentos) moradores, incluindo homens, mulheres, crianças e idosos, imbuídos do propósito de retomar sua ocupação ancestral, organizados em 47 (quarenta e sete) grupos familiares na área em litígio, que abrange três localidades: Esperança, Fazendinha e Retiro Caçula*".

Ainda, "*Os indígenas atualmente desenvolvem criação de gado de corte e leite, assim como a criação de pequenos animais como suínos e aves*", "*Os cuidados sanitários como vacinas aos animais contra a febre-aftosa e outros são executados pelo Governo do Estado de MS, e estima-se que o rebanho de gado dos criadores indígenas na localidade conta com 2.000,00 (duas mil) cabeças*" e "*Esta iniciativa tem contribuído significativamente para o desenvolvimento local da comunidade e geração de renda*".

Quanto ao que sustenta ser a grave lesão à ordem e à segurança públicas, refere a FUNAI que "*Presidente do Supremo Tribunal Federal sustou o cumprimento da ordem judicial liminar, por entender que 'poderiam redundar consequências nefastas socialmente':* 'O contexto parece demonstrar risco de acirramento dos ânimos das partes em conflito e consequente agravamento do quadro de violência, o que me conduz a reconhecer a plausibilidade do alegado risco à ordem e à segurança pública'"; ademais, "*tal grave situação de risco de conflito social de grandes proporções, que foi reconhecida pelo Eg. STF, permanece operando, o que justifica a manutenção da medida*" e "*Segundo Informação Técnica nº 3/2019/Segat - CR-CGR/DIT - CR-CGR/CR-CGR-FUNAI (anexo) em reunião realizada entre os dias 21 e 22 de fevereiro do corrente ano junto à comunidade indígena, foi informado que realizaram uma*

reunião anteriormente (vide ata em anexo), de acordo com os costumes tradicionais e o processo decisório do Povo Terena, em que decidiram por continuar com a ocupação e que estariam dispostos, inclusive, a resistir à força policial e até mesmo morrer se for preciso para que seus filhos ou parentes se mantenham na Terra Tradicional".

Sustenta-se, ainda, que "*a situação posta, ou seja, o cumprimento de uma ordem de reintegração de posse em desfavor de indígenas no contexto do Estado do Mato Grosso do Sul vai além do 'risco criado pelo próprio invasor'*", porque "*A análise da questão não pode ser dissociada da situação de vulnerabilidade e violência vivenciada pelas comunidades indígenas da região*"; ainda, há "*decisões importantes dadas pelo Supremo consideraram indiscutível a necessidade de suspensão das decisões de reintegração em razão do contexto peculiar encontrado na região do Mato Grosso do Sul*", dentre as quais "*citam-se as decisões mais recentes, proferidas nas SL 926/MS, SL 929/MS, SL 749/MS, SL 842/MS, SL 948/MS, SL 971/MS, SL 982/MS*".

Nesse sentido, relata-se que "*um grande número de indígenas estão envolvidos na operação de retomada, dentre crianças, adultos e idosos, cuja retirada compulsória, e com o uso da força policial, poderá ensejar enfrentamentos entre os indígenas e fazendeiros, ou entre indígenas e os próprios policiais, colocando em risco a vida, a saúde e a incolumidade física de todos os envolvidos*".

Argumentos postos, requer-se, "*à vista do manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem e à segurança públicas, QUE O PEDIDO DE SUSPENSÃO SEJA DEFERIDO DE FORMA LIMINAR e INAUDITA ALTERA PARS, afastando a ordem de reintegração de posse deferida na ação 0005471-63.2013.4.03.6000/MS (1ª Vara Federal de Campo Grande/MS) até o trânsito em julgado da ação, ante a possibilidade de cumprimento iminente pelas forças policiais e sem aviso prévio, como sói acontecer na região*".

Relatados os fatos, segue decisão.

Preliminarmente, cabe ressaltar, como pontuado na inicial, a existência de processos judiciais anteriores, em trâmite nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, que versaram sobre os efeitos de liminares proferidas no feito originário.

Em momento anterior – dizendo respeito, portanto, a provimentos jurisdicionais com efeitos já exauridos ante a prolação da sentença ora objeto de análise –, foram interpostos os Agravos de Instrumento nº 0014822-18.2013.4.03.0000, 0015729-90.2013.4.03.0000 e 0015829-45.2013.4.03.0000 e a Suspensão de Liminar nº 0016216-60.2013.4.03.0000 – todos neste Tribunal Regional Federal –; e a Suspensão de Liminar nº 1.076, em que proferida, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, decisão, até então vigente, para deferir "*o pleito de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo juízo da Primeira Vara Federal Dourados/MS na Ação de Reintegração de Posse n. 0005471- 63.2013.4.03.6000/MS* [...] *até a prolação de sentença de mérito a ser proferida no processo de origem (art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 25 da Lei n. 8.038/1990)*".

Nada obstante a existência de tais decisões, tendo-se em conta a baliza temporal fixada pelo Supremo Tribunal Federal e a superveniência da sentença nos autos, quanto ao momento processual atual tem-se, apenas, o Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação nº 5004293-39.2019.4.03.0000, que, distribuído à Relatoria do Desembargador Federal Wilson Zauhy, foi objeto de decisão que indeferiu a medida liminar, ausentes outros andamentos decisórios posteriores.

Dessa forma, os efeitos da liminar que são objeto deste processo – isto é, aqueles que emanam da sentença, e não da tutela provisória anteriormente suspensa – persistem, e não

há decisão colegiada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região a respeito – uma vez que os agravos de instrumento julgados dizem respeito a momento processual anterior –, motivos pelos quais é o caso de se avançar à análise do mérito dos pedidos da inicial.

No mérito, a suspensão da eficácia de provimentos jurisdicionais por ato da Presidência do respectivo Tribunal é "*prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbre, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, a saúde ou à segurança públicas*", objetivando "*a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra entidades públicas e privadas que desempenham de alguma forma função pública*" (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público,* Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 35).

Trata-se de regime jurídico constituído a partir da subsistência de dispositivos legais que regulam as distintas situações nas quais o manejo do pedido de suspensão mostra-se cabível, sendo adequada a menção, a esse respeito, ao que dispõem os artigos 15, da Lei nº 12.016/09, 25, da Lei nº 8.038/1990, 4º, da Lei nº 8.437/1992, 12, da Lei nº 7.347/1985, 1º, da Lei nº 9.494/1997, e 16, da Lei nº 9.507/1997 – respectivamente aplicáveis ao mandado de segurança, em primeiro e segundo grau de jurisdição, às medidas cautelares contra o Poder Público, à ação civil pública, à tutela antecipada contra a Fazenda Pública e ao *habeas data*:

> Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.
> § 1º. Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o *caput* deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.
> § 2º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1o deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.
> § 3º. A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.
> § 4º. O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.
> § 5º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

> Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.
> § 1º. O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.
> § 2º. Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.
> § 3º. A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
§ 1º. Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.
§ 2º. O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 3º. Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 4º. Se do julgamento do agravo de que trata o § 3o resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 5º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4o, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 6º. A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 7º. O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 8º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 9º. A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.
§ 1º. A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.
§ 2º. A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 16. Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

Sob a ótica da doutrina moderna, sem que se cogite existir "*tratamento distinto dos regimes de suspensão dos provimentos das ações de mandado de segurança e das demais ações movidas contra o Poder Público*", vislumbra-se "*indiscutível uniformidade procedimental quanto aos pedidos de suspensão de provimentos contrários ao interesse público*", "*compreendida a existência de um verdadeiro microssistema legal que rege os pedidos de suspensão*", ausente "*sentido em continuar a buscar distinção das hipóteses de cabimento a partir do tipo de processo em que incidem os pedidos, ou mesmo a partir da espécie de decisão cuja eficácia se deseja sustar*" (Elton Venturi, *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público,* Malheiros, 3ª ed., 2017, pp. 35 e 373).

Nesse âmbito, exsurge comum às modalidades sob análise, consoante jurisprudência de há muito consolidada neste sentido, a constatação de que "*o pedido de suspensão não possui natureza de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma*", tratando-se, assim, de "*um instrumento processual de cunho eminentemente cautelar, que tem por finalidade a obtenção de providência absolutamente drástica, excepcional e provisória*", "*restringindo-se à comprovação de seus pressupostos e sem adentrar no efetivo exame do mérito da causa principal, cuja competência cabe tão-somente às instâncias ordinárias*" (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 201/MA, rel. Ministro Edson Vidigal, 10.4.2006).

Nestes autos, cinge-se a controvérsia à hipótese em que se defere, na sentença que julga processo no qual discutida a reintegração de posse de área ocupada por indígenas, tutela provisória para determinar "*que os indígenas que ocupam o imóvel, de lá se retirem no prazo de 10 (dez) dias, fixado na decisão liminar, a contar da data da intimação desta sentença, sob pena de utilização dos meios cogentes, necessários a tal desiderato*".

Veja-se, quanto ao ponto, a decisão proferida pelo juízo *a quo* em embargos de declaração, reafirmando o decidido na sentença, e, portanto, determinando a reintegração de posse:

> AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE Nº 0005471-63.2013.403.6000
> EMBARGANTE: COMUNIDADE INDÍGENA TAUNAY IPEGUE.
> EMBARGADO: JUÍZO DA 1ª VARA FEDERAL DE CAMPO GRANDE-MS.
> SENTENÇA Tipo "M".
> Trata-se de embargos de declaração opostos pela Comunidade Indígena Taunay Ipegue, representada pela Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI, em face do Juízo e por conta da sentença proferida às fls. 961-965-v.A embargante, como corré na lide principal, alega que a sentença foi omissa em relação ao pedido de Justiça gratuita postulado à fl. 229, bem como obscura quanto ao termo *a quo* do prazo de dez dias para a desocupação do imóvel rural em litígio, uma vez que não informou se seria da intimação da PFE- FUNAI, ou da própria Comunidade Indígena Taunay Ipegue. Por fim, ressalta que a opção mais coerente seria a intimação da própria parte e, nos termos do artigo 186, 2º, do CPC, requer que "seja também intimada da sentença a própria Comunidade Indígena Taunay Ipegue" (fls. 968-974).
> Contraminuta da parte autora às fls. 978-980.É o relatório.
> Decido.
> A utilização bem sucedida de embargos declaratórios pressupõe a existência de uma das condições legais previstas no art. 1.022 do Código de Processo Civil - CPC -, quais sejam: obscuridade, contradição, omissão ou erro material. Trata-se, portanto, de apelo de integração e não de substituição.
> No presente caso, com relação ao pedido de Justiça gratuita postulado à fl. 229, verifico que, de fato, não houve apreciação do Juízo.
> Todavia, quanto à alegada obscuridade no que tange ao termo *a quo* do prazo de dez dias para a desocupação do imóvel rural em litígio, não assiste razão à embargante, uma vez que,

ao fixar o prazo para cumprimento da desocupação do imóvel, o Juízo assim se manifestou:
Diante do que restou exposto, julgo procedente o pedido material da presente ação, para os fins de determinar a reintegração dos autores na posse do imóvel rural descrito na inicial, denominado Fazenda Esperança, localizado no Município de Aquidauana/MS, de propriedade dos mesmos, e, bem assim, que os indígenas que ocupam o imóvel, de lá se retirem no prazo de 10 (dez) dias, fixado na decisão liminar, a contar da data da intimação desta sentença, sob pena de utilização dos meios cogentes, necessários a tal desiderato. (Grifei).
E a decisão liminar determinou que "esse será o prazo de que dispõe a FUNAI para tentar alcançar tal desiderato" (fls. 329-333), sendo que tal decisão foi confirmada pela de fls. 361-362, abaixo transcrita:
Ante o exposto, confirmo a decisão de fls. 329/333, para o fim de determinar a reintegração dos autores na posse do imóvel objeto desta ação, o que deverá ser efetivado através da União e da FUNAI, cabendo-lhes promover, no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir da intimação dos seus respectivos representantes judiciais, as medidas necessárias à remoção dos indígenas da área em questão, lavrando-se o auto próprio. (Grifei)
Por fim, quanto ao pedido de intimação da própria Comunidade Indígena Taunay Ipegue, nos termos do art. 186, 2º, do CPC, entendo não ser o presente recurso, o meio adequado para tanto.
Com base nessas considerações, entendo viável apenas o acolhimento parcial dos presentes embargos aclaratórios.
Diante do exposto, acolho, em parte, os presentes embargos de declaração, reconhecendo-lhes efeitos infringentes, para alterar a redação do dispositivo da sentença de fls. 961-965-v.
Portanto, onde se lê:
"Diante do que restou exposto, julgo procedente o pedido material da presente ação, para os fins de determinar a reintegração dos autores na posse do imóvel rural descrito na inicial, denominado Fazenda Esperança, localizado no Município de Aquidauana/MS, de propriedade dos mesmos, e, bem assim, que os indígenas que ocupam o imóvel, de lá se retirem no prazo de 10 (dez) dias, fixado na decisão liminar, a contar da data da intimação desta sentença, sob pena de utilização dos meios cogentes, necessários a tal desiderato. Declaro resolvido o mérito da lide, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.
Custas, nos termos da lei. Pelos princípios da sucumbência e da causalidade, condeno as rés, pro rata, ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do artigo 85, 8º, do CPC."
Leia-se: "Diante do que restou exposto, julgo procedente o pedido material da presente ação, para os fins de determinar a reintegração dos autores na posse do imóvel rural descrito na inicial, denominado Fazenda Esperança, localizado no Município de Aquidauana/MS, de propriedade dos mesmos, e, bem assim, para que os indígenas que ocupam o imóvel, de lá se retirem no prazo de 10 (dez) dias, fixado na decisão liminar, a contar da data da intimação desta sentença, sob pena de utilização dos meios cogentes necessários a tal desiderato. Declaro resolvido o mérito da lide, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.
Defiro o pedido de Justiça gratuita formulado pela corré Comunidade Indígena de Taunay/Ipegue à fl. 229.
Custas, nos termos da lei. Pelos princípios da sucumbência e da causalidade, condeno as rés, pro rata, ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do artigo 85, 8º, do CPC. Todavia, dada à concessão de gratuidade de justiça, o pagamento desses valores, pela corré Comunidade Indígena de Taunay/Ipegue, ficará dependente do preenchimento dos requisitos e prazo previstos no 3º do art. 98 do CPC."
Mantenho os demais termos da sentença.
Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Campo Grande, MS, 22 de janeiro de 2019.
RENATO TONIASSO
Juiz Federal Titular.

De início, ressalte-se que a suspensão de liminar possui limites estreitos, desprovida até mesmo de via probatória, motivo pelo qual o que se discute em seu âmbito não é propriamente a procedência dos pedidos da inicial originária, questão afeta à esfera jurisdicional natural – qual seja, as instâncias em que o feito tramita –, mas sim se as consequências decorrentes do ato atacado traduzem-se em significativa afetação dos bens jurídicos tutelados pelo instituto.

Referida constatação é importante, porque delimita o âmbito de cognição jurisdicional aplicável à suspensão de liminar, indicando não ser o caso de se discutir, neste processo, a legitimidade da ocupação indígena, os impactos que dela decorreram para a área ou mesmo se cabível, ao fim, a reintegração da posse dos titulares da matrícula do imóvel – pontos cuja aferição incumbe às vias ordinárias, capazes, à vista tanto dos elementos probatórios já postos nos autos, quanto do poder instrutório que dispõem, de melhor decidi-los.

Nesse particular, com relação ao contexto fático trazido aos autos, o que se tem é situação de tensão mútua decorrente da questão fundiária indígena que, como se sabe, persiste no Mato Grosso do Sul, opondo produtores agropecuários e comunidades indígenas, em controvérsias quanto à posse de determinadas áreas localizadas ao longo do Estado.

Particulariza-se referido contexto nestes autos à vista de ordem judicial de retirada de comunidade indígena que compreende, segundo relatado, aproximadamente 300 pessoas, atualmente dispostas em propriedade denominada "*Fazenda Esperança*".

Nos termos dos elementos trazidos à inicial, a propriedade – titularizada por Enio Alves Correa e Elvira Maira Alves Correa – fora ocupada em 31.5.2013 por indígenas que permanecem na localidade desde então, construindo, na área, residências e áreas para o cultivo agropecuário, consoante documentado em fotos juntadas aos autos (Id. 38648043).

A esse respeito, ressalte-se que, conforme Informação Técnica nº 3/2019/Segat – CR-CGR/DIT – CR-CGR/CR-CGR-FUNAI (Id. 38648041), visita técnica realizada em 22.2.2019 constatou a existência de significativa estrutura na localidade, incluindo-se a "*criação de gado de corte e leite, assim como a criação de pequenos animais como suínos e aves*", bem como o atendimento, da população local, por ônibus municipais que realizam o deslocamento de crianças para escolas da região:

> Atualmente a Prefeitura do município disponibiliza ônibus para transporte de crianças e adolescentes em idade escolar das áreas Fazendinha, Caçula e Esperança até as escolas indígenas da região. Estão regularmente matriculados 55 alunos na localidade nas séries da Educação Infantil, Ensino Fundamental e Médio. Há anos a comunidade reivindica, com prioridade, ao governo municipal, a construção de Escola própria para atender os alunos da Aldeia Esperança. Os indígenas atualmente desenvolvem criação de gado de corte e leite, assim como a criação de pequenos animais como suínos e aves. Os cuidados sanitários como vacinas aos animais contra a febre-aftosa e outros são executados pelo Governo do Estado de MS, e estima-se que o rebanho de gado dos criadores indígenas na localidade conta com 2.000,00 (duas mil) cabeças. de mamando a caducando.

Nesse sentido, independentemente de análises quanto ao direito da comunidade em ocupar a área em questão, fato é que, segundo relatado – sem prejuízo de eventual reapreciação do ponto, à vista de novos elementos que venham aos autos, e até mesmo pela via do agravo – subsiste na área comunidade de significativo porte, já assentada, e que construiu estrutura de permanência notadamente constituída por residências, áreas de cultivo e mesmo pertinente infraestrutura estatal, compreendendo, assim, "*uma população de aproximadamente 300 (trezentos) moradores, organizados em 47 (quarenta e sete) grupos familiares na área em*

litígio, que estão distribuídas em três localidades: Esperança, Fazendinha e Retiro Caçula".

Referida contextualização é fundamental, porque oferece indicativos claros de que o eventual cumprimento da ordem reintegratória se traduz, em síntese, na possibilidade de embate das forças policiais com referida comunidade, ressaltando-se que a disposição dos indígenas em permanecer na área – depreendida tanto da estrutura que lá constituíram, quanto de declarações no sentido de que "as *lideranças reforçam a resolução comunitária de, se preciso for, resistir à força policial, caso seja acionada*" (Id. 38648041) – somada ao histórico de violência decorrente de referidas determinações geram um contexto propício a conflitos que colocam em risco tanto a vida daqueles que ocupam a terra, quanto dos agentes encarregados de sua remoção.

A esse respeito, é importante perceber que a questão aqui colocada – em síntese, pleito suspensivo de ordem de reintegração de posse em casos envolvendo a ocupação de terras no Estado do Mato Grosso do Sul por grupos indígenas – não é nova, mas objeto de recorrente análise pelo Poder Judiciário, em específico pela via dos pedidos de suspensão de eficácia de decisões judiciais.

Confiram-se, a propósito, precedentes da Suprema Corte e do Órgão Especial deste Tribunal, nos termos abaixo ementados:

> SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AÇÃO REINTEGRATÓRIA DE POSSE. IMÓVEL RURAL. OCUPAÇÃO INDÍGENA. ORDEM DE RETIRADA DA COMUNIDADE INDÍGENA. ESTUDO ANTROPOLÓGICO. FUNAI. PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO PENDENTE. FORÇA DE SEGURANÇA NACIONAL. RISCO DE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA PÚBLICAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> I – Constatado o risco à segurança pública, deve ser mantida a suspensão da liminar que determinou a retirada de comunidade indígena das terras em litígio.
> II – O imediato cumprimento da decisão que determinou a reintegração de posse, antes do trânsito em julgado, açulará os conflitos instaurados entre índios e não índios, determinando a retirada da comunidade indígena antes do pronunciamento do Ministro da Justiça sobre o processo demarcatório das terras indígenas, evidenciando-se o risco de grave lesão à segurança e à ordem públicas.
> III – Assim, a presente medida busca mitigar os danos decorrentes do conflito instalado, evitando-se, desta forma, o risco de grave lesão ou o seu agravamento até que seja certificado o trânsito em julgado da decisão cujos efeitos foram suspensos.
> IV – Agravo regimental a que se nega provimento"
> (STF, Plenário, Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 5.049, rel. Ministra Presidente, 11.11.2015)

> AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. LEI Nº 8.437/92. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INDÍGENAS GUARANI KAIOWÁ. FAZENDA SÃO LUIZ. GRAVE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. SUSPENSÃO MANTIDA ATÉ A PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL ANTROPOLÓGICA.
> I - Os conflitos que envolvem terras de ocupação tradicional indígena - seja em ações possessórias, seja em procedimentos de demarcação - parecem ser sempre mais bem compreendidos e solucionados à luz do art. 231 e parágrafos, da Constituição Federal, pois, ali sim, se encontra o arcabouço normativo criado especificamente para regular as disputas que envolvem os povos indígenas, além de tratar-se de dispositivo constitucional cuja força normativa define e delimita a interpretação de qualquer outra norma infraconstitucional. Se o Código Civil representa a norma geral para a resolução de conflitos possessórios, o art. 231, da CF e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) constituem as normas específicas que regulam o direito dos povos indígenas à posse de suas terras tradicionais.

II - A experiência prática vem demonstrando que, em casos como o presente - nos quais há, de um lado, os não índios, convictos de serem os proprietários da terra disputada, e de outro, os indígenas, firmemente dispostos a permanecer no território que acreditam ter ocupado tradicionalmente -, a melhor solução consiste em manter os indígenas em uma parte específica da fazenda ocupada, em local que seja distante da sede da fazenda, do gado, e das áreas onde são realizadas as atividades econômicas - para que os não-índios não sejam prejudicados -, ali permanecendo até que seja finalizado o processo administrativo de demarcação. Deve, ainda, consistir em área com espaço suficiente para preservar a dignidade e o modo habitual de vida dos índios, e em local com acesso às áreas externas da fazenda, no qual seja possível o contato com agentes da FUNAI e do MPF.
III - Os elementos existentes nos autos demonstram que, em 19/8/10, índios da etnia Guarani Kaiowá ocuparam a Fazenda São Luiz. A invasão foi precedida de outra tentativa de ocupação anterior, cujos resultados foram trágicos.
IV - Configuram-se os riscos de grave lesão à ordem e à segurança pública - e aqui, para não fazer uma invocação vazia do termo, a expressão "risco à ordem pública" encontra-se no sentido de distúrbio à organização normal da sociedade civil e à paz pública - diante do notório risco de enfrentamentos entre indígenas e não-indígenas, ou ainda, entre indígenas e a força policial que, caso ocorressem, colocariam em perigo a vida, a saúde e a incolumidade física dos envolvidos.
V - Seria altamente imprudente determinar a retirada dos indígenas no presente momento, antes de que a demarcação do território em disputa venha a ser concluída, tendo em vista que o momento inicial de maior tensão e hostilidade entre as partes já foi superado.
VI - Outrossim, a suspensão da decisão atende, objetivamente, ao interesse público, tendo em vista que a causa indígena constitui um sério e relevante problema social atual. Como amplamente noticiado, as aldeias indígenas do Mato Grosso do Sul estão superlotadas, condição que cria para os indígenas um estado de confinamento, impedindo o desenvolvimento de sua forma de vida tradicional, expondo-os a graves problemas, como o alcoolismo, a violência e o suicídio.
VII - A suspensão da decisão atende ao interesse social, por permitir que os indígenas possam permanecer em local com maior espaço, adequado às suas necessidades, onde encontrarão melhores condições de vida, impedindo que sejam mantidos em situação de penúria nos aldeamentos superlotados, respeitando-se a dignidade da pessoa humana - princípio fundamental da Constituição Federal. Além disso, a preservação das condições básicas de vida - o piso existencial - de qualquer grupo étnico ou social que se encontre dentro de suas fronteiras (art. 3º, IV, da CF e art. 2º da Lei nº 6.001/73), inegavelmente se insere entre os objetivos do Estado Brasileiro.
VIII - O processo de demarcação da região em disputa já está sendo realizado, de acordo com o determinado em Portarias expedidas pela FUNAI. Outrossim, os técnicos do GT Ñandéva Peguá elaboraram mapa da região em conflito, indicando que a área muito provavelmente se situa sobre o território indígena denominado Tekohá Ypoi e Triunfo.
IX - As circunstâncias demonstram a existência de risco à segurança pública, à saúde e à vida, de modo a atender ao exigido pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92.
X - Mantida a decisão que deferiu o pedido de suspensão. Agravo improvido.
(TRF3, Órgão Especial, Agravo em Suspensão de Liminar ou Antecipação de tutela nº 0035201-82.2010.4.03.0000/MS, rel. Desembargador Federal Presidente, 5.2.2013)

Na mesma linha:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LEI Nº 8.437/92. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INDÍGENAS GUARANI NHANDEVA. FAZENDA REMANSO GUAÇU. GRAVE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL.

SUSPENSÃO MANTIDA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO POSSESSÓRIA ORIGINÁRIA.
I - Os conflitos que envolvem terras de ocupação tradicional indígena - seja em ações possessórias, seja em procedimentos de demarcação - parecem ser sempre mais bem compreendidos e solucionados à luz do art. 231 e parágrafos, da Constituição Federal, pois, ali sim, se encontra o arcabouço normativo criado especificamente para regular as disputas que envolvem os povos indígenas, além de tratar-se de dispositivo constitucional cuja força normativa define e delimita a interpretação de qualquer outra norma infraconstitucional. Se o Código Civil representa a norma geral para a resolução de conflitos possessórios, o art. 231, da CF e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) constituem as normas específicas que regulam o direito dos povos indígenas à posse de suas terras tradicionais.
II - A experiência prática vem demonstrando que, em casos como o presente - nos quais há, de um lado, os não índios, convictos de serem os proprietários da terra disputada, e de outro, os indígenas, firmemente dispostos a permanecer no território que acreditam ter ocupado tradicionalmente -, a melhor solução consiste em manter os indígenas em uma parte específica da fazenda ocupada, em local que seja distante da sede da fazenda, do gado, e das áreas onde são realizadas as atividades econômicas - para que os não-índios não sejam prejudicados -, ali permanecendo até que seja finalizado o processo administrativo de demarcação. Deve, ainda, consistir em área com espaço suficiente para preservar a dignidade e o modo habitual de vida dos índios, e em local com acesso às áreas externas da fazenda, no qual seja possível o contato com agentes da FUNAI e do MPF.
III - Os elementos existentes nos autos demonstram que, no início do ano de 2004, índios da etnia Guarani-Nhandeva ocuparam a Fazenda Remanso Guaçu. Decisão proferida no curso da ação subjacente determinou que os índios fossem alocados em área correspondente a 10% (dez por cento) da propriedade, em local distante da sede da fazenda.
IV - Configuram-se os riscos de grave lesão à ordem e à segurança pública - e aqui, para não fazer uma invocação vazia do termo, a expressão "risco à ordem pública" encontra-se no sentido de distúrbio à organização normal da sociedade civil e à paz pública - diante do notório risco de enfrentamentos entre indígenas e não-indígenas, ou ainda, entre indígenas e a força policial que, caso ocorressem, colocariam em perigo a vida, a saúde e a incolumidade física dos envolvidos. Além disso, os indígenas encontram-se estabelecidos há muitos anos nas terras em disputa, formando povoação continuadamente fixa, com meios próprios de subsistência, cuja remoção para outra região certamente ocasionaria a perda de alimentos plantados e de animais.
V - Seria altamente imprudente determinar a retirada dos indígenas no presente momento, antes de que a demarcação do território em disputa venha a ser concluída, tendo em vista que o momento inicial de maior tensão e hostilidade entre as partes já foi superado.
VI - Outrossim, a suspensão da decisão atende, objetivamente, ao interesse público, tendo em vista que a causa indígena constitui um sério e relevante problema social atual. Como amplamente noticiado, as aldeias indígenas do Mato Grosso do Sul estão superlotadas, condição que cria para os indígenas um estado de confinamento, impedindo o desenvolvimento de sua forma de vida tradicional, expondo-os a graves problemas, como o alcoolismo, a violência e o suicídio.
VII - A suspensão da decisão atende ao interesse social, por permitir que os indígenas possam permanecer em local com maior espaço, adequado às suas necessidades, onde encontrarão melhores condições de vida, impedindo que sejam mantidos em situação de penúria nos aldeamentos superlotados, respeitando-se a dignidade da pessoa humana - princípio fundamental da Constituição Federal. Além disso, a preservação das condições básicas de vida - o piso existencial - de qualquer grupo étnico ou social que se encontre dentro de suas fronteiras (art. 3º, IV, da CF e art. 2º da Lei nº 6.001/73), inegavelmente se insere entre os objetivos do Estado Brasileiro.

> VIII - O processo de demarcação de terras na região encontra-se, como um todo, em estágio avançado, havendo até mesmo outras fazendas da mesma área que foram demarcadas. Ressalto que, após a realização de prova antropológica pela FUNAI, foi editada a Portaria nº 1.289, do Ministério da Justiça, que, entre outras medidas, declarou que a Fazenda Remanso Guaçu encontra-se situada em terras de ocupação tradicional indígena. Contudo, por força de decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça no MS nº 10.985, o processo administrativo que resultou na edição da Portaria mencionada foi anulado por vício formal, decorrente da inobservância do princípio do contraditório.
> IX - A decisão proferida no MS nº 10.985, entretanto, apenas abordou aspectos formais do processo administrativo, nada pronunciando acerca da questão que envolve saber se a Fazenda Remanso Guaçu encontra-se ou não sobre território de ocupação tradicional indígena. Vale dizer, não houve decisão judicial sobre o mérito do procedimento de demarcação das terras em que se situa a Fazenda Remanso Guaçu. Ao revés, a C. Corte Superior limitou-se a analisar a alegação de inobservância do contraditório no processo administrativo, consignando expressamente que poderá ser realizado novo procedimento de demarcação das terras, no qual seja suprida a falha formal constatada.
> X - Idêntico é o teor da Portaria nº 496/10, do Ministro da Justiça (DOU de 17/03/10), mencionada pelo agravante (fls. 739), que anula o processo administrativo que resultou na Portaria nº 1.289/05 "tão-somente no que se refere à Fazenda Remanso Guaçu, devendo outro ser formalizado com respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório". Além disso, em 03/08/12 - quando já em curso o presente incidente - foi editada pela Presidência da FUNAI a Portaria nº 986 (DOU de 06/08/12), na qual se determinou a formação de Grupo Técnico com a finalidade de realizar estudo antropológico na Fazenda Remanso Guaçu. Nota-se, assim, que o processo de demarcação da Fazenda Remanso Guaçu já se encontra em curso, o qual, após observar devidamente o princípio do contraditório - conforme determinado no MS nº 10.985 -, fornecerá elementos conclusivos para que se saiba se o território disputado constitui ou não terra de ocupação tradicional indígena.
> XI - As circunstâncias indicadas demonstram a existência de risco à segurança pública, à saúde e à vida, de modo a atender ao exigido pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92.
> XII - Mantida a decisão que deferiu o pedido de suspensão. Agravo improvido".
> (TRF3, Órgão Especial, Agravo em Suspensão de Sentença nº 0000072-45.2012.4.03.0000/MS, rel. Desembargador Federal Presidente, 5.2.2013)

Nesse sentido, situação análoga à presente, inclusive referente ao mesmo Estado – porque diz respeito à região de Caarapó, também localizada no Mato Grosso do Sul – foi enfrentada pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Liminar nº 1.037, sobrevindo decreto que suspendeu a liminar reintegratória concedida nos autos nº 0002396-05.2016.4.03.6002, outrora mantida neste Tribunal Regional no bojo da SLAT nº 0015216-20.2016.4.03.0000, valendo menção aos seguintes excertos de decisão, datada de 16.12.2016:

> Se, de um lado, parece haver precipitação na promoção de ocupação de imóveis particulares a partir da conclusão de estudos antropológicos levados a efeito pela Funai, sem se aguardar a homologação do resultado desse estudo com a consequente declaração formal da tradicionalidade da ocupação indígena na região pela autoridade competente e, principalmente, sem que se apresse a conclusão do processo administrativo de demarcação, de outra parte não há como se subestimar que a demora na conclusão do processo administrativo competente, muitas vezes interceptado com excessiva judicialização de demandas sobre cada caso, incentiva a autotutela de interesses, o que resulta no aprofundamento do conflito fundiário na região e no emprego crescente da violência.
> Não obstante seja de se reconhecer que a reintegração do possuidor direto na posse do imóvel rural restabelece a ordem fática instabilizada pelo esbulho judicialmente reconhecido, não

> é de desprezar que o exercício da força para a prática deste ato constitui mais um elemento desestabilizador do quadro social, colocando em risco a segurança de todos.
> Nessa linha é que se revela a plausibilidade da argumentação traçada pela Funai ao afirmar haver "grande número de indígenas estão envolvidos na operação de retomada, dentre crianças, adultos e idosos, cuja retirada compulsória, e com o uso da força policial, poderá ensejar enfrentamentos entre os indígenas e fazendeiros, ou entre indígenas e os próprios policiais, colocando em risco a vida, a saúde e a incolumidade física de todos os envolvidos" (fl. 13).
> As informações apresentadas e devidamente comprovadas pelos documentos que acompanham a presente suspensão de liminar dão conta do acirramento do conflito envolvendo a disputa pela Terra Indígena Dourados Amambaipequá I, localizada em Caarapó/MS, demonstrando grave risco de perda de vidas humanas de lado a lado do conflito se não se encontrar forma de evitar a execução forçada da ordem judicial de reintegração de posse.
> Os fatos noticiados nos autos e nos boletins de ocorrência policial que instruem a presente medida de contracautela fornecem a dimensão e a gravidade do conflito fundiário havido no Mato Grosso do Sul e que tem ceifado vidas de índios e não-índios ao longos destes últimos anos.
> Qualquer que seja o lado sob o qual se analise o conflito narrado nos autos, é de se observar que o exercício indiscriminado da autotutela de direitos, seja pelas retomadas pelos indígenas das terras reivindicadas como ocupação tradicional indígena, seja pelo exercício de desforço próprio para a proteção do direito à propriedade legalmente constituída, tem nutrido atos de antijurídica, inaceitável e desmedida violência, com níveis críticos de beligerância a justificar o envio mesmo de unidades da Força Nacional para garantir a ordem e a segurança e para preservação de vidas humanas.
> Na esteira da observação posta na inicial da presente suspensão de liminar e nos documentos a ela acostados há fundado risco de que as condições de violência na localidade se acirrem com o imediato cumprimento da ordem de reintegração na forma e no prazo determinados, o que potencializa o risco à integridade física de índios e não índios que ocupam a área sem o prévio cuidado a ser adotado para que tal medida se execute sem gravames.
> Comprovada está ameaça à segurança das pessoas que estejam na área, evidenciando-se iminente e grave risco para todos, a justificar o uso excepcional da atribuição cautelar do juízo questionado.

Quanto ao ponto, cabe notar que o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua Presidência, reiterou referido entendimento, ao deferir nesse mesmo feito – em 14.2.2017 –, a extensão dos efeitos da suspensão anteriormente concedida, destarte abarcando o feito de registro nº 0003036-08.2016.4.03.6002 – cujo pleito suspensivo também tinha sido indeferido pela Presidência desta Corte Federal, desta feita na Suspensão de Liminar nº 5000069-29.2017.4.03.0000.

Vejam-se, a esse respeito, excertos da decisão acautelatória ainda mais recente proferida no âmbito da Presidência da Suprema Corte:

> 6. No § 8º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, autoriza-se o aditamento do pedido original e o deferimento de extensão em situações nas quais haja coincidência de objeto entre as liminares que se pretende suspender, como se tem na espécie. O Sítio Bom Jesus, propriedade objeto da Ação de Reintegração de Posse n. 0002396.05.2016.403.6002, invadido pela Comunidade Indígena Tey Kuê, também está localizado em área identificada e delimitada pela Funai como de ocupação tradicional Guarani-Kaiowá pelo Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação – RCID da Terra Indígena Dourados-Amambaipeguá
> I. Os fundamentos que ensejaram a suspensão da liminar na Ação de Reintegração de Posse n. 0002396.05.2016.403.6002, a qual tinha por objeto a Fazenda Yvun, tomada pela Comu-

> nidade Kunumi Poty-Verá, aplicam-se ao presente pedido de extensão.
> Como ressaltei na decisão proferida em 16.12.2016, se, de um lado, parece haver precipitação na promoção de ocupação de imóveis particulares a partir da conclusão de estudos antropológicos levados a efeito pela Funai, sem se aguardar a homologação do resultado desse estudo com a consequente declaração formal da tradicionalidade da ocupação indígena na região pela autoridade competente e, principalmente, sem que se apresse a conclusão do processo administrativo de demarcação; de outro, não há como se subestimar que a demora na conclusão do processo administrativo competente, muitas vezes interceptado com excessiva judicialização de demandas sobre cada caso, incentiva a autotutela de interesses, o que resulta no aprofundamento do conflito fundiário na região e no emprego crescente da violência.
> Não obstante seja de se reconhecer que a reintegração do possuidor direto na posse do imóvel rural restabelece a ordem fática instabilizada pelo esbulho judicialmente reconhecido, não é de se desprezar que o exercício da força para a prática deste ato constitui mais um elemento desestabilizador do quadro social, colocando em risco a segurança de todos.
> Os graves conflitos na região, envolvendo a disputa pela Terra Indígena Dourados Amambaipequá I, localizada em Caarapó/MS, estão comprovados pelos documentos trazidos aos autos (doc. 87) e demonstram grave risco de perda de vidas humanas se não se encontrar forma de evitar a execução forçada da ordem judicial de reintegração de posse.
> Comprovada está a ameaça à segurança, com iminente e grave risco para as pessoas daquela área a justificar o uso excepcional da atribuição cautelar do juízo questionado.

Circunstância outra que merece destaque é o fato de que, em recentíssimo evento, a Presidência do Supremo Tribunal Federal novamente reafirmou sua jurisprudência acerca da questão, ao enfrentar contexto semelhante ao destes autos.

Com efeito, na SLAT nº 5001325-70.2018.4.03.0000, pleiteou a FUNAI – ainda no âmbito Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – a suspensão de ordem de reintegração relativa à Subseção Judiciária de Dourados, que, à semelhança do presente caso, dizia respeito a determinação proferida no bojo de sentenciamento do processo, ali relativamente à área denominada Sítio Santa Helena.

Uma vez mais, à vista de provimento jurisdicional emanado desta Corte, aqui ainda em sede liminar, indeferindo a suspensão – Decisão de Id. 1647340, pelo qual se compreendeu que "*não se encontram presentes os requisitos necessários para se determinar a suspensão do decisum*" – decidiu a Presidência do Supremo Tribunal Federal, via Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1.151, deferir a "*medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo juízo da Primeira Vara Federal de Dourados/MS na Ação de Reintegração de Posse n. 0002975-50.2016.403.6002/MS, e confirmada pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região no Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação n. 5024642-34.2017.403.0000 e na Suspensão de Sentença n. 5001325-70.2018.4.03.0000 (art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 25 da Lei n. 8.038/1990), todas com eficácia suspensa pelo presente provimento*".

Em referido pleito, anote-se, já consta, no âmbito do STF, parecer da Procuradoria Geral da República, também na direção de que, sob o "*O objetivo* [...] [de] *evitar lesão ainda mais grave à ordem e à segurança públicas na região*", é caso de "*acolhimento do pedido de suspensão*".

Soma-se, a esse histórico, a situação que se tem no próprio processo que originou esta suspensão de liminar, no qual, ante, por um lado, o deferimento de tutela provisória para que houvesse a reintegração da posse e, por outro, o provimento de agravo, no Órgão Especial, na Suspensão de Liminar nº 0016216-60.2013.4.03.0000 – revertendo, assim, decisão anterior,

e viabilizando a reintegração – decidiu o Supremo Tribunal Federal por impedi-la, calcando sua decisão nos seguintes elementos fáticos:

> 11. Ao analisar caso análogo ao presente, no qual se apontava que a execução de ordem de reintegração de posse de imóvel ocupado por indígenas, mediante o uso de força policial, colocaria em risco à ordem e à segurança pública, em razão do acirramento do conflito fundiário envolvendo índios e não-índios no Mato Grosso do Sul, destaquei:
> 12. Se, de um lado, parece haver precipitação na promoção de ocupação de imóveis particulares a partir da conclusão de estudos antropológicos levados a efeito pela Funai, sem se aguardar a homologação do resultado desse estudo com a consequente declaração formal da tradicionalidade da ocupação indígena na região pela autoridade competente e, principalmente, sem que se apresse a conclusão do processo administrativo de demarcação, de outra parte não há como se subestimar que a demora na conclusão do processo administrativo competente, muitas vezes interceptado com excessiva judicialização de demandas sobre cada caso, incentiva a autotutela de interesses, o que resulta no aprofundamento do conflito fundiário na região e no emprego crescente da violência. Não obstante seja de se reconhecer que a reintegração do possuidor direto na posse do imóvel rural restabelece a ordem fática instabilizada pelo esbulho judicialmente reconhecido, não é de desprezar que o exercício da força para a prática deste ato constitui mais um elemento desestabilizador do quadro social, colocando em risco a segurança de todos. Nessa linha é que se revela a plausibilidade da argumentação traçada pela Funai ao afirmar haver "grande número de indígenas estão envolvidos na operação de retomada, dentre crianças, adultos e idosos, cuja retirada compulsória, e com o uso da força policial, poderá ensejar enfrentamentos entre os indígenas e fazendeiros, ou entre indígenas e os próprios policiais, colocando em risco a vida, a saúde e a incolumidade física de todos os envolvidos" (fl. 13). As informações apresentadas e devidamente comprovadas pelos documentos que acompanham a presente suspensão de liminar dão conta do acirramento do conflito envolvendo a disputa pela Terra Indígena Dourados Amambaipequá I, localizada em Caarapó/MS, demonstrando grave risco de perda de vidas humanas de lado a lado do conflito se não se encontrar forma de evitar a execução forçada da ordem judicial de reintegração de posse. Os fatos noticiados nos autos e nos boletins de ocorrência policial que instruem a presente medida de contracautela fornecem a dimensão e a gravidade do conflito fundiário havido no Mato Grosso do Sul e que tem ceifado vidas de índios e não-índios ao longos destes últimos anos. Qualquer que seja o lado sob o qual se analise o conflito narrado nos autos, é de se observar que o exercício indiscriminado da autotutela de direitos, seja pelas retomadas pelos indígenas das terras reivindicadas como ocupação tradicional indígena, seja pelo exercício de desforço próprio para a proteção do direito à propriedade legalmente constituída, tem nutrido atos de antijurídica, inaceitável e desmedida violência, com níveis críticos de beligerância a justificar o envio mesmo de unidades da Força Nacional para garantir a ordem e a segurança e para preservação de vidas humanas. 13. Na esteira da observação posta na inicial da presente suspensão de liminar e nos documentos a ela acostados há fundado risco de que as condições de violência na localidade se acirrem com o imediato cumprimento da ordem de reintegração na forma e no prazo determinados, o que potencializa o risco à integridade física de índios e não índios que ocupam a área sem o prévio cuidado a ser adotado para que tal medida se execute sem gravames. Comprovada está ameaça à segurança das pessoas que estejam na área, evidenciando-se iminente e grave risco para todos, a justificar o uso excepcional da atribuição cautelar do juízo questionado." (SL 1037, aguarda publicação).
> 12. Essa mesma compreensão há de ser empregada no presente caso, pois a reintegração dos autores da ação possessória na posse do imóvel em questão, do qual estão afastados há mais de três anos, aliada à recente expedição da Portaria n. 497, de 29.4.2016, na qual o Ministro da Justiça declara a área do imóvel em foco (Terra Indígena Taunay-Ipéque) como de posse permanente do grupo indígena do Terena, pode se traduzir em elemento encorajador da re-

> sistência pelos indígenas, potencializando o clima de hostilidade e tornando inevitável o uso da força para o cumprimento da ordem judicial, do que poderiam redundar consequências nefastas socialmente.
> O contexto parece demonstrar risco de acirramento dos ânimos das partes em conflito e consequente agravamento do quadro de violência, o que me conduz a reconhecer a plausibilidade do alegado risco à ordem e à segurança pública.

Referido histórico é de relevo, porque, por um lado, bem demonstra fundamentalmente que, nada obstante a existência de divergência anterior a respeito tanto na Presidência desta Corte, quanto em seu próprio Órgão Especial, fato é que a análise do Supremo Tribunal Federal, relativamente a hipóteses em que iminente reintegração de posse coloca risco à integridade física de membros de comunidade indígena, em específico no âmbito do Mato Grosso do Sul, enseja afetação à ordem e à segurança pública, em patamar que recomenda o deferimento liminar da suspensão.

Nesse âmbito, independentemente da conclusão que se venha a tirar acerca da superação da compreensão deste Tribunal nas SLATs nº 0015216-20.2016.4.03.0000 e 5000069-29.2017.4.03.0000, ali fundamentados com o precedente colegiado que, como dito, também ensejou o indeferimento dos autos nº 0016216-60.2013.4.03.0000, extraem-se, do decidido pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, indicativos de que a posição deste Regional porventura se encontre suplantada, estando, portanto, em eventual desalinho com o decidido pela Corte Suprema quanto à controvérsia sob análise.

Por outro, o relato acima – no ponto específico em que pormenorizado relativamente à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao caso destes autos –, associado com os elementos aqui trazidos pela FUNAI, indicam que não subsistiram quaisquer alterações fáticas de relevo entre o momento em que proferida a decisão anterior, pela Presidência do STF, e a circunstância que se tem aqui presente.

Com efeito, à semelhança do que se tinha antes, a comunidade permanece assentada na região – agora há quase seis anos, e não três, como na época do decidido –, subsistindo hígidos os efeitos da Portaria nº 497/2016, do Ministério da Justiça, que declarou a tradicionalidade da terra indígena em questão – elementos que, como pontuado pelo Supremo Tribunal Federal "*pode*[m] *se traduzir em elemento*[s] *encorajador*[es] *da resistência pelos indígenas, potencializando o clima de hostilidade e tornando inevitável o uso da força para o cumprimento da ordem judicial, do que poderiam redundar consequências nefastas socialmente*".

Evidência mesmo dessa atualidade é a circunstância de que restou juntado na Suspensão de Liminar nº 1.076 – em razão de agravo regimental interposto no Supremo Tribunal Federal – parecer da Procuradoria-Geral da República datado de 16.10.2018 – há menos de seis meses, portanto – em que expressamente corroborada a visão de que, persistente o contexto de tensão na localidade, não há outra providência cabível que não a suspensão dos efeitos da ordem reintegratória:

> Reafirmando o que já externado em anteriores manifestações deste órgão de atuação ministerial, quando se está a tratar do direito previsto no art. 231 da Constituição, a ponderação dos valores em discussão deve ser cuidadosa. É preciso, de pronto, abandonar a ideia de que a posse do direito civil merece prestígio absoluto, considerando que há muito mais em jogo do que a simples disputa pontual por território específico, tal como a concebemos. Há sempre uma história, longa, de anos ou séculos, por trás da contenda. O custo da desconsideração do direito dos indígenas é muito alto.
> Precisamente neste ponto entra a demonstração do risco de grave lesão não só à ordem e à

> segurança públicas, como também a "interesse superior legalmente protegido" .
> Ainda não há, nas instâncias ordinárias, pronunciamento definitivo acerca do domínio do imóvel ocupado pelo grupo indígena, de modo que é prudente se buscar uma forma mais pacífica de conduzir toda essa situação, de modo a proteger a integridade física, não só dos índios, mas dos particulares e de todos os demais interessados na solução do conflito.
> O fato é que o ciclo de invasões e retomadas de terras somente terá fim com a correta delimitação e demarcação da Terra Indígena de que tratam os autos.
> Não se está aqui, repisa-se, antecipando futura conclusão judicial acerca do mérito em debate no juízo *a quo* sobre a natureza do imóvel – se de ocupação tradicional indígena ou não. Apenas está se buscando resguardar os valores mais caros à ordem jurídica, dentre eles, o próprio direito à vida e à paz social, evitando sacrifícios desnecessários decorrentes de eventuais condutas precipitadas.
> O objetivo, portanto, é evitar lesão ainda mais grave à ordem e à segurança públicas na região. Para tanto, e por todos os motivos expostos, o mais prudente é que se mantenha inalterado o estado atual dos fatos, garantindo-se, por ora, a permanência dos indígenas nos locais em que se encontram, suspendendo-se a decisão que determinou a desocupação imediata da área.

Não se desconhece, a esse respeito, que o feito em epígrafe, ainda em trâmite no STF, diz respeito à realidade processual anterior – porque relativa a feito ainda não sentenciado. Cabe, entretanto, ressaltar, que a circunstância de que fora prolatada sentença no feito subjacente, por mais consequências jurídicas que gere, não muda, essencialmente, a configuração fática da área em que instalada a comunidade e, nesse sentido, a situação de conflituosidade a partir da qual se reconheceu a necessidade de suspensão dos efeitos da liminar.

Dito de outra forma: se a sentença inova no mundo jurídico, não o faz necessariamente no dos fatos, que, ao que tudo indica, permanece com configuração muito semelhante, se não de maior gravidade, à que existia na época em que a decisão do Órgão Especial deste Regional foi, mesmo que de modo indireto – via medida cautelar em nova suspensão de liminar –, reformada pelo Supremo Tribunal Federal.

O fato é que o tema é por demais complexo e a adoção de providência a cargo desta Presidência para o momento, considerando a natureza dos interesses primários envolvidos, impõe-se de rigor, à vista da sensibilidade do contexto apontado pela FUNAI e de sua compatibilidade com o anteriormente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, na direção de que a via suspensiva melhor se afeiçoa a esse tipo de situação.

Tudo isso considerado, e tendo-se em conta, por fim, que o debate relativamente à área em questão já remonta, pelo menos, ao ano de 2013, instante em que iniciado o processo originário, vê-se afastada urgência no imediato atendimento do pleito reintegratório, à luz, remarque-se, do decidido pelo Supremo Tribunal Federal à vista de contexto semelhante ao que se tem por ora nos autos; bem como em razão dos riscos que se veem postos no acirramento de quadro fático que, à vista de recente decisão, parece ter sido agravado nos últimos dias, sobretudo em razão da prolação de sentença em que delimitado estreito prazo para desocupação.

Oportuno registrar apenas, tendo-se em conta a extensão do pleito aqui formulado, almejando que a suspensão perdure "*até o trânsito em julgado da ação*", a pertinência do parcial acolhimento do pedido em tela, para que persista a sustação apenas até a análise, no mérito, por Turma julgadora no âmbito deste Tribunal, da questão subjacente a esta suspensão, momento em que, em razão da substitutividade recursal (art. 1.008, CPC), resta esvaziada a competência desta Presidência para conhecer de eventual pleito de teor semelhante – se a decisão paradigma não mais é de primeiro grau de jurisdição, mas advém desta própria Corte Federal, caberia ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal conhecer de

eventual renovação do pleito suspensivo.

Ante o exposto, *defiro* o pedido inicial, fazendo-o para determinar, até que sobrevenha a análise da questão, no mérito recursal, por órgão julgador deste Tribunal Regional Federal, a suspensão dos efeitos da tutela provisória que, proferida pelo juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande ao sentenciar o feito de reg. nº 0005471-63.2013.4.03.6000, determinou a retirada dos indígenas que ocupam o imóvel denominado "*Fazenda Esperança*", no Município de Aquidauana/MS.

Comuniquem-se, com urgência, o Relator do Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação nº 5004293-39.2019.4.03.0000 e o juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande.

Intimem-se.

Publique-se.

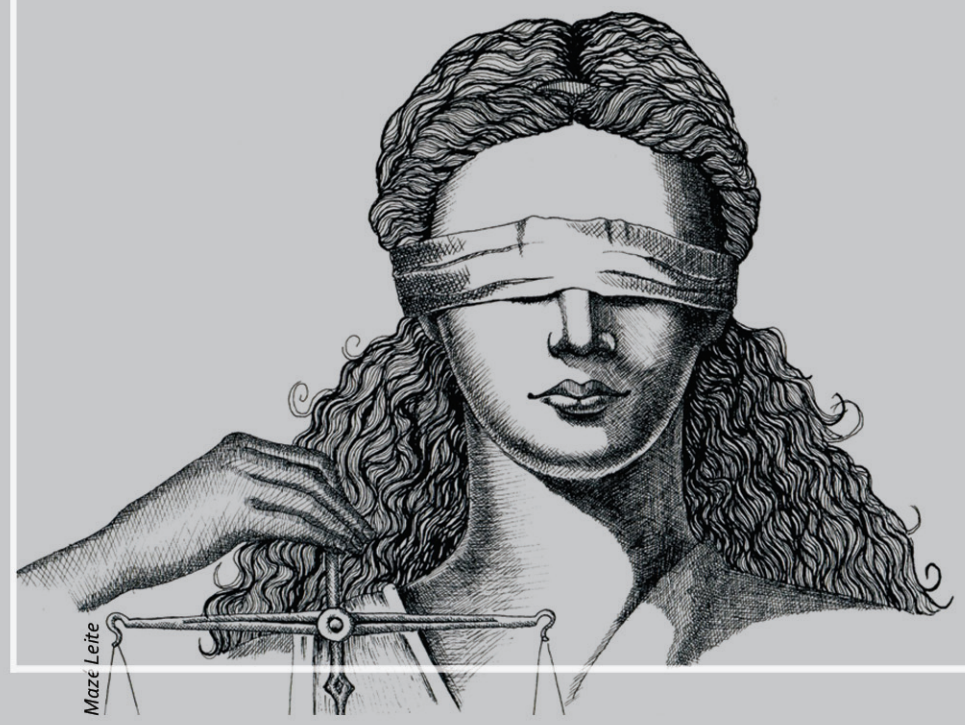
Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, arquive-se.

São Paulo, 11 de março de 2019.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

Direito Penal



Mazé Leite

APELAÇÃO CRIMINAL
0010203-34.2011.4.03.6105

Apelante: JOSÉ GOMES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2019

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 183 DA LEI 9.472/97. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA. TIPICIDADE. ABOLITIO CRIMINIS. RESOLUÇÃO 680/2017 DA ANATEL. CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE.
1. Agentes de fiscalização da Anatel constataram que os acusados exploravam clandestinamente serviço de telecomunicação (multimídia).
2. O crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/1997 é formal, de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado são os meios de comunicação, pois a exploração de radiodifusão sem a devida autorização da agência reguladora pode causar interferência em vários sistemas de comunicação.
3. A Resolução nº 680, de 27.06.2017, da Anatel, estabeleceu novas regras para a exploração do serviço de comunicação multimídia de radiação restrita até cinco mil usuários, tornando prescindível a necessidade de autorização.
4. Considerando-se que os acusados prestavam o serviço de comunicação multimídia a menos de cinco mil usuários, constata-se que a conduta descrita na denúncia deixou de ser criminosa.
5. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL).
6. De ofício, declarada extinta a punibilidade (CPP, arts. 107, III e 61).

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, de ofício, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE de JOSÉ GOMES, com base nos arts. 61 e 107, III, ambos do Código de Processo Penal, restando prejudicada a apreciação do recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de abril de 2019.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta pela defesa de JOSÉ GOMES em face da sentença proferida pela 1ª Vara Federal Campinas/SP que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, e ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), pela prática do crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, em favor de entidade a ser definida pelo juízo da execução penal.

Narra a denúncia (fls. 67/68), recebida em 05.08.2011 (fls. 69):

> Consta do incluso inquérito policial que, no dia 11 de junho de 2010, agentes da ANATEL constataram que o acusado desenvolvia, operando nos espectros de radiofrequência de 2,4 e 5,8 Ghz, nas dependências da denominada "Genesislan", estabelecida na Rua Helena Teodoro Ferreira, 208, Jardim Santa Rosa, em Campinas/SP, serviço de telecomunicação não autorizado.
> Restou apurado que o acoimado desenvolvia serviço de telecomunicação consubstanciado no fornecimento de serviços de banda larga para acesso à internet a terceiros. Tal serviço, contudo, era prestado de forma clandestina, porquanto carecia de autorização legal do órgão competente (ANATEL).

A sentença (fls. 249/257) foi publicada em 10.05.2013 (fls. 258).

A defesa de JOSÉ, em suas razões recursais (fls. 268/291), requer a absolvição do réu pela aplicação do princípio da insignificância, ou por ausência de autoria delitiva, pois não era o responsável pela exploração da atividade.

Contrarrazões a fls. 296/304.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 306/308).

Considerando a edição da Resolução nº 680, de 27.07.2017, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), foi determinada a expedição de ofício para que tal agência esclarecesse se a situação retratada nos autos estaria contemplada pelo art. 10-A do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (fls. 316).

O ofício da ANATEL foi juntado a fls. 320/321.

Intimada a se manifestar, a Procuradoria Regional da República reiterou o parecer (fls. 323).

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

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

É caso de *extinção da punibilidade*.

O crime do art. 183 da Lei nº 9.472/1997 é formal, de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado são os meios de comunicação, pois a exploração de radiodifusão sem a devida autorização da agência reguladora pode causar interferência em vários sistemas de comunicação. Para a configuração desse delito é suficiente a instalação ou utilização de aparelhos de telecomunicação sem a devida autorização do órgão competente, ainda que nenhum prejuízo concreto tenha sido apurado.

Ocorre que, com o advento da Resolução nº 680, de 27.06.2017, da Anatel, estabeleceram-se novas regras para a exploração do Serviço de Comunicação Multimídia, de radiação restrita

até cinco mil usuários. A propósito, transcrevo o art. 5º da mencionada resolução:

> Art. 5º O Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:
> *Art. 10-A. Independe de autorização a prestação do SCM nos casos em que as redes de telecomunicações de suporte à exploração do serviço utilizarem exclusivamente meios confinados e/ou equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita.*
> *§ 1º A dispensa prevista no caput aplica-se somente às prestadoras com até 5.000 (cinco mil) acessos em serviço.*
> § 2º A prestadora que fizer uso da dispensa prevista no *caput* deverá comunicar previamente à Agência o início de suas atividades em sistema eletrônico próprio da Anatel.
> § 3º A prestadora que fizer uso da dispensa prevista no *caput* deverá atualizar seus dados cadastrais anualmente, até o dia 31 de janeiro, em sistema eletrônico próprio da Anatel.
> § 4º A dispensa prevista no *caput* não exime a prestadora da obrigatoriedade de atendimento das condições, requisitos e deveres estabelecidos na legislação e na regulamentação.
> § 5º Atingido o limite de acessos em serviço previsto no § 1º, a prestadora terá 60 (sessenta) dias para providenciar a competente outorga para exploração do serviço.

Pela leitura do dispositivo transcrito, observa-se que para a exploração do Serviço de Comunicação Multimídia de radiação restrita até cinco mil usuários, tornou-se *prescindível* a prévia outorga da Anatel, o que revela uma evolução na compreensão da agência reguladora acerca dos requisitos para a exploração dos referidos serviços, afastando, assim, a tipicidade da conduta na hipótese acima elencada.

No caso dos autos, a fiscalização da Agência Nacional de telecomunicações - ANATEL constatou que o acusado desenvolvia, operando nos espectros de radiofrequência de 2,4 e 5,8 Ghz, nas dependências da denominada "Genesislan", estabelecida na Rua Helena Teodoro Ferreira, 208, Jardim Santa Rosa, em Campinas/SP, serviço de telecomunicação não autorizado.

Outrossim, ficou constatado que o serviço irregular era prestado a menos de cinco mil usuários, dentro do limite previsto na Resolução nº 680, de 27.06.2017, para a dispensa de autorização. Assim, constata-se que a conduta descrita na denúncia deixou de ser criminosa. Nesse sentido, confira-se desta Turma:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 183 DA LEI 9.472/97. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA. TIPICIDADE. ABOLITIO CRIMINIS. RESOLUÇÃO 680/2017. CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. Agentes de fiscalização da ANATEL constataram que o denunciado explorava clandestinamente serviço de telecomunicação (multimídia) em sua microempresa. O crime previsto no art. 183, *caput*, da Lei nº 9.472/97 possui natureza formal, de perigo abstrato, que tutela a segurança e higidez das telecomunicações no Brasil, bem como o controle e fiscalização estatal sobre tais atividades, bastando, pois, a prática da conduta para que se configure em concreto a conduta típica em questão. O serviço de comunicação multimídia (internet via rádio), de fato, caracteriza atividade de telecomunicação e, quando operado clandestinamente, configura, em tese, o crime descrito no art. 183 da Lei nº 9.472/97. *Diante do advento da Resolução 680/2017 da ANATEL, que deixou de exigir autorização para a exploração do SCM que utilize exclusivamente meios confinados e/ou equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita, com até 5.000 (cinco mil) acessos em serviço, e, em razão disso, afastou a clandestinidade desses serviços, houve a descriminalização da conduta imputada ao réu, prevista no art. 183 da Lei 9.472/97.*4. Apelação desprovida. De ofício, declarada extinta a punibilidade do réu, nos termos do art. 107, inciso III, do Código Penal e art. 61 do Código de Processo Penal. (g.n.) (0003677-75.2007.403.6110, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, 11ª Turma, v.u., e-DJF3 Judicial: 28.05.2018)

Tendo em vista a previsão do artigo 5º, XL, da Constituição Federal, acerca da retroatividade da lei penal mais benéfica, é de rigor a declaração da extinção da punibilidade do acusado.

Ante o exposto, *de ofício, DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE* de JOSÉ GOMES, com base nos arts. 61 e 107, III, ambos do Código de Processo Penal, restando prejudicada a apreciação do recurso.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0013755-31.2015.4.03.6181

Apelante: LUCAS DE PAULA DA SILVA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2019

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 171, § 3º DO CP. CHEQUE CLONADO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. AUTORIA. MATERIALIDADE. DOLO COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. PENA PECUNIÁRIA REDUZIDA DE OFÍCIO.
Réu condenado pela prática do art. 171, § 3º do CP, por obter vantagem indevida, consistente em depósito de cheque clonado na sua conta.
Materialidade demonstrada. Prova documental confirma que o cheque era clonado. O cheque original estava em poder do titular.
Autoria e dolo demonstrados. Cheque nominal. Conta beneficiada era de titularidade do réu. O réu alega que emprestou sua conta a um terceiro, que nega os fatos.
Mesmo tendo o cheque devolvido e o valor descontado de sua conta, o réu não fez qualquer contestação junto ao banco do qual era cliente, o que seria de se esperar se não soubesse da fraude.
Pena fixada no mínimo legal. Dosimetria da pena mantida.
Pena pecuniária reduzida. A pena pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade deve ser reduzida, de maneira a garantir a proporcionalidade entre a reprimenda substituída e as condições econômicas do condenado, além do dano a ser reparado.
Execução provisória da pena. Entendimento do STF.
Apelação do réu a que se nega provimento. De ofício, reduzida a pena pecuniária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à Apelação do réu, e, de ofício, REDUZIR a pena pecuniária, nos termos do voto do Des. Fed. Relator José Lunardelli, e, por maioria, manter a destinação da prestação pecuniária tal como estabelecida na sentença, nos termos do voto do Des. Fed. Fausto De Sanctis, com quem votou o Des. Fed. Nino Toldo.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

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

Cuida-se de Ação Penal Pública Incondicionada fundada em denúncia de fls. 89/91 ofe-

recida pelo Ministério Público Federal contra LUCAS DE PAULA DA SILVA pela prática do crime definido no artigo 171, § 3º do Código Penal.

Narra a peça acusatória que LUCAS DE PAULA DA SILVA obteve, para si, vantagem ilícita, consistente em depósito de cheque clonado, da Caixa Econômica Federal, na conta de sua titularidade, no valor de R$ 1600,00 (mil e seiscentos reais). A denúncia aponta que a conta era regularmente movimentada pelo réu e que os valores foram sacados mediante uso de cartão e senha pessoais.

Segundo restou apurado, no dia 27 de agosto de 2012, foi emitido o cheque n. 900294, série AAA, da Agência 1613, Conta Corrente 01004608-0, da Caixa Econômica Federal, no valor de R$ 1600,00 (mil e seiscentos) reais, para depósito na conta corrente de titularidade do réu.

No entanto, outro cheque, com a mesma identificação, estava na posse do cliente Maurício Moises Martins Silva, correntista da Caixa Econômica Federal, que contestou a movimentação do cheque clonado. Em razão da contestação, a Caixa Econômica Federal atestou a fraude e confirmou que o cheque depositado na conta do réu era clonado, já que o original estava na posse do seu titular.

A denúncia foi recebida em 02 de dezembro de 2015 (fls. 92/94).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença (fls. 149/154), publicada em 19/07/2017 (fl. 155) por meio da qual o magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva do Estado para condenar LUCAS DE PAULA DA SILVA à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos. A pena foi substituída por prestação pecuniária, no valor de 04 (quatro) salários mínimos, e prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas.

Em suas razões recursais (fls. 160/164), o réu pleiteia sua absolvição, sob o argumento de que não restaram demonstrados a materialidade, a autoria e nem o dolo. Alega que somente uma perícia poderia atestar a irregularidade do cheque. Acrescenta que há dúvida razoável acerca da autoria, o que enseja a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Pugna ainda pelo reconhecimento do princípio da insignificância.

Contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 166/174), nas quais sustenta a improcedência do recurso da defesa.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República apresentou parecer (fls. 186/194), opinando pelo não provimento do recurso da defesa.

É o relatório.

Sujeito à revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

Princípio da Insignificância

A defesa sugere o reconhecimento do princípio da insignificância alegando ter sido irrelevante a conduta perpetrada, considerando o valor da lesão patrimonial (R$ 1600,00).

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 gravi-

dade, atestando a atipicidade penal nas hipóteses de delitos de lesão mínima, que ensejam resultado diminuto.

Na hipótese, descabe ser acolhido o pleito defensivo de aplicação do princípio da insignificância, uma vez que os Tribunais Superiores firmaram o entendimento no sentido de que os crimes praticados em detrimento de bem jurídico de caráter supraindividual, no caso, patrimônio público, indicam alto grau de reprovabilidade da conduta, o que impede a caracterização do delito de bagatela.

Acerca do tema, colaciono os seguintes precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância à conduta delituosa tipificada no art. 171, § 3º, do Código Penal. Precedentes.
> 2. "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 21.670/PR, Quinta Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA.)
> 3. Não é insignificante a prática de estelionato contra entidade de direito público que resulta no recebimento indevido de R$ 2.050,15 (dois mil e cinquenta reais e quinze centavos).
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1357329 / DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 19/09/2013)

> PENAL. ESTELIONATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA INAPLICÁVEL. PRAZO PRESCRICIONAL SUPERADO. DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, COM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. Considera-se pequeno prejuízo para a aplicação do estelionato privilegiado, o valor que não excede a um salário mínimo. Assim, não se pode considerar insignificante o prejuízo de R$ 1.196,90 causado pelo acusado, em muito superior ao valor do salário mínimo da época, que não superava R$ 130,00.
> 2. A aplicação irrestrita do princípio da insignificância ao crime em comento implicaria tornar atípica tal conduta delituosa, com nefastas conseqüências ao erário público, pois os valores das parcelas concedidas a título de seguro-desemprego são normalmente modestas.
> 3. Afigura-se discutível, para que se afira a insignificância ou não da conduta criminosa, a adoção, como parâmetro para tanto, do valor permitido para arquivamento de execuções fiscais que não atinja certo patamar: o fato da Fazenda Nacional não promover a execução fiscal quando o débito tributário não atingir dado montante, não denota que o Estado não tenha interesse em receber tais valores, apenas significando que a cobrança, com a movimentação da máquina judiciária, é mais custosa que o próprio débito que se tem para receber do contribuinte inadimplente.
> 4. O Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do Recurso Especial nº 685.135/RS, tendo como Relator o Ministro Félix Fischer, alterou o entendimento vigente acerca do critério do princípio de insignificância no delito de descaminho, que também pode ser estendido para o crime de estelionato, ora em foco. Abandonou-se - como critério para aferir a insignificância da conduta - o patamar previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02 (atualmente fixado em R$ 10.000,00 pela Lei nº 11.033/04), que se refere, em verdade, apenas ao valor pelo qual não se ajuizará ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, e adotou-se o patamar estatuído no art. 18, § 1º do mesmo diploma legal, que determina o

> "cancelamento" (rectius: extinção) do crédito fiscal igual ou inferior a R$ 100,00 (cem reais), como sendo aquele em que há desinteresse da Fazenda Pública em cobrar o débito tributário.
> 5. Ainda que se admitisse a aplicação do princípio da insignificância para os delitos de estelionato, no caso o valor obtido pelos recorridos foi muito superior ao que previsto no artigo 18, § 1º da aludida lei, afastando-se a hipótese de crime de bagatela.
> 6 a 11. *Omissis*
> 12. Recurso ministerial parcialmente provido. Decisão reformada. Denúncia recebida. Retorno dos autos ao juízo de origem para prosseguimento. Prescrição reconhecida de ofício.
> (TRF 3ª Região, RECCRIM, 5ª Turma, j. 23/3/3009, Juiz Conv. Hélio Nogueira DJF3 2/4/2009, PG.304).

Rejeitado, portanto, o pedido da defesa.

Materialidade, Autoria e Dolo

O réu, em suas razões recursais, alega que somente uma prova pericial poderia atestar a ilegitimidade do cheque. Inexistindo essa prova, a materialidade não estaria demonstrada.

No entanto, o pedido de realização da perícia no cheque em questão sequer foi formulado ao longo da instrução processual. Ademais, o tema confunde-se com o mérito na medida em que a prova pericial pode ser dispensada quando o crime puder ser comprovado por outros elementos de prova já reunidos nos autos.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL. PLEITO INDEFERIDO PELO MAGISTRADO. DECISÃO MOTIVADA. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS APTOS A SUBSTITUIR A PROVA PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE DE SUA FEITURA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. O não acolhimento do pedido de produção de prova pericial contábil formulado pela Defesa não acarreta nulidade, porquanto não é o magistrado obrigado, se não provocado por fundamentos necessários, a realizar todo e qualquer tipo de prova para a averiguação da materialidade e autoria do delito, em especial se os demais elementos carreados aos autos puderem substituir a perícia requerida.
> 2. É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que "o indeferimento de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal" (HC 180.249/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 04/12/2012).
> 3. Com base na discricionariedade motivada, o Magistrado de primeiro grau, de forma fundamentada, negou a produção de prova tida como desnecessária para o deslinde da ação penal, tendo em vista a existência de documentos e informações no processo que poderiam perfeitamente substituir a prova pericial contábil, mostrando-se despicienda a providência vindicada.
> 4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.
> ..EMEN:(RHC 201401208040, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:03/02/2015 ..DTPB:.)

Assim, a ausência do laudo pericial, *que sequer foi requerido pela defesa,* por si só, não macula o processo quando autoria e materialidade delitivas podem ser comprovadas nos autos por outros elementos, o que será analisado a seguir.

O crime de estelionato exige os seguintes requisitos: a) conduta dolosa do sujeito ativo; b) mediante ardil ou qualquer outro meio fraudulento; c) obtenção de vantagem ilícita; d) induzimento de terceiro em erro.

Em vista de tais elementos, tem-se que a materialidade e a autoria restaram demonstradas robustamente pelas provas amealhadas nos autos, especialmente, o ofício 75/1613/2013 (fls. 03/05), contestação do cliente Maurício Moises Martins Silva (fl. 06), Análise Documentoscópica (fl. 07), cópia do cheque clonado, nominal ao réu (fl. 08), cópia do cheque que estava em poder do titular, com a mesma numeração do cheque clonado (fl. 09), ofício 16389/2014 (fls. 51/53) e pelo depoimento testemunhal (fl. 73 e mídia fl. 131).

Extrai-se das provas que um cheque, supostamente de titularidade de Mauricio Moises Martins Silva, da Caixa Econômica Federal, série AAA, n. 900294, foi depositado na conta corrente de titularidade do réu, no Banco Itau (ag 8839 e Cc 16632-2).

Ocorre que o cheque verdadeiro estava na posse do seu titular, ainda em branco (fl. 09), de sorte que Maurício contestou a operação (fl. 06) e a Caixa econômica Federal, reconhecendo a fraude, ressarciu o cliente, no valor de R$1.600,00 (mil e seiscentos reais) (fls. 03/04).

No ofício 16389/2014, emitido pelo Itau Unibanco, verifica-se que o cheque em questão, no valor de R$ 1600,00 (mil e seiscentos reais) foi depositado na conta de titularidade do réu no dia 27/08/2012. Na sequência, nos dias 29 e 30 do mesmo mês, houve quatro saques (com uso do cartão e senha do réu), que totalizaram o valor de R$ 1600,00 (mil e seiscentos reais). No dia 29/08/2012, o cheque foi devolvido e o valor descontado da conta do réu.

Em seus interrogatórios (policial e judicial) o réu alegou que não foi o responsável pela fraude. Declarou que emprestou sua conta para um terceiro, de nome Fernando, a quem entregou também sua senha e seu cartão do banco. Alegou que era muito amigo do réu, desde a infância.

A tese do réu, no entanto, não vem acompanhada de qualquer prova nesse sentido.

Nas duas oportunidades em que foi ouvido, o apontado "Fernando" alegou que nunca pediu a conta do réu emprestada ou mesmo teve acesso ao seu cartão e senha. Acrescentou ainda que possuía conta bancária no Banco Bradesco à época dos fatos (fl. 73 e mídia fl. 131).

Embora tenha alegado conhecer Fernando há muitos anos e conhecer, inclusive, sua família, o réu sequer soube declinar o nome de sua mãe ou irmã (mídia fl. 131), o que enfraquece a tese de que emprestou cartão e senha da conta porque Fernando seria seu amigo íntimo.

Verifico ainda que, mesmo tendo o cheque devolvido e o valor de R$ 1683,00 descontados de sua conta, o réu não fez qualquer contestação junto ao banco do qual era cliente (Itau Unibanco), o que seria de se esperar se não soubesse da fraude. De fato, verifica-se que o Banco Itau esclareceu que não foram localizadas "contestações do cliente quanto a eventuais movimentações irregulares na conta" (fls. 51/52).

Ademais, os saques foram efetuados mediante uso de cartão e senha, pessoais e intransferíveis.

Destarte, em que pese a versão exculpatória suscitada pelo réu, forçosa a conclusão de que a versão não foi corroborada por quaisquer provas, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

Por fim, o elemento subjetivo restou claro, tanto é que sequer contestou a devolução do cheque e o desconto do valor na sua conta corrente.

Ante a comprovação da materialidade delitiva e do dolo específico na conduta do apelante, que agiu com o intuito de obter vantagem ilícita em prejuízo da Caixa Econômica Federal, man-

tenho a condenação do réu pela prática do delito previsto no artigo 171, §3º do Código Penal.

Dosimetria da Pena

O acusado foi condenado pelo crime previsto no artigo 171, §3º do Código Penal e a pena foi fixada em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A pena privativa de liberdade imposta foi substituída por prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e prestação pecuniária, no valor de quatro salários mínimos.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz fixou a pena-base no mínimo legal, em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Inexistindo recurso da acusação, desnecessária a análise das circunstâncias judiciais. Mantida, portanto, a pena-base, no mínimo legal.

Na segunda fase, inexistem agravantes ou atenuantes, tal como reconhecido na sentença.

Por derradeiro, na terceira fase da dosimetria, o juiz majorou a pena em 1/3 (um terço) em razão da causa de aumento prevista no §3º do art. 171 do Código Penal, o que resta mantido.

Dessa forma, a pena definitiva resta mantida em 1 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Mantido o valor do dia-multa no mínimo legal.

Do Regime Inicial de Cumprimento e da Substituição da Pena

Mantido o regime inicial aberto, tal como na sentença, nos termos do art. 33, §2º, "c", do Código Penal.

Ademais, presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerando que as circunstâncias indicam que as penas substitutivas são suficientes à repressão e prevenção do crime cometido.

O juiz *a quo* determinou a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em uma pena de prestação de serviços à comunidade, e uma pena de prestação pecuniária, no valor de quatro salários mínimos.

A pena pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade deve ser reduzida, de maneira a garantir a proporcionalidade entre a reprimenda substituída e as condições econômicas do condenado, além do dano a ser reparado.

Ademais, não se deve olvidar que, nos termos do §1º do art. 45 do Código Penal:

> A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Assim, atento a tais parâmetros, e ante situação econômica do réu (que declarou estar desempregado no interrogatório judicial - mídia fl. 131), reduzo, *de ofício*, a pena pecuniária para 01 (um) salário mínimo. De ofício, destino a pena pecuniária para a União.

Da execução provisória da pena

Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações

Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Desse modo, curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpretou o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP, reconhecendo que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal".

Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

Destarte, exauridos os recursos nesta Corte e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu, sendo dispensadas tais providências em caso de trânsito em julgado, hipótese em que terá início a execução definitiva da pena.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação do réu. De ofício, reduzo a pena pecuniária e determino sua destinação para a União.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0007767-58.2017.4.03.6181

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: ELAN LUIS SANTANA SANTOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2019

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES ARTIGO 244-B DA LEI Nº 8.069/90). CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO INDEPENDE DA PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO.
1. A materialidade delitiva, autoria e dolo comprovados em relação aos delitos de corrupção de menores.
2. O crime de corrupção de menores é de natureza formal, que não exige, para a sua consumação, prova efetiva da corrupção do menor, cujo bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal, nos termos da Súmula nº 500 do Superior Tribunal de Justiça: "a configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal".
3. Tendo em vista o quantum da pena estabelecida, mínimo legal, o regime inicial é o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal.
4. Substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, tal como previsto pelo artigo 44, incisos I e III, e §2º, do Código Penal.
5. Custas na forma da lei (CPP, art. 804).
6. Apelação da acusação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso de apelação interposto pela acusação, condenando o réu pelo cometimento do delito capitulado no artigo 244-B da Lei nº 8.069/90 à pena de 1 (um) ano de reclusão, substituindo-a por pena restritiva de direitos, com fundamento no artigo 44, §2º, do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de abril de 2019.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 467/482) contra a r.

sentença de fls. 460/464 que julgou improcedente o pedido para absolver o réu Elan Luis Santana Santos da imputação da prática do delito previsto no artigo 244-B da Lei nº 8.069/1990 com fundamento no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal.

Nas razões recursais, o *parquet* federal pleiteia a reforma da decisão, alegando, em síntese, que o entendimento predominante é o de que o crime previsto no artigo 244-B da Lei nº 8.069/90 é formal, ou seja, sua consumação independe da demonstração da efetiva deturpação de prévia idoneidade moral do menor e seu papel na empreitada criminosa ou sua expertise na prática de atos infracionais.

Com as contrarrazões de fls. 485/499, subiram os autos a esta Corte.

A Procuradoria Regional da República ofertou Parecer (fls. 505/507), opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

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

Consta dos autos que o réu Elan Luis Santana Santos e Eric Brian Theodoro Penalva, este já falecido conforme noticiam os autos (fls. 231, 261 e 425, sentença de extinção da punibilidade, artigo 107, I, do Código Penal e artigo 61 do Código de Processo Penal, fl. 263), em 19/03/2013, às 09h00, na Capital de São Paulo/SP, agindo em concurso e unidade de desígnios com o adolescente *Hugo Ferreira Santos* e quarto indivíduo não identificado, mediante grave ameaça exercida com simulação de emprego de arma de fogo, subtraíram em proveito comum diversos bens do interior do veículo VW/Kombi, placa EQN-1603 (SP), pertencente aos Correios, praticando o crime tipificado no artigo 157, §2º, II do Código Penal.

Além disso, teriam praticado o delito com o adolescente *Hugo Ferreira Santos*, de forma que corromperam ou facilitaram a sua corrupção, conduta que se amolda ao art. 244-B da Lei nº 8.069/90.

Nos Autos nº 0011079-81.2013.4.03.6181, o apelado foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime do artigo 157, §2º, inciso I e II, do Código Penal (fls. 242/304). Sendo desmembrado os presentes autos para apuração do crime tipificado no artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, apelação à qual dei provimento, reformando, nessa parte, a r. sentença absolutória.

O magistrado deu cumprimento à determinação superior e conheceu da denúncia relativamente ao delito descrito no artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, concluindo por absolver, o réu sob o fundamento da atipicidade do fato, vez que para a caracterização do crime necessária a demonstração em concreto da "corrupção" do menor ou da facilitação desta, mediante o chamamento do menor para a prática de tal ato, não havendo indícios de que o réu tenha facilitado a corrupção do menor, cooptando-o a participar do crime de roubo descrito na peça acusatória. Concluindo que o menor não se encontrava sujeito a ordem ou orientação do réu. Portanto, não haveria falar em prática de crime de corrupção de menores, haja vista a manifesta atipicidade formal e material da conduta, visto que o réu não realizou o núcleo típico corromper, porquanto não cooptou o menor para a prática criminosa, nem tampouco este foi corrompido por aquele, inexistindo violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

O presente recurso merece ser provido.

Prevê o *caput* do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Trata-se de crime formal, que não exige para a sua consumação prova efetiva da corrupção do menor, nos termos da Súmula nº 500 do Superior Tribunal de Justiça:

> A configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.

Examinando os autos, verifica-se que há evidências de que o menor participou da prática delituosa na companhia do agente imputável.

Com efeito, na data dos fatos, o réu Elan, agindo em concurso e unidade de desígnios com o menor *Hugo Ferreira Santos*, mediante grave ameaça consistente na simulação de arma de fogo, subtraiu encomendas do interior do veículo pertencente aos Correios (Auto de Exibição e Apreensão, fls. 39/40).

Consta que os carteiros realizavam entregas quando foram abordados pelo réu e pelo menor, que simulava uma arma de fogo, inclusive dizendo que descessem do carro, caso contrário iriam "rasgá-los na bala". Na sequência, Elan e os comparsas incumbiram-se de descarregar as encomendas, passando-as para o veículo VW/Fox que ocupavam, evadindo-se do local, em seguida.

Como já havia mencionado no corpo da apelação que reformou a sentença anterior, a denúncia descreve de forma clara e circunstanciada o fato delituoso, imputando-o ao recorrido, sendo apta para a deflagração da ação penal, lembrando que nessa fase processual vige o princípio *in dubio pro societate*, devendo a comprovação cabal do delito ser efetuada no desenrolar da instrução criminal, numa análise exauriente dos fatos.

Anoto que o c. STJ, conhecendo do Agravo em Recurso Especial interposto pela DPU (fls. 367/368), tirado contra o v. Acórdão desta eg. 5ª Turma que deu provimento à apelação do MPF para prosseguimento pelo crime do artigo 244-B do ECA, negou-lhe provimento entendendo que:

> ...
> Assim, a conclusão do Tribunal de origem, ao receber a denúncia por entender desnecessária a prova da efetiva corrupção para a configuração do crime de corrupção de menores, está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o que atrai a incidência, na espécie, do Enunciado da Súmula n. 83 do STJ... (destaque no original).

Da Materialidade

A materialidade está demonstrada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 10/12), Termo de Depoimento (fls. 14/15), Termos de Declarações (fls. 16/18), Termo de Declaração do menor confessando o ato infracional (fl. 19), Termo de Interrogatório do réu confessando o crime (fl. 20), Termo de Interrogatório do falecido Eric Brian Theodoro Penalva (fl. 21), Boletim de Ocorrência (fls. 23/28); Auto de Exibição e Apreensão (fls. 39/40), Auto de Reconhecimento de Pessoa (fls. 43/46.

Da Autoria Delitiva e o Dolo

São incontestes.

É importante lembrar que autor do crime é aquele que realiza a conduta descrita no núcleo do tipo penal. A conduta de cada um deve ser analisada a fim de dar aplicabilidade à previsão legal contida no artigo 29 de Código Penal.

A testemunha comum, sr. *Marcos Roberto Pedrassi* (fl. 429), carteiro, reconheceu o réu em audiência como um dos assaltantes que ajudou a retirar as encomendas do veículo dos Correios. Afirmou que pareceu-lhe que os assaltantes, maiores de idade, deixaram o menor tomar a frente.

Em seu interrogatório (fl. 429, mídia), o réu confessou o roubo. Consignou que conhecia o menor, Hugo, o qual era seu era vizinho. Que foi o menor que desceu para a abordagem.

Em seu interrogatório policial, o menor confessou a prática do roubo junto com o réu (fl. 19).

De mais a mais, permanecem hígidas as considerações feitas por este Relator quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 0014633-24.2013.4.03.6181 (fl. 345), onde dei provimento ao apelo do MPF para que o crime de corrupção de menor fosse analisado em primeiro grau, decisão esta mantida pelo c. STJ em sede de agravo de instrumento de despacho denegatório acima noticiado.

Eis as razões que ali consignei:

> A denúncia em face de Eric Brian Theodoro Penalva e Elan Luís Santana Santos foi rejeitada parcialmente quanto ao delito de corrupção de menores, descrito no art. 244-B, da Lei nº 8.069/90, com base nos seguintes fundamentos:
> "Ao contrário, pelo que se extrai dos elementos de prova colhidos em sede policial, amealhado, até o momento, aos autos, constato que o crime descrito nos autos foi praticado de inopino, ocasionalmente, porquanto os denunciados e o menor, ao avistarem o veículo dos Correios parado no semáforo, simularam portarem arma de fogo e renderam seus ocupantes, obrigando-os a descerem do carro, momento em que passaram a transferir as mercadorias da Kombi para o carro que ocupavam e, após, evadiram-se do local.
> Portanto, não há falar-se em prática de crime de corrupção de menores, haja vista que Eric e Elan não cooptaram Hugo para a prática criminosa, nem tampouco este foi corrompido por aqueles."
> Observa-se que o Juízo *a quo* deixou de receber a denúncia quanto ao delito de corrupção de menores por falta de justa causa, já que não teria havido a demonstração, no caso em concreto, da efetiva corrupção ou facilitação da corrupção do adolescente.
> O cerne em questão neste recurso em sentido estrito está adstrito ao reconhecimento da tipicidade da conduta dos acusados quanto ao crime de corrupção de menores contido no artigo 244-B da Lei nº 8.069/90 (ECA).
> Com efeito, o E. Supremo Tribunal Federal, por suas Turmas, inclinou-se no sentido de que o crime de corrupção de menores é crime formal, bastando, para sua configuração que o agente imputável pratique com o jovem infração penal ou o induza a praticá-la:
> "PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (CP, ART. 157, §2º, II, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL, NÃO SE EXIGINDO, PARA SUA CONFIGURAÇÃO, AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO DE CORROMPIDO DO JOVEM. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. O crime de corrupção de menores é formal, bastando, para sua configuração, que o agente imputável pratique com o adolescente a infração penal ou o induza a praticá-la. Precedentes: RHC 107760, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªTurma, DJ de 24/8/2011; RHC 103354/DF, rel. Min.

Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 9/8/2011; HC 92.014/SP, Rel. originário Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes de Direito, Primeira Turma, DJe de 21/11/2008 e HC 97.197/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 04/12/2009.
2. A configuração do crime de corrupção de menores prescinde de prévia condição de corrompido do jovem, uma vez que o anseio social é a sua recuperação.
3. In casu, o recorrente foi denunciado pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes (CP, art. 157, § 2º, II), bem como pelo crime de corrupção de menores (art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente), por ter induzido o adolescente à prática do delito em comento.
4. A *mens legis* da norma insculpida no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente é a integridade moral do jovem e a preservação dos padrões éticos da sociedade. O argumento simplista de que o crime não se consuma caso o jovem já tenha sido corrompido, por ter praticado algum ato delituoso, não pode prosperar, sob pena de desvirtuamento dos principais objetivos da norma, que são a recuperação e a reinserção do adolescente na sociedade.
5. Recurso desprovido." (RHC 108442 / DF - DISTRITO FEDERAL, RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 03/04/2012, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 19-04-2012 PUBLIC 20-04-2012).
"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL.CRIME DE FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 1º DA LEI Nº 2.252/54. NATUREZA FORMAL. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA.
1. O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Precedentes.
2. Recurso ao qual se nega provimento." (RHC 107.760, rel. Min. Carmen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 24/8/2011).
No mesmo sentido também é a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula nº 500 *in verbis*:
"A configuração do crime previsto no artigo 244 -B do estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal".
Desta feita, a consumação do delito independe da demonstração da efetiva deturpação da idoneidade moral do menor ou do fato de que este já possuía uma vida pregressa criminosa, bastando que o adulto pratique um crime em concurso com um menor para que se configure o delito em tela, o que restou comprovado nestes autos.
Dessa forma, se torna imperiosa a reforma da decisão para o recebimento da denúncia tendo em vista o entendimento acima exposto.

Anote-se que o réu era vizinho do menor, o que reforça mais ainda a situação de conhecimento da menoridade.

Assim, o crime de corrupção de menores resta amplamente comprovado no bojo dos presentes autos, não pairando dúvidas de que o réu quis participar com o menor, Hugo, da empreitada criminosa.

Passo à dosimetria da pena.

Primeira fase: no tocante à (i) culpabilidade é neutra porque nada nos autos aponta merecer maior censura a conduta do réu; (ii) quanto aos antecedentes, responde a inquéritos e processos judiciais, contudo aplica-se ao caso os termos da Súmula 444-STJ; (iii) a conduta social é neutra, embora tenha afirmado em juízo que não estava trabalhando antes da prisão; (iv) personalidade é neutra, na medida em que os autos não contêm elementos de aferição;

(v) motivos do crime, são aqueles próprios do tipo penal; (vi) as circunstâncias do crime também neutra, porquanto inerentes ao tipo penal; (vii) as consequências do crime considera neutras porque não extravasaram o mero resultado decorrente da prática da infração penal; (viii) comportamento da vítima em nada contribuiu para o delito.

Por força das circunstâncias judiciais enunciadas, fixo a pena-base no mínimo legal, 1 (um) ano de reclusão.

Segunda fase: Não há agravante a ser considerada. Ainda que se considerasse a atenuante de confissão (artigo 65, III, d do CP), incide, na hipótese, o preconizado pela Súmula 231-STJ, a qual veda a redução da pena abaixo do mínimo legal, mantendo-se, assim, a pena de 1 (um) ano de reclusão.

Terceira fase: não há causas de diminuição, nem de aumento de pena, fixando-se, assim, a pena em definitivo em 1 (um) ano de reclusão.

Do Regime da Pena.

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

Tendo em vista o *quantum* da pena estabelecida, o regime inicial é o aberto, nos termos do artigo 33, §2º, *c*, do Código Penal.

Da Substituição.

Por fim, como consequência da fixação da pena privativa de liberdade em 1 (um) ano de reclusão, substituo-a por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em uma prestação pecuniária, fixada em 1 (um) salário mínimo, em favor de entidade com destinação social, a ser definida pelo Juízo das Execuções Penais (artigo 44, incisos I e III, e §2º, do Código Penal).

Custas na forma da lei (CPP, art. 804).

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso de apelação interposto pela acusação, condenando o réu pelo cometimento do delito capitulado no artigo 244-B da Lei nº 8.069/90 à pena de 1 (um) ano de reclusão, substituindo-a por pena restritiva de direitos, com fundamento no artigo 44, §2º, do Código Penal, na forma acima especificada.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000004-21.2018.4.03.6003

Apelante: EMERSON AGADIR DE ALMEIDA (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/05/2019

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 304 C/C ART. 297 DO CP. USO DE CNH MATERIALMENTE FALSA. APRESENTAÇÃO APÓS A SOLICITAÇÃO DE AGENTE POLICIAL. CRIME CONFIGURADO. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA REJEITADA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AO REGIME SEMIABERTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.
O Juízo da 1ª Vara Federal de Três Lagoas/MS condenou o denunciado pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297 do CP, pois, em 03/01/2018 fez uso de uma carteira nacional de habilitação falsa perante policiais rodoviários federais, na Rodovia BR 262, altura do km 141.
O crime do art. 304 do CP se consuma no momento da apresentação do documento, sendo irrelevante que a exibição ocorra em virtude de solicitação ou exigência da autoridade policial.
O objeto jurídico do tipo penal (art. 304 do CP) é a fé pública, de modo que não há como quantificar a lesão jurídica provocada pelo comportamento delituoso. Trata-se de crime de perigo abstrato, que se consuma com a simples utilização do documento falso, não tendo como pressuposto a ocorrência de prejuízo, na medida em que o risco de dano à fé pública é presumido. Inaplicável, pois, o princípio da insignificância.
O denunciado conhecia da falsidade documental e tinha plena consciência disso ao apresentar o documento, após a solicitação do agente policial, com o intuito de se esquivar do cumprimento de pena e para conduzir veículo automotor.
A conduta de utilizar documento falso para ocultar a condição de foragido não constitui mero exercício de autodefesa, configurando o delito previsto no art. 304 do Código Penal. Precedentes.
Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes, já que o réu foi definitivamente condenado por fato ocorrido antes do crime em análise.
Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.
Adequação da prisão preventiva ao modo de execução intermediário aplicado, sob pena de estar-se impondo ao condenado regime mais severo tão somente em razão da interposição de recurso.
Determinada a execução provisória da pena.
Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da defesa e, de ofício, determinar a adequação da prisão preventiva ao regime semiaberto fixado, caso essa providência não tenha sido ainda adotada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de abril de 2019.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal interposta por EMERSON AGADIR DE ALMEIDA, em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Três Lagoas/MS, que o condenou como incurso nas sanções do art. 304 c/c art. 297 do CP.

Narra a denúncia (fls. 42/44):

> Extrai-se dos autos que, no dia 03 de janeiro de 2018, por volta das 04h30min, na BR-262, km 141, no município de Água Clara/MS, o denunciado MAGNO PEREIRA DA COSTA, livre e conscientemente, fez uso de documento público falsificado, consistente na conduta de apresentar Carteira Nacional de Habilitação - CNH falsa a policial rodoviário federal no exercício da função, conforme boletim de ocorrência de fl. 24.
> Na ocasião mencionada, durante fiscalização, policiais rodoviários federais abordaram o veículo VW 14.220, cor branca, de placas AEV-4074. Então conduzido pelo denunciado Magno Pereira da Costa.
> Atendendo à solicitação dos policiais, o denunciado entregou seu documento de habilitação, constando a identificação de Carlos Roberto Dantas Villar. Ato contínuo, após efetuarem consulta junto ao sistema da PRF, os policiais verificaram que o documento não era verdadeiro, identificando, inclusive, que Carlos Roberto Dantas Villar era pessoa diversa do denunciado.
> [...] A partir do exposto, verifica-se que, assim agindo, Magno Pereira da Costa incorreu nas sanções do art. 304 c/c art. 297 do CP.

A denúncia foi recebida em 14/02/2018 (fls. 84/84v).

Aditamento da denúncia, às fls. 123/125, para correção da qualificação do acusado, passando a constar EMERSON AGADIR DE ALMEIDA.

Decisão que recebeu o aditamento, às fls. 126/127, publicada em 06/04/2018.

Após regular instrução, sobreveio a sentença de fls. 240/243v, que condenou o réu Emerson Agadir de Almeida pela prática do crime previsto no art. 304 c/c 297 do CP, à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 dias multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. Na sentença, foi mantida a decretação da prisão preventiva do réu, sendo que "*a mudança do réu do regime fechado para o semiaberto ocorrerá por ocasião da audiência admonitória, a ser realizada na Vara de Execuções Penais de Três Lagoas/MS, cabendo à defesa do réu impulsionar neste sentido*".

A sentença foi publicada em 05/09/2018 (fl. 244).

A defesa de Emerson Agadir de Almeida interpôs apelação (fl. 251). Pleiteia a absolvição, por ausência de provas de que o réu fez uso de documento falso. Alega que o acusado não apresentou a CNH falsa aos policiais; o mero porte de documento inidôneo é conduta atípica, e, ainda, que a apresentação deve ser espontânea, de modo que o uso do documento decorrente de solicitação da autoridade policial é fato atípico. Subsidiariamente, sustenta que a utilização de documento falso, no caso concreto, constituiu exercício do direito de autodefesa. Acrescenta que a conduta não causou risco relevante ao bem jurídico tutelado. Caso seja mantida a condenação, pede a redução da pena aplicada (fls. 252/258).

Em contrarrazões, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 261/265).

A Procuradoria Regional da República, em parecer de fls. 271/272v, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo ao exame de mérito.

Dos fatos

O Juízo da 1ª Vara Federal de Três Lagoas/MS condenou Emerson Agadir de Almeida pela prática do crime previsto no art. 304 c/c art. 297 do CP, pois, em 03/01/2018 fez uso de uma carteira nacional de habilitação falsa perante policiais rodoviários federais, na Rodovia BR 262, altura do km 141.

Da materialidade

A materialidade da infração penal descrita no artigo 304 c/c artigo 297 do Código Penal está comprovada através do auto de prisão em flagrante (fls. 02/03), prova testemunhal produzida na fase investigativa e em juízo (fls. 04, 206), auto de apresentação e apreensão (fls. 07/08), laudo de perícia criminal nº 185/2018 (fls. 70/76) e carteira nacional de habilitação em nome de Carlos Roberto Dantas Villar (fl. 77).

A perícia criminal analisou o documento e concluiu:

> [...] os papéis suportes dos documentos são autênticos, no entanto foram falsificados. A cédula de identidade e a carteira nacional de habilitação examinadas foram originalmente produzidas para serem emitidas, respectivamente, pelos Estados do Mato Grosso do Sul e Minas Gerais. Os documentos foram modificados por meio de supressão de caracteres anteriormente impressos e a consecutiva inserção de novos dados por impressão jato de tinta.
> Apesar das irregularidades apontadas nos documentos falsificados analisados, a perita considera que as falsificações não são grosseiras. Isso se dá em razão de os suportes serem autênticos e de os dizeres inseridos terem sido reproduzidos com bastante nitidez, semelhantes aos de documentos autênticos, podendo enganar terceiros de boa-fé.

O crime do art. 304 do CP se consuma no momento da apresentação do documento, sendo

irrelevante que a exibição ocorra em virtude de solicitação ou exigência da autoridade policial.

Sobre o tema, trago precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 304 DO CP. USO DE DOCUMENTO FALSO. ENTREGA REALIZADA MEDIANTE SOLICITAÇÃO DE AGENTE POLICIAL OU DE FORMA ESPONTÂNEA. NÃO AFASTAMENTO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO. MEIO DE AUTODEFESA. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. ACÓRDÃO *A QUO* EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. SÚMULA 83/STJ. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO EXISTENTE. SÚMULA 7/STJ.
> 1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que a atribuição de falsa identidade - por meio de apresentação de documento falso - não constitui mero exercício do direito de autodefesa, a tipificar, portanto, o delito descrito no art. 304 do Código Penal.
> *2. A circunstância de o documento falsificado ser solicitado pelas autoridades policiais não descaracteriza o crime do art. 304 do Código Penal.*
> 3. A confissão na qual a parte nega a utilização do documento falso não motiva a incidência da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP). 4. Incidência das Súmulas 7 e 83/STJ.
> 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido.
> (STJ. AGRESP 201300628522. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Sexta Turma. DJE DATA: 21/06/2013).

Também nesse sentido, orienta-se a jurisprudência desta Eg. Corte Federal, *in verbis:*

> PENAL. PROCESSO PENAL. USO DE DOCUMENTOS FALSOS. CÉDULA DE IDENTIDADE, CNH, CPF E TÍTULO DE ELEITOR. PRELIMINAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. STJ, SÚMULA N. 546. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. PRECLUSÃO. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DETERMINAÇÃO DE POLICIAL TIPIFICAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE, AINDA MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INCABÍVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)
> 3. Provadas a materialidade e a autoria do crime de uso de documentos ideologicamente falsos, por meio de prova material e testemunhal.
> *4. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crime de uso de documento falso se consuma com a apresentação do documento, sendo irrelevante que a exibição ocorra por exigência policial ou espontaneamente. (...)*
> (ACR 00048585720154036102, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 26/08/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Importante salientar, ainda, que o objeto jurídico do tipo penal (art. 304 do CP) é a fé pública, de modo que não há como quantificar a lesão jurídica provocada pelo comportamento delituoso. Trata-se de crime de perigo abstrato, que se consuma com a simples utilização do documento falso, não tendo como pressuposto a ocorrência de prejuízo, na medida em que o risco de dano à fé pública é presumido. Inaplicável, pois, o princípio da insignificância.

Da autoria e do dolo

Emerson Agadir de Almeida apresentou CNH falsa em nome de Carlos Roberto Dantas Villar a policiais rodoviários federais. Durante a abordagem, os policiais perceberam indícios

de falsificação no documento e, através de consulta ao sistema Infoseg, constataram a falsidade da CNH. Naquela ocasião, o réu identificou-se como Magno Pereira da Costa, sendo que sua verdadeira identidade somente foi descoberta após o oferecimento da denúncia, mediante a realização de exame de papiloscopia (fls. 120/121).

Em juízo, o réu admitiu a prática delitiva. Afirmou que adquiriu a CNH falsa, pois pretendia trabalhar como motorista de caminhão. Além disso, fez uso de documento falso com a finalidade de ocultar sua condição de evadido do sistema prisional. Disse que deixou de cumprir pena em regime semiaberto, em razão de condenação pela prática de tráfico de entorpecentes (mídia à fl. 206).

A confissão foi corroborada pelas declarações prestadas pela testemunha Tiago Menegatti, em juízo (fl. 206).

O denunciado conhecia da falsidade documental e tinha plena consciência disso ao apresentar o documento, após a solicitação do agente policial, com o intuito de se esquivar do cumprimento de pena e para conduzir veículo automotor.

Diante da comprovação da materialidade, da autoria e do dolo, mantenho a condenação do apelante pela prática do delito do art. 304 c/c 297 do CP.

Da tipicidade

Em seu apelo, a defesa pretende a absolvição pela atipicidade da conduta em razão do exercício de autodefesa.

A jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de que a conduta de utilizar documento falso para ocultar a condição de foragido não constitui mero exercício de autodefesa, configurando o delito previsto no art. 304 do Código Penal.

Confiram-se os seguintes precedentes:

> *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO À REVISÃO CRIMINAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. [...] USO DE DOCUMENTO FALSO (ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL). APRESENTAÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PARA EVITAR PRISÃO. PACIENTE FORAGIDO. AUTODEFESA QUE NÃO ABRANGE O DIREITO À CORRETA IDENTIFICAÇÃO CIVIL. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
> 1. Esta Corte Superior de Justiça, em razão do julgamento do RE 640.139/DF pelo Supremo Tribunal Federal, cuja repercussão geral foi reconhecida, pacificou entendimento no sentido de que o princípio constitucional da ampla defesa não alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente.
> *2. O uso de documento falso com o intuito de ocultar a condição de foragido da Justiça não encontra amparo na garantia constitucional de não se auto-incriminar, tendo em vista que esta abrange tão somente o direito de o acusado não produzir provas contra si e não a de mentir quanto à sua identificação civil, dificultando ou mesmo frustrando a aplicação da Justiça Penal.*
> DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AVALIAÇÃO NEGATIVA DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA.
> 1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via habeas corpus é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal, o que, como visto, não é o caso.

2. A elevação da pena-base encontra-se justificada pela comprovada dedicação do agente à prática de ilícitos, por seus maus antecedentes, pelo fato de haver apresentado documento de identidade falsificado com o objetivo de dificultar a aplicação da lei penal, bem como por ostentar a condição de foragido da Justiça quando da prática do referido delito, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada, proporcional às circunstâncias concretas do caso e ao ato criminoso cometido.
3. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.
REPRIMENDA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.
1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.
2. O novo entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior é de que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto (EResp-1.154.752/RS). [...] grifei
(STJ. HC 201001101460. relator Jorge Mussi. Quinta Turma. DJE DATA: 03/05/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO OU FALSA IDENTIDADE. EXERCÍCIO DO DIREITO DE AUTODEFESA. TESE REFUTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.
1. Aquele que apresenta documento de identidade falso à autoridade policial comete o crime de uso de documento falso, previsto no artigo 304 do Código Penal; e não o delito de falsa identidade, tipificado no artigo 307. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
2. A circunstância de o agente apresentar documento falso ou identificar-se falsamente à autoridade policial, visando a ocultar sua condição de foragido ou de detentor de maus antecedentes, não configura exercício do direito de autodefesa e, por conseguinte, não exclui a incriminação.
3. Conquanto haja algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo verificada desproporção na exasperação da pena-base, deve o tribunal proceder à devida redução.
4. A agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea. Precedentes.
5. Recurso provido em parte. - grifei
(TRF 3ª Região, Apelação Criminal nº 0005778-27.2011.4.03.6181, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, 2ª Turma, j. 27/11/2012, DJF3 06/12/2012).

PENAL. ARTIGO 304, DO CP. USO DE DOCUMENTO FALSO. CNH. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA AUTODEFESA. INDIVÍDUO FORAGIDO DA JUSTIÇA. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. REDUÇÃO DA PENA CORPORAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA Nº 269, DO E. STJ. PROPORCIONALIDADE ENTRE A PENA CORPORAL E A PENA DE MULTA. APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA. REDUÇÃO DA PENA, DE OFÍCIO.
[...]

> O denunciado confessou a prática do delito em sede judicial e declarou abertamente que comprou a Carteira de Habilitação - CNH falsa para conduzir caminhão e para ocultar a sua condição de foragido da Justiça.
> III - Todos os demais elementos de prova produzidos nos autos, em especial os depoimentos em Juízo dos policiais rodoviários federais Luis Fabio Benitez Lobato e Alessandro Rodrigo Seki, responsáveis pela abordagem e prisão em flagrante do acusado, revelam que realmente o denunciado ADRIANO PAULO INACIO apresentou no ato de sua identificação uma Carteira Nacional de Habilitação - CNH com a sua fotografia, mas em nome de Paulo Roberto dos Santos, o que caracteriza o delito previsto no artigo 304, do Código Penal.
> *IV - A jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de que caracteriza o delito do artigo 304, do Código Penal, a conduta do agente que apresenta documento falso à autoridade policial para sua identificação, se tal comportamento foi adotado com vistas a ocultar maus antecedentes ou a condição de foragido da Justiça, não podendo o agente alegar a aplicação do princípio da autodefesa. Precedentes.*
> V - No caso dos autos, o acusado tinha contra si 1 (um) Mandado de Prisão expedido pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça/SC e 1 (um) Mandado de Prisão expedido pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça/SC, ambos pendentes de cumprimento, o que significa dizer que estava foragido da Justiça, não podendo reivindicar a seu favor a aplicação do princípio da autodefesa. Correto o decreto condenatório.
> [...]
> X - Apelação da Defesa parcialmente provida. Pena privativa de liberdade reduzida, de ofício (grifei).
> (TRF3. ACR 00012196520144036005. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO. Décima Primeira Turma. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/12/2015)

Portanto, a conduta do réu se amolda à figura típica descrita no artigo 304 do Código Penal, e não há que se falar em atipicidade, sendo de rigor a manutenção do decreto condenatório.

Da dosimetria

1ª fase

A pena-base foi fixada em 3 anos de reclusão em razão dos maus antecedentes.

O réu foi definitivamente condenado por fato ocorrido antes do crime em análise (prática do crime do art. 334 do CP, nos autos nº 0001705-60.2008.403.6005, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS), conforme documentos de fls. 229/230.

Assim, a pena-base fixada pelo Juízo *a quo* revela-se proporcional às circunstâncias concretas do caso, devendo ser mantida.

2ª fase

Nesta etapa, incidiram a agravante da reincidência (condenação definitiva pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, na ação penal nº 0034031-40.2010.8.26.0602, transitada em julgado em 09/02/2017 - fl. 212) e a atenuante referente à confissão espontânea, sendo que essas circunstâncias foram corretamente compensadas entre si, restando a pena intermediária no mesmo patamar anterior.

3ª fase

Sem causas de diminuição e de aumento.

Fixo definitivamente a pena em 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto (art. 33, §2º, "c" do CP), e ao pagamento de 15 dias multa, mantido o valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente na data do fato.

A reincidência obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, II do CP).

Da prisão preventiva

Na sentença, foi mantida a decretação da prisão preventiva, uma vez que inalterados os fundamentos que ensejaram a adoção da medida. Constou, ainda: "*a mudança do réu do regime fechado para o semiaberto ocorrerá por ocasião da audiência admonitória, a ser realizada na Vara de Execuções Penais de Três Lagoas/MS, cabendo à defesa do réu impulsionar neste sentido*".

Necessário, contudo, adequar a segregação ao modo de execução intermediário aplicado, sob pena de estar-se impondo ao condenado regime mais severo tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de apelo.

Da execução provisória da pena

Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Desse modo, curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpretou o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP, reconhecendo que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."

Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

Destarte, exauridos os recursos nesta Corte e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu, sendo dispensadas tais providências em caso de trânsito em julgado, hipótese em que terá início a execução definitiva da pena.

Dispositivo

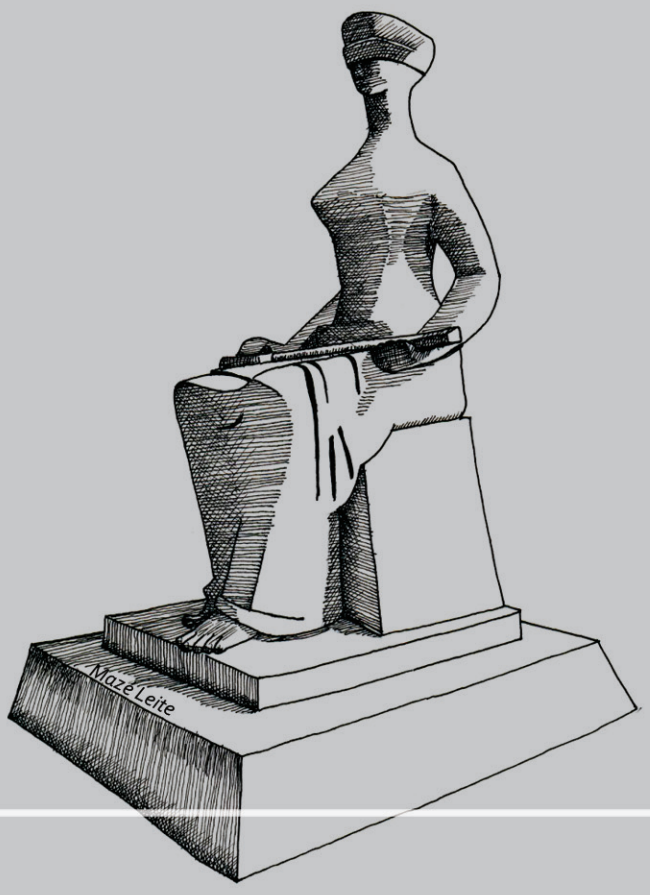
Pelo exposto, nego provimento à apelação da defesa e, de ofício, determino a adequação da prisão preventiva ao regime semiaberto fixado, caso essa providência não tenha sido ainda adotada.

É o voto.

Comunique-se o Juízo da Execução Criminal.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL
0028399-49.2007.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: NEMER LINCON OLIVEIRA FIGUEIREDO (incapaz)
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/05/2019

EMENTA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO - DIREITO PREVIDENCIÁRIO - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - PENSÃO POR MORTE - MENOR SOB GUARDA - ÓBITO DO MANTENEDOR POSTERIOR À LEI 9.528/97 - RECURSO REPETITIVO - RESP 1.411.258/RS -ESPECIALIDADE DO ECA SOBRE A LEI PREVIDENCIÁRIA - DIREITO AO BENEFÍCIO GARANTIDO - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA COM BASE NA SÚMULA 111 DO STJ - AGRAVO IMPROVIDO - APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA PARA ALTERAR BASE DE INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL DE HONORÁRIOS.

- O autor vivia sob guarda do Sr. Carlos Roberto de Oliveira, segurado instituidor da pensão por morte pleiteada. De acordo com o disposto no artigo 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente o menor sob guarda é considerado como dependente para todos os fins de direito, inclusive previdenciários.

- O julgamento do REesp nº 1.411.258/RS consolidou o seguinte entendimento: *"O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do artigo 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de Lei Especial do Estatuto da Criança e do adolescente (lei 8.069/90), frente à legislação previdenciária."*

- Correta a r. sentença que, julgando procedente o pedido, condenou o INSS ao pagamento de pensão por morte ao autor com termo inicial a partir da data de citação, visto que não houve prova da existência de pleito administrativo.

- Em sede de apelação, todavia, o INSS questionou a base de incidência do percentual de 10% (dez por cento) arbitrado para os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência. Pretende a autarquia que tal alíquota incida sobre o valor total das parcelas em atraso até a data da sentença. Nesse aspecto merece sim reparo a r. decisão de primeiro grau para adequar a condenação sucumbencial à Súmula 111, do STJ.

- Em juízo de retratação, com fulcro no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do CPC/1973 - atualmente artigo 1.040, inciso II, do NCPC - reconsidero o acórdão impugnado para negar provimento ao agravo legal e dar parcial provimento à apelação do INSS confirmando a procedência do pedido e fixando como base de incidência do percentual arbitrado para os honorários de sucumbência o valor total das parcelas vencidas até a data da r. sentença, determinando ainda, a compensação dos valores eventualmente pagos na via administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo de retratação, negar provimento ao agravo legal e dar parcial provimento à apelação do INSS para, confirmando a procedência do pedido, fixar como base de incidência do percentual arbitrado para os honorários de sucumbência o valor total das parcelas vencidas até a data da r. sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

Trata-se de Juízo de Retratação do v. acórdão de fls. 144/149, previsto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, considerando a decisão proferida pelo e. Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial nº 1.411.258/RS, realizado segundo a sistemática de recurso representativo de controvérsia, o qual assentou o entendimento de que o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte, ainda que o falecimento do seu mantenedor tenha ocorrido após a modificação legislativa promovida pela Lei 9.528/97, na Lei nº 8.213/91, em virtude do caráter especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) frente à legislação previdenciária

O v. acórdão foi julgado por esta c. 7 Turma, no dia 25/10/2010, sob a relatoria do r. Des. Fed. Antonio Cedenho, que, por unanimidade, negou provimento ao agravo legal interposto pela parte autora, assim ementado:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. PENSÃO POR MORTE.
> 1. Fazem jus ao benefício da pensão por morte os dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, não sendo exigível o cumprimento do período de carência, nos termos do artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, e artigos 74 e 26 da Lei nº 8.213/91.
> 2. Com o advento da Lei nº 9.528/1997, o menor sob guarda deixou de integrar o rol de dependentes da Previdência Social e não está mais credenciado ao recebimento de pensão por morte e auxílio-reclusão. Para efeitos previdenciários, são equiparados a filho apenas o pupilo e o enteado - que mantém com o cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe parentesco por afinidade em linha reta de 1º grau, nos termos do artigo 1.595, *caput*, do Código Civil.
> 3. Como o segurado, sob cuja guarda estava o Autor, faleceu na data de 25.11.1997, vigoravam as restrições estabelecidas pela Lei nº 9.528/1997, o que impossibilita a outorga de pensão por morte.
> 4. O juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.
> 5. Salta evidente que não almeja a parte Agravante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada.
> 6. Agravo legal a que se nega provimento.

Em razão de, supostamente, o v. Acórdão não reproduzir o entendimento adotado no REsp mencionado, os autos foram devolvidos para a realização de novo exame por esta Turma Recursal.

É o relatório.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA (Relatora):

O resultado do julgado acordado deve ser reformado, uma vez que contraria o entendimento adotado no REsp nº 1.411.258/RS (Recurso Especial Repetitivo).

Segundo consta, o autor vivia sob guarda do Sr. Carlos Roberto de Oliveira, segurado instituidor da pensão por morte pleiteada.

De acordo com o disposto no artigo 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente o menor sob guarda é considerado como dependente para todos os fins de direito, inclusive previdenciários.

A decisão agravada entendeu que como o segurado guardião faleceu em 25/11/1997, quando já vigoravam as restrições estabelecidas pela Lei 9.528/1997, não seria admissível a concessão do benefício de pensão por morte ao menor sob guarda. Como referida legislação trouxe alterações na Lei 8.213/91, a qual o r. julgador considerou especial em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, cogitou-se de revogação tácita do normativo previsto nessa Lei.

Entretanto, o julgamento do REesp nº 1.411.258/RS consolidou o seguinte entendimento: "O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do artigo 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de Lei Especial do Estatuto da Criança e do adolescente (lei 8.069/90), frente à legislação previdenciária."

Sendo assim, baseado nesse entendimento jurisprudencial, reputo correta a r. sentença que, julgando procedente o pedido, condenou o INSS ao pagamento de pensão por morte ao autor Nemer Lincon Oliveira Figueiredo, com termo inicial a partir da data de citação, visto que não houve prova da existência de pleito administrativo. Tal provimento merece ser confirmado.

Em sede de apelação, todavia, o INSS questionou a base de incidência do percentual de 10% (dez por cento) arbitrado para os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência. Pretende a autarquia que tal alíquota incida sobre o valor total das parcelas em atraso até a data da sentença.

Nesse aspecto merece sim reparo a r. decisão de primeiro grau para adequar a condenação sucumbencial à Súmula 111, do STJ que assim orienta: "os honorários advocatícios, em ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença".

Com tais considerações, em juízo de retratação, com fulcro no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do CPC/1973 - atualmente artigo 1.040, inciso II, do NCPC -, reconsidero o acórdão impugnado para negar provimento ao agravo legal e dar parcial provimento à apelação do INSS confirmando a procedência do pedido exarada em sede de juízo originário e reformando parcialmente a referida sentença apenas para fixar como base de incidência do percentual arbitrado para os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência o valor total das parcelas vencidas até a data da r. sentença (STJ, Sumula 111), determinando ainda, a compensação dos valores eventualmente pagos na via administrativa.

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0004491-42.2011.4.03.6112

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LUCIANA DA SILVA GONÇALVES
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA VANESSA MELLO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/05/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 475, § 2º, DO CPC/1973. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. REVISÃO. ART. 29, II, DA LEI Nº 8.213/1991. REQUISITOS PREENCHIDOS.
- Considerando que o benefício a ser revisto foi percebido de 24/08/2007 a 14/10/2007, bem como a diferença entre o valor da renda mensal inicial original e o decorrente da revisão ora em discussão, verifica-se que a hipótese em exame não excede os 60 salários mínimos, sendo incabível a remessa oficial.
- A existência de demanda coletiva com assinalado trânsito em julgado, pertinente à controvérsia veiculada nos autos, não frustra a ação individual ajuizada pela autoria, tampouco acarreta o sobrestamento deste feito até o exaurimento do objeto daquela ação coletiva. Precedentes desta Corte.
- Inexistindo comprovação de a revisão administrativa entabulada pelo INSS haver abarcado todas as parcelas decorrentes da controvérsia levada ao exame do Judiciário, apresenta-se lídima a salvaguarda da busca da revisão em sede judicial.
- No tocante à metodologia de cálculo dos benefícios por inaptidão outorgados na vigência da Lei nº 9.876/1999, devem ser considerados apenas os maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo - regra permanente, para o segurado filiado a partir de 29/11/1999 - ou, no mínimo, a 80% de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho/1994 - regra transitória, para o segurado filiado à Previdência Social até 28/11/1999
- Consoante a documentação dos autos, verifica-se que a autarquia, quando da formulação do cálculo da renda mensal inicial da benesse titularizada pela autoria, inobservou comandos insertos na legislação de regência, especificamente o inciso II do art. 29 da Lei de Benefícios, na redação da Lei nº 9.876/99, procedendo, apenas ulteriormente, à competente revisão administrativa, sem notícia de satisfação de atrasados.
- A demandante faz jus ao emprego da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo, com satisfação das importâncias referentes ao período anterior à revisão.
- Mantida a prescrição quinquenal contabilizada em consideração à edição do citado Memorando nº 21/DIRBEN/PFE/INSS, de 15/04/2010, haja vista ser esse o momento da interrupção do curso do prazo estipulado no art. 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.
- Juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

- Honorários advocatícios a cargo do INSS mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da decisão concessiva do benefício, nos termos do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente no momento da publicação do *decisum*), Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e jurisprudência desta 9ª Turma. Inaplicável, ao caso, o disposto no artigo 85 do NCPC,
- Apelação do INSS desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, sendo que o Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias acompanhou a Relatora pela conclusão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de maio de 2019.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO (Relatora):

Trata-se de apelação autárquica tirada de sentença de procedência exarada em autos de ação de revisão de renda mensal inicial de benefício por incapacidade, em que se objetiva a aplicação do art. 29, II, da Lei nº 8.213/1991, na redação da Lei nº 9.876/1999.

Sustenta, o INSS, a ausência de interesse de agir e aponta existência de ação civil pública sobre a matéria versada neste feito, requerendo o sobrestamento deste até o exaurimento do objeto da citada ação coletiva. Aduz, ainda, a impossibilidade de atendimento ao pleito deduzido, por afronta à isonomia, bem como a ocorrência da prescrição quinquenal a partir do ajuizamento da ação. Subsidiariamente, alterca critérios de juros e correção monetária, bem como a condenação em honorários advocatícios. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Este, o relatório.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO (Relatora):

Inicialmente, afigura-se correta a não submissão da sentença ao reexame necessário.

De fato, o documento de fl. 59 indica que o benefício a ser revisto foi percebido de 24/08/2007 a 14/10/2007 e que a diferença entre o valor da RMI original e o decorrente da revisão ora em discussão equivale a R$ 32,15.

Assim, verifica-se que a hipótese em exame não excede os 60 salários mínimos, sendo incabível a remessa oficial, nos termos do artigo 475, § 2º, do CPC/1973, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 10.352/2001.

Passo à análise do recurso interposto.

Quanto à matéria preambular agitada pela autarquia, embora ciente do entendimento majoritário desta egrégia Turma em sentido adverso, compreendo descabida a alegação de ausência de interesse de agir.

De fato, acredito, com a devida vênia dos que militam em sentido contrário, que a existência de demanda coletiva com assinalado trânsito em julgado, pertinente à controvérsia veiculada nos autos, não é de sorte a frustrar a ação individual ajuizada pela autoria. Assim também defendo quando se abre, à parte, a perspectiva de obtenção de vantagem adicional em relação ao que, a final, restou acordado na ação civil pública.

De efeito, já se decidiu, neste Tribunal, que "os efeitos da ação civil pública não podem prejudicar o andamento da ação ajuizada individualmente" -e.g., AC 00071336920124036106, Relator Juiz Convocado Valdeci Dos Santos, TRF3, Sétima Turma, e-DJF3 26/11/2014.

Em igual diapasão, confira-se o seguinte precedente, na porção que atina à temática em discussão:

> PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. CARÊNCIA DA AÇÃO E DECADÊNCIA NÃO VERIFICADAS. AUXÍLIO DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 29, II, DA LEI 8.213/91. RECÁLCULO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.
> 1. Não há que se falar em falta de interesse de agir, tendo em vista que, ainda que se alegue que tenha havido acordo homologado em ação civil pública, remanesce interesse de agir no que diz respeito ao pagamento de atrasados, bem como dos consectários das diferenças devidas. Ademais, a existência de ação civil pública não impede o julgamento das ações individuais sobre o assunto.
> (...)
> 8. Apelação do INSS desprovida. Consectários legais fixados de ofício.
> (Apelação Cível nº 0038362-66.2016.4.03.9999/SP, Rel. Desembargador Federal Nelson Porfirio, j. 28/08/2018, DJF3 Judicial 05/09/2018).

Tais fundamentos também afastam o pleito de sobrestamento do feito até o exaurimento do objeto da ação civil pública.

Por outro lado, quanto à noticiada revisão administrativa entabulada pelo INSS, avulta a inocorrência de comprovação de haver abarcado todas as parcelas decorrentes da controvérsia levada ao exame do Judiciário, apresentando-se lídima a salvaguarda da busca da revisão em sede judicial, tanto mais porque ao beneficiário pode soar completamente desarrazoada a submissão ao cronograma de pagamentos estabelecido, que se estenderá anos a fio.

No que diz com a matéria de fundo, entrosa-se com a metodologia de cálculo dos benefícios por inaptidão outorgados na vigência da Lei nº 9.876/1999.

A teor da disciplina legal, os obreiros filiados à Previdência a partir de 29/11/1999 teriam as benesses contabilizadas mediante apuração dos salários-de-contribuição desde a data da filiação até a data de dedução do requerimento administrativo. Já para os filiados até 28/11/1999, a mensuração levaria em conta o interregno compreendido de julho/1994 até a data do requerimento administrativo - DER.

Diga-se, ainda, que, ao lume do textualmente disposto na legislação, não teria cabida, no cálculo dos benefícios por incapacidade, levar-se em conta a totalidade dos salários de contribuição. *Apenas os maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo - regra permanente, para o segurado filiado a partir de 29/11/1999 - ou,*

no mínimo, a 80% de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho/1994 - regra transitória, para o segurado filiado à Previdência Social até 28/11/1999. Pode o segurado, nessa hipótese, valer-se de mais de 80% do referido período contributivo.

A contexto, merece lida o seguinte precedente do c. STJ:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. REVISÃO . PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO. AMPLIAÇÃO. EC N. 20/1998 E LEI N. 9.876/1999. LIMITE DO DIVISOR PARA O CÁLCULO DA MÉDIA. PERÍODO CONTRIBUTIVO.
> 1. A partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, o período de apuração dos benefícios de prestação continuada, como a aposentadoria, correspondia à média dos 36 últimos salários-de-contribuição (art. 202, *caput*).
> 2. Com a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, o número de contribuições integrantes do Período Básico de Cálculo deixou de constar do texto constitucional, que atribuiu essa responsabilidade ao legislador ordinário (art. 201, § 3º).
> 3. Em seguida, veio à lume a Lei n. 9.876, cuja entrada em vigor se deu em 29 .11.1999. Instituiu-se o fator previdenciário no cálculo das aposentadoria e ampliou-se o período de apuração dos salários-de-contribuição.
> 4. Conforme a nova Lei, para aqueles que se filiassem à Previdência a partir da Lei n. 9.876/1999, o período de apuração envolveria os salários-de-contribuição desde a data da filiação até a Data de Entrada do Requerimento - DER, isto é, todo o período contributivo do segurado.
> 5. De outra parte, para os já filiados antes da edição da aludida Lei, o período de apuração passou a ser o interregno entre julho de 1994 e a DER.
> 6. O período básico de cálculo dos segurados foi ampliado pelo disposto no artigo 3º, *caput*, da Lei n. 9.876/1999. Essa alteração legislativa veio em benefício dos segurados. Porém, só lhes beneficia se houver contribuições.
> 7. Na espécie, a recorrente realizou apenas uma contribuição desde a competência de julho de 1994 até a data de entrada do requerimento - DER, em janeiro de 2004.
> 8. O *caput* do artigo 3º da Lei n. 9.876/1999 determina que, na média considerar-se-á os maiores salários-de-contribuição, na forma do artigo 29 , inciso I, da Lei n. 8.213/1991, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo desde julho de 1994. E o § 2º do referido artigo 3º da Lei n. 9.876/1999 limita o divisor a 100% do período contributivo.
> 9. Não há qualquer referência a que o divisor mínimo para apuração da média seja limitado ao número de contribuições.
> 10. Recurso especial a que se nega provimento.
> (RECURSO ESPECIAL 2007/0049008-3, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 24/03/2009, DJe 27/04/2009).

Ocorre que sucessivos Decretos emanados no declarado desiderato de disciplinar o mandamento legal - *v.g., os de nºs 3.265/1999 e Decreto 5.545/2005* - culminaram por inovar a ordem positiva e incorreram em manifesto vício de ilegalidade, com trespasse da previsão do art. 29, II, da Lei 8.213/1991, na redação da Lei 9.876/1999. Permitiram que a autarquia securitária, quando da elaboração do cálculo da renda mensal inicial do benefício por inaptidão, considerasse a média aritmética simples de 100% de salários de contribuição.

Certo é que, ao depois, o próprio INSS admitiu a erronia, com a revogação das normas regulamentadoras eivadas e edição do Memorando-Circular Conjunto 21/DIRBEN/PFEINSS, de 15/04/2010, e o Memorando-Circular 28/INSS/DIRBEN, de 17/09/2010, determinantes da revisão administrativa dos benefícios equivocadamente calculados, nos precisos termos do

art. 29, II, da Lei 8.213/1991. Ainda no sentido do textual reconhecimento do lapso, tem-se a destacar a Norma Técnica 70/2009/PFE-INSS/CGMBEN/DIVCONT, da lavra da Procuradoria Federal Especializada.

A esta quadra, cumpre excepcionar, apenas, as situações em que a parte autora mira a revisão de aposentadoria por invalidez decorrente de auxílio-doença, sem que haja intervalo laboral entre as duas prestações, hipótese em que o decreto de improcedência torna-se imperioso, porquanto aplicável o mandamento estampado no art. 36, § 7º, do Decreto 3.048/1999, mercê do qual "a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio -doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio -doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral".

A contexto, colacione-se *leading case* do Excelso Pretório a trato do assunto, exarado sob a sistemática da repercussão geral:

> CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO -DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES.
> 1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (*caput* do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição.
> 2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social - LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio -doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99.
> 3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991.
> 4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: REs 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.
> 5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento.
> *(RE nº 583834/SC, Rel. Min. Ayres Britto, j. 21/09/2011, Tribunal Pleno, DJe- 13-02-2012).*

In casu, da documentação coligida aos autos, haure-se que a autarquia, quando da formulação do cálculo da renda mensal inicial da benesse titularizada pela autoria, inobservou comandos insertos na legislação de regência, especificamente o inciso II do art. 29 da Lei de Benefícios, na redação da Lei nº 9.876/99, procedendo, apenas ulteriormente, à competente revisão administrativa, sem notícia de satisfação de atrasados. Diga-se mais, que a pretensão revisional não se debruça sobre benefício imediatamente precedido de outra benesse.

Dessarte, a demandante faz jus ao emprego da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo, com satisfação das importâncias referentes ao período anterior à revisão, nos moldes encampados pela jurisprudência:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. REVISÃO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ARTIGO 29, I, DA LEI N. 8.213/1991 COMBINADO COM O § 2º, ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.876/99. SENTENÇA MANTIDA. - Nos termos do *caput* do art. 3º da Lei nº

> 9.876/99, ao segurado que se filiou ao Regime Geral de Previdência Social antes do advento de tal norma (que foi publicada no Diário Oficial da União que circulou em 29/11/1999) que tenha cumprido os requisitos para se aposentar após tal diploma normativo assegura-se, no cálculo do salário-de-benefício, a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo iniciado a partir da competência de julho de 1994, levando-se em conta o que dispõe o art. 29, I e II, da Lei nº 8.213/91 (na redação conferida pela Lei nº 9.876/99). - Requisitos implementados somente na vigência da legislação acima, não havendo se falar em direito adquirido a legislação diversa. - Recurso desprovido.
> (Apelação Cível - 2244596 0010533-49.2015.4.03.6183, Desembargadora Federal Inês Virgínia, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 11/02/2019).

Mantenho a prescrição quinquenal contabilizada em consideração à edição do citado Memorando nº 21/DIRBEN/PFE/INSS, de 15/04/2010, haja vista ser esse o momento da interrupção do curso do prazo estipulado no art. 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.

No que concerne aos consectários, cumpre esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia-CRFB, art. 5º, *caput*-; quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade- CRFB, art. 5º, XXII-, uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina".

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere aos juros de mora e à correção monetária, não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso, respeitada a prescrição quinquenal, contabilizada em consideração à edição do citado Memorando nº 21/DIRBEN/PFE/INSS, de 15/04/2010, incidirão juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Quanto à modulação dos efeitos da decisão do citado RE, destaca-se a pendência de apreciação, pelo STF, de Embargos de Declaração, ficando remarcada, desta forma, a sujeição da questão da incidência da correção monetária ao desfecho do referido *leading case*.

A fim de evitar *reformatio in pejus,* mantenho os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da decisão concessiva do benefício, consoante § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente no momento da publicação do *decisum*), Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e jurisprudência desta 9ª Turma. Cumpre destacar, nesse ponto, que não se aplica ao caso

em análise o disposto no artigo 85 do NCPC, tendo em vista que a sentença impugnada foi publicada antes do início de sua vigência.

Os valores já pagos, seja na via administrativa ou por força de decisão judicial, deverão ser integralmente abatidos do débito.

Quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo não haver qualquer infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Com essas considerações, NEGO PROVIMENTO à apelação do INSS, explicitando critérios de juros e correção monetária.

É como voto.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0037163-48.2012.4.03.9999

Apelante: NEIDE CASTRIANI MATSUURA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE ABSOLUTA E PERMANENTE CONFIGURADA. LAUDOS PERICIAIS. INTERPRETAÇÃO *A CONTRARIO SENSU*. ART. 479, CPC. ADOÇÃO DAS CONCLUSÕES PERICIAIS. MATÉRIA NÃO ADSTRITA À CONTROVÉRSIA MERAMENTE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INFIRMEM OS PARECERES DOS EXPERTOS. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONVICÇÕES DO MAGISTRADO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO, QUANDO DA DII. ART. 30, II, DA LEI 8.212/91. ARTS. 13, VI, E 14, DO DECRETO 3.048/99. SEGURADO FACULTATIVO. PRORROGAÇÕES DOS §§1º E 2º DO ART. 15 DA LEI 8.213/91. INAPLICABILIDADE. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
1 - A cobertura do evento invalidez é garantia constitucional prevista no Título VIII, Capítulo II da Seguridade Social, no art. 201, I, da Constituição Federal.
2 - Preconiza a Lei nº 8.213/91, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência.
3 - O auxílio-doença é direito daquele filiado à Previdência, que tiver cumprido o tempo supramencionado, e for considerado temporariamente inapto para o seu labor ou ocupação habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (arts. 59 a 63 da *legis*).
4 - O ato de concessão ou de reativação do auxílio-doença deve, sempre que possível, fixar o prazo estimado de duração, e, na sua ausência, será considerado o prazo de 120 (cento e vinte) dias, findo o qual cessará o benefício, salvo se o segurado postular a sua prorrogação (§11 do art. 60 da Lei nº 8.213/91, incluído pela Medida Provisória nº 767, de 2017).
5- Independe de carência a concessão dos benefícios nas hipóteses de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS, for acometido das moléstias elencadas taxativamente no art. 151 da Lei 8.213/91.
6 - A patologia ou a lesão que já portara o trabalhador ao ingressar no Regime, não impede o deferimento do benefício se tiver decorrido a inaptidão de progressão ou agravamento da moléstia.
7 - Necessário para o implemento do beneplácito em tela, revestir-se do atributo de segurado, cuja mantença se dá, mesmo sem recolher as contribuições, àquele que conservar todos os direitos perante a Previdência Social durante um lapso variável, a que

a doutrina denominou "período de graça", conforme o tipo de filiado e a sua situação, o qual pode ser prorrogado por 24 (vinte e quatro) meses aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses, nos termos do art. 15 e §1º da Lei.
8 - Havendo a perda da mencionada qualidade, o segurado deverá contar com 6 (seis) contribuições mensais, a partir da nova filiação à Previdência Social, para efeitos de carência, para a concessão dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez (art. 27-A da Lei nº 8.213/91, incluído pela Lei 13.457, de 2017).
9 - No que tange à incapacidade, a primeira profissional médica indicada pelo Juízo *a quo*, da área de clínica geral, com base em exame realizado em 25 de outubro de 2011 (fls. 90/93), consignou que "*a autora apresentou exame complementar sugestivo de Síndrome do túnel do carpo à direita, contudo ao exame clinico não foram evidenciados sinais positivos de comprometimento funcional do referido segmento*". Arrematou que, "*diante do que se apurou durante a Perícia Médica e em seus estudos posteriores, conclui-se que a Pericianda encontra-se APTA para o exercício de atividades laborativas*".
10 - Da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, *a contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 (atual art. 479 do CPC) e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente o parecer do experto. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso concreto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.
11 - Saliente-se que as perícias médicas foram efetivadas por profissionais inscritos no órgão competente, os quais responderam aos quesitos elaborados e forneceram diagnósticos com base na análise de histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entenderam pertinentes, e, não sendo infirmados pelo conjunto probatório, referidas provas técnicas merecem confiança e credibilidade.
12 - Depreende-se, portanto, dos laudos *supra*, que, a autora, ao menos, até novembro de 2017, não estava incapacitada para o labor. Com efeito, a primeira *expert* disse que ela não possuía qualquer impedimento para o trabalho.
13 - Embora o segundo laudo demonstre, a princípio, contrariedade ao primeiro, em verdade, as duas provas se complementam. Isso porque o segundo profissional destaca que a demandante está incapacitada total e permanentemente para o labor, porém, frisa que o seu início se deu apenas na data daquele exame médico, ou seja, em meados de novembro de 2017.
14 - Informações extraídas do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, as quais seguem anexas aos autos, dão conta que a autora verteu suas últimas contribuições para a Previdência, na condição de segurada facultativa, entre 01º/08/2010 e 31/01/2011. Portanto, manteve-se filiada ao RGPS, contabilizando-se a prorrogação de 6 (seis) meses de manutenção da qualidade de segurada, até 15/09/2011 (art. 30, II, da Lei 8.212/91 c/c arts. 13, VI, e 14, do Dec 3.048/99).

15 - Ressalta-se que as prorrogações dos §§1º e 2º da Lei 8.213/91 se destinam tão somente aos segurados que exercem ou exerciam atividade remunerada abrangida pela Previdência Social.
16 - Portanto, quando do surgimento da incapacidade, a demandante já não era mais segurada da Previdência Social, de modo que não faz jus aos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.
17 - Apelação da parte autora desprovida. Sentença mantida. Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da parte autora, mantendo a r. sentença de improcedência, mas por fundamento diverso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de abril de 2019.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposto por NEIDE CASTRIANI MATSUURA, em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

A r. sentença, de fls. 115/118, julgou improcedente o pedido, sob o fundamento da ausência de incapacidade laboral. Condenada a parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como nos honorários advocatícios, ficando a exigibilidade suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto nos arts. 11, §2º, e 12, ambos da Lei nº 1.060/50, reproduzidos pelo §3º do art. 98 do CPC.

Em razões recursais de apelação, de fls. 125/149, a parte autora requer, preliminarmente, a realização de nova perícia, por especialista (ortopedista) nas enfermidades listadas na exordial e nos documentos a ela anexos. No mérito, sustenta que preenche os requisitos para a concessão dos benefícios ora vindicados.

Contrarrazões do INSS, às fls. 152/156.

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

Convertido o julgamento em diligência, já em sede de 2º grau de jurisdição, determinou-se o retorno dos autos à comarca de origem para que fosse efetivada nova perícia na autora, por especialista na área de ortopedia, conforme requerimento deduzido na exordial e no apelo (fl. 158).

Cumprida a medida (fls. 255/259), o feito foi reencaminhado a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

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

A cobertura do evento invalidez é garantia constitucional prevista no Título VIII, Capítulo II da Seguridade Social, no art. 201, I, da Constituição Federal.

Preconiza a Lei nº 8.213/91, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência.

Ao passo que o auxílio-doença é direito daquele filiado à Previdência, que tiver cumprido o tempo supramencionado, e for considerado temporariamente inapto para o seu labor ou ocupação habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (arts. 59 a 63 da *legis*).

O ato de concessão ou de reativação do auxílio-doença deve, sempre que possível, fixar o prazo estimado de duração, e, na sua ausência, será considerado o prazo de 120 (cento e vinte) dias, findo o qual cessará o benefício, salvo se o segurado postular a sua prorrogação (§11 do art. 60 da Lei nº 8.213/91, incluído pela Medida Provisória nº 767, de 2017).

Independe de carência a concessão dos benefícios nas hipóteses de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS, for acometido das moléstias elencadas taxativamente no art. 151 da Lei 8.213/91.

Cumpre salientar que a patologia ou a lesão que já portara o trabalhador ao ingressar no Regime, não impede o deferimento dos benefícios se tiver decorrido a inaptidão de progressão ou agravamento da moléstia.

Ademais, é necessário para o implemento dos beneplácitos em tela, revestir-se do atributo de segurado, cuja mantença se dá, mesmo sem recolher as contribuições, àquele que conservar todos os direitos perante a Previdência Social durante um lapso variável, a que a doutrina denominou "período de graça", conforme o tipo de filiado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei, a saber:

> Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:
> I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
> II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
> III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
> IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
> V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
> VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

É de se observar, ainda, que o §1º do artigo *supra* prorroga por 24 (vinte e quatro) meses tal lapso de graça aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses.

Por fim, saliente-se que havendo a perda da mencionada qualidade, o segurado deverá contar com 6 (seis) contribuições mensais, a partir da nova filiação à Previdência Social, para

efeitos de carência, para a concessão dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez (art. 27-A da Lei nº 8.213/91, incluído pela Lei 13.457, de 2017).

Do caso concreto.

No que tange à incapacidade, a primeira profissional médica indicada pelo Juízo *a quo*, da área de clínica geral, com base em exame realizado em 25 de outubro de 2011 (fls. 90/93), consignou que "*a autora apresentou exame complementar sugestivo de Síndrome do túnel do carpo à direita, contudo ao exame clinico não foram evidenciados sinais positivos de comprometimento funcional do referido segmento*".

Arrematou que, "*diante do que se apurou durante a Perícia Médica e em seus estudos posteriores, conclui-se que a Pericianda encontra-se APTA para o exercício de atividades laborativas*" (sic).

Diante de requerimento da parte autora, efetuado em mais de uma oportunidade, para que fosse submetida a exame por médico ortopedista, o julgamento foi convertido em diligência, já em sede de 2º grau de jurisdição, atendendo-se o pleito à fl. 158.

Realizada perícia por médico da referida área, em 06 de novembro de 2017 (fls. 255/259), este atestou, no respectivo laudo:

> A paciente com 67 (sessenta e sete) anos de idade, apresenta deformidades nas mãos por degeneração osteoartrósica dos polegares e osteoartrose de coluna toraco lombar com escoliose, devido a idade e osteoporose de coluna e fêmur.
> Portanto, a paciente não apresenta condições de voltar ao trabalho como costureira apresentando incapacidade parcial definitiva a partir desta perícia.

Assevero que da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, *a contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 (atual art. 479 do CPC) e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente os pareceres dos expertos. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso concreto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.

Saliente-se que as perícias médicas foram efetivadas por profissionais inscritos no órgão competente, os quais responderam aos quesitos elaborados e forneceram diagnóstico com base na análise de histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entenderam pertinentes, e, não sendo infirmados pelo conjunto probatório, referidas provas técnicas merecem confiança e credibilidade.

Depreende-se, portanto, dos laudos *supra*, que, a autora, ao menos, até novembro de 2017, não estava incapacitada para o labor. Com efeito, a primeira *expert* disse que ela não possuía qualquer impedimento para o trabalho.

Embora o segundo laudo demonstre, a princípio, contrariedade ao primeiro, em verdade, as duas provas se complementam. Isso porque o segundo profissional destaca que a demandante está incapacitada total e permanentemente para o labor, porém, frisa que o seu início se deu apenas na data daquele exame médico, ou seja, em meados de novembro de 2017.

Informações extraídas do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, as quais ora faço anexar aos autos, dão conta que a autora verteu suas últimas contribuições para a Previdência, na condição de segurada facultativa, entre 01º/08/2010 e 31/01/2011. Portanto, manteve-se filiada ao RGPS, contabilizando-se a prorrogação de 6 (seis) meses de manutenção da qualidade de segurado, até 15/09/2011 (art. 30, II, da Lei 8.212/91 c/c arts. 13, VI, e 14, do Dec 3.048/99).

Ressalto que as prorrogações dos §§1º e 2º da Lei 8.213/91 se destinam tão somente aos segurados que exercem ou exerciam atividade remunerada abrangida pela Previdência Social.

Portanto, quando do surgimento da incapacidade, a demandante já não era mais segurada da Previdência Social, de modo que não faz jus aos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da parte autora, mantendo a r. sentença de improcedência, mas por fundamento diverso.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002996-68.2013.4.03.6119

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ANGELICA BARISEVICIUS DE CAMARGO
Relatora: DESEMBARGADOR FEDERAL MARISA SANTOS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2019

EMENTA

CONSTITUCIONAL - BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - DEFENSORIA PÚBLICA. RESÍDUO 6.214, DE 26-09-2007. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
I - Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social, sendo devido o Benefício de Prestação Continuada, desde que adimplidos os quesitos legais. Precedente do STF, em sede de repercussão geral.
II - Não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública.
IV - Preenchia o autor todos os requisitos necessários ao deferimento do benefício, devendo o resíduo ser pago nos termos do Decreto 6.214, de 26-9-2007.
V - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de abril de 2019.

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 do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF.

Segundo a inicial, o autor é pessoa idosa, não tendo condições de prover seu sustento ou de tê-lo provido por sua família, fazendo jus ao benefício.

Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Deferida a antecipação da tutela à fl. 109.

O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido e condenou o INSS ao pagamento do benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo mensal, desde a data do ajuizamento da ação, em 12.04.2013, com correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e honorários advocatícios fixados em 10% das prestações vencidas até a data sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ. Sem custas.

Sentença proferida em 18.11.2014, não submetida ao reexame necessário.

Em apelação, o INSS pede a reforma da sentença, ao fundamento de o autor ser estrangeiro e, por conseguinte, não fazer *jus* ao benefício. Requer, ainda, a isenção dos honorários advocatícios, uma vez que não são devidos quando a Defensoria atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertence.

Com contrarrazões, subiram os autos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento da apelação.

Constatado o óbito do autor, em 16/4/2014, o feito foi suspenso por 30 dias para que fosse promovida a habilitação de eventuais herdeiros e sucessores do falecido (fls. 170).

Sobreveio petição da DPU, informando que, nos termos da certidão de óbito apresentada, o autor não foi casado e não teve filhos. Junta documentos de identificação de Angélica Barisevicius, sobrinha do assistido, que informou que os genitores e irmãos também são falecidos. Pede prazo para a realização da habilitação.

Às fls. 181/183, a DPU requerer a habilitação da herdeira Angélica. Junta certidões de óbito dos familiares, passaporte, declaração de inexistência de herdeiros e comprovante de endereço.

Devidamente intimado, o INSS discordou do pedido de habilitação, por entender que não restou comprovado o vínculo entre o autor originário e a suposta herdeira (fls. 196).

Diante da discordância do INSS, a DPU requereu a expedição de ofício ao Cartório de Barretos/SP, para que fossem confirmados os nomes inicialmente registrados dos pais do falecido, e o desarquivamento dos autos do processo n. 0005466-72.2013.4.03.6119, no qual o falecido pediu a expedição de documento de identificação de estrangeiro e cadastro de pessoa física, bem como autorização para residência permanente no Brasil.

Foram juntados os documentos de fls. 210/212, 214/218 e 225/226.

Dada vista ao INSS, quedou-se inerte.

Deferida a habilitação da herdeira às fls. 234/235.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para a obtenção do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF.

O resíduo do Benefício Assistencial deve ser pago nos termos do Decreto 6.214 de 26 de setembro de 2007:

> Art. 23. O Benefício de Prestação Continuada é intransferível, não gerando direito à pensão por morte aos herdeiros ou sucessores.
> Parágrafo único. O valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil.

O fato de ser o autor estrangeiro não impede o deferimento do benefício assistencial, tendo em vista que o art. 7º do Decreto 6.214/2007 assim o assegura aos estrangeiros, desde que naturalizados e domiciliados no Brasil, e não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem. A exclusão dos que têm cobertura previdenciária no país de origem é correta

porque os brasileiros têm a mesma proibição, e nem precisaria estar expressa no Decreto porque decorre do próprio sistema. Entendo que a exigência de naturalização é descabida por duas razões: primeiro, porque não se pode negar assistência a quem dela necessitar, visto que a CF, no art. 5º, não fez essa distinção; segundo, porque, mesmo que tal distinção pudesse ser feita, o Decreto não seria o veículo apropriado.

Amparada está a concessão de benefício assistencial a estrangeiro como, de resto, decidido pelo STF, no julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral nº 587970/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em sessão levada a efeito em 20/4/2014, fixando a tese nos seguintes termos:

> Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais.

O autor, embora sendo estrangeiro, é domiciliado no Brasil há mais de 80 anos e, se cumpridos os requisitos legais, não haveria óbice à prestação do benefício assistencial.

Esta Corte tem decidido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.
> - O benefício de assistência social tem o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias.
> (...)
> - Impertinente a alegação de ausência de direito do estrangeiro ao benefício colimado. De acordo com o *caput* do art. 5º, da CF, é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais, em igualdade de condições com o nacional. Ademais, a assistência social é um direito fundamental, e qualquer distinção fere a universalidade deste direito. Dessa forma não se pode restringir o direito ao amparo social por ter o agravado condição de estrangeiro, vez que, no caso presente, o exame perfunctório revelou que o mesmo se encontra em situação regular e reside no país há mais de 30 (trinta anos), tendo laborado com carteira assinada. Outrossim, aos autos não foram carreados quaisquer documentos aptos a ilidir o decisum em tela.
> Agravo a que se nega provimento.
> (Rel: VERA JUCOVSKY - AG244330 - 8ª TURMA - DJU: 15/02/2006 P: 300)

> CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ARTIGO 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO AO ESTRANGEIRO. ARTIGO 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. ABONO ANUAL INDEVIDO. BENEFÍCIO PERSONALÍSSIMO E INACUMULÁVEL. REVISÃO.
> 1 - A condição de estrangeiro do autor não afasta seu direito à percepção do benefício assistencial ora pleiteado, em razão do princípio constitucional da igualdade e da universalidade que rege a Seguridade Social. Precedente deste Tribunal.
> (...)
> 7 - Apelação improvida.
> (Rel: NELSON BERNARDES - AC - 948588 - 9ª TURMA - DJU: 09/09/2005 P: 720).

Preenchido o requisito idade (65 anos) e demonstrada a insuficiência de recursos para a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, é de se conceder o benefício, nos termos

do artigo 203, V, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.742/93 e Decreto nº 1.744/95.

Não há que se falar em condenação da autarquia na verba honorária, nos termos da Súmula 421 do STJ.

O STJ já se pronunciou sobre a matéria, em recurso repetitivo:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA. PREVIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PAGAMENTO EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença" (Súmula 421 /STJ).
> 2. Também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública. (grifo nosso)
> 3. Recurso especial conhecido e provido, para excluir da condenação imposta ao recorrente o pagamento de honorários advocatícios.
> (Corte Especial - Resp. 1.199.715-RJ, j. 16.02.2011, DJe 12.04.2011).

DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para excluir da condenação os honorários advocatícios fixados em favor da Defensoria Pública da União.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0004337-65.2013.4.03.6108

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ELISÂNGELA PERES MANDELLI (incapaz)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/05/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SERVIDORA EM CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. VINCULADA AO RGPS. ART. 40, §13, da CF/1988. PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. CORREÇÃO DO PBC DO BENEFÍCIO. NECESSIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORATIVA TOTAL E PERMANENTE COMPROVADA. QUALIDADE DE SEGURADA E CARÊNCIA DEMONSTRADAS. DOENÇA INCAPACITANTE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO MANTIDO. DATA DA CESSAÇÃO DO VÍNCULO LABORAL. AUSÊNCIA RECURSO PARTE AUTORA. *REFORMATIO IN PEJUS*. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS.
1. Valor da condenação superior a 60 salários mínimos. Remessa necessária conhecida.
2. Servidora em cargo de provimento em comissão. Vinculada ao RGPS. Art. 40, §13, da CF/1988. Legitimidade passiva do INSS.
3. A Autarquia federal utilizou o período básico de cálculo de 07.01.1993 a 18.10.1994 para a concessão do benefício, devendo corrigir o PBC da aposentadoria por invalidez, com a inclusão dos salários de contribuição do interregno laborado no DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM (DER - de 10.08.2000 a 08.2007) pela parte autora
4. O conjunto probatório demonstra a existência de incapacidade laborativa total e permanente para o trabalho, insuscetível de recuperação e/ou reabilitação profissional, sendo de rigor a concessão da aposentadoria por invalidez.
5. Qualidade de segurada e carência demonstradas. Comprovação de doença incapacitante a impedir os recolhimentos previdenciários. Precedente: (*STJ, AgRg no REsp 1245217/SP, de 12.06.2012).*
6. Termo inicial do benefício mantido na data da cessação do vínculo laboral. Ausente recurso da parte autora. *Reformatio in pejus*.
7. Juros e correção monetária pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR - Taxa Referencial, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux, observado quanto a este o termo inicial a ser fixado pela Suprema Corte no julgamento dos embargos de declaração. Correção de ofício.
8. Honorários advocatícios reduzidos. Fixados em 10% do valor da condenação. Artigo 20, §§ 3º e 4º, Código de Processo Civil/73 e Súmula nº 111 do STJ. Sucumbência recursal. Enunciado Administrativo nº 7/STJ.

9. Sentença corrigida de ofício. Preliminar da parte autora em contrarrazões acolhida. Preliminar do INSS rejeitada. Apelação do INSS e Remessa Necessária providas em parte.

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, de ofício, corrigir a sentença para fixar os critérios de atualização do débito, acolher a preliminar da parte autora suscitada em contrarrazões, rejeitar a preliminar do INSS e, no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação do INSS e à Remessa Necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de abril de 2019.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação objetivando a concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez ou de auxílio doença, previstos nos artigos 42/47 e 59/63 da Lei nº 8.213/91.

A sentença, prolatada em 15.12.2014, julgou procedente o pedido para condenar a autarquia a conceder a aposentadoria por invalidez, a partir da data da cessação do último vínculo empregatício da autora (27.08.2007). Determinou que nos valores em atraso, a partir das respectivas competências, incidirá correção monetária, de acordo com os critérios do Provimento CORE nº 64/2005, e serão acrescidos de juros de mora, a partir da citação, à razão de 12% ao ano, conforme art. 406 do CC/2002 c.c. art. 161, §1º, do CTN. Condenou o réu, também, ao pagamento de honorários de advogado, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos da Súmula 111 do STJ. Sentença submetida ao reexame necessário, nos termos do art. 475, § 2º, do CPC/1973.

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (fls. 88-91 e 93). Implantada a aposentadoria por invalidez com DIB em 06.11.2013 e RMI de R$ 800,54 (fls. 105, 108-109 e 150-151).

Apela o INSS, pleiteando a reforma da sentença, para que o termo inicial da aposentadoria por invalidez seja fixado na data de início da incapacidade laborativa indicada pela perita judicial (20.11.2013). Requer, ainda, a redução do percentual dos honorários advocatícios, e a aplicação do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Petição da parte autora, requerendo a correção do PBC do benefício (fls. 423-425).

Petições do INSS, suscitando matéria de ordem pública, sob alegação da ilegitimidade passiva para responder a presente ação (fls. 431-433, 445-447 e 451).

Parecer do MPF, opinando pelo parcial provimento do recurso da autarquia federal em relação aos juros de mora.

Com contrarrazões, com insurgência do PBC do benefício em preliminar, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

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

Considerando que a sentença foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, passo ao exame da admissibilidade da remessa necessária prevista no seu artigo 475.

Embora não seja possível, de plano, aferir-se o valor exato da condenação, pode-se concluir, pelo termo inicial do benefício (27.08.2007), seu valor aproximado (fls. 108 e 150) e a data da sentença (15.12.2014), que o valor total da condenação supera a importância de 60 (sessenta) salários mínimos, estabelecida no § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil/1973.

Assim, é nítida a admissibilidade, na hipótese em tela, da remessa necessária.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Por primeiro, passo à análise da questão de ordem pública (ilegitimidade passiva) aventada pelo INSS, e da preliminar da parte autora arguida em contrarrazões.

Nota-se exaustivamente evidenciado nos autos (fls. 41, 52-84, 110-142, 331-334, 434-440, 448-449, 452-453 e 460-463) que a autora foi servidora do DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM (DER), em cargo de provimento em comissão, que implica a submissão da requerente ao Regime Geral da Previdência Social, conforme art. 40, §13, da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido: *STF, AG.REG no RE 495684 PA, SEGUNDA TURMA, ReL. Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 15.03.2011, DJe-063 DIVULG 01.04.2011 PUBLIC 04.04.2011 EMENT VOL-02495-01 PP-00127, STF, ACO 1.005 ED, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe: 12.03.2015*.

Em que pese as alegações do INSS, aponto que o extrato do sistema CNIS (fls. 161-163 e 474-477) demonstra os recolhimentos previdenciários à Autarquia federal no período 10.08.2000 a 08.2007, decorrente do vínculo empregatício DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM (DER), de modo que indefiro os pedidos do INSS de fls. 431-433, 445-447 e 451.

Nesse passo, considerando que a Autarquia federal utilizou o período básico de cálculo de 07.01.1993 a 18.10.1994 (fls. 100-102 e 108) para a concessão do benefício, defiro o pedido da demandante (fls. 106-107, 215 e 423-425), para determinar a correção do PBC da aposentadoria por invalidez, com a inclusão dos salários de contribuição do interregno laborado no DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM (DER - de 10.08.2000 a 08.2007) pela parte autora, conforme fls. 52-84, 110-142, 161-163 e 474-476.

Os documentos trazidos pelo ISS em sua "questão de ordem pública" já se encontram nos autos desde o princípio, sendo totalmente descabida e extemporânea a alegação de ilegitimidade neste momento.

Desse modo, rejeito a preliminar suscitada pelo INSS, e acolho a preliminar da parte autora, em contrarrazões, e passo à análise do mérito.

A Lei nº 8.213/91, no artigo 42, estabelece os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, quais sejam: qualidade de segurado, cumprimento da carência, quando exigida, e moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência. O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos artigos 59 a 63 da Lei nº 8.213/91, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

É dizer: a incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que garanta a subsistência enseja a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez; a incapacidade

total e temporária para o exercício de atividade que garanta a subsistência justifica a concessão do benefício de auxílio-doença e a incapacidade parcial e temporária somente legitima a concessão do benefício de auxílio-doença se impossibilitar o exercício do labor ou da atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias pelo segurado.

A condição de segurado (obrigatório ou facultativo) decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes.

O artigo 15 da Lei nº 8.213/91 dispõe sobre as hipóteses de manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições; trata-se do denominado período de graça, durante o qual remanesce o direito a toda a cobertura previdenciária. Também é considerado segurado aquele que trabalhava, mas ficou impossibilitado de recolher contribuições previdenciárias em razão de doença incapacitante.

Nesse passo, acresça-se que no que toca à prorrogação do período de graça ao trabalhador desempregado, não obstante a redação do §2º do artigo 15 da Lei nº 8.213/1991 mencionar a necessidade de registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social para tanto, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Incidente de Uniformização de Interpretação de Lei Federal (Pet. 7.115), firmou entendimento no sentido de que a ausência desse registro poderá ser suprida quando outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal, se revelarem aptas a comprovar a situação de desemprego.

A perda da qualidade de segurado está disciplinada no §4º desse dispositivo legal, ocorrendo no dia seguinte ao do término do prazo para recolhimento da contribuição referente ao mês de competência imediatamente posterior ao final dos prazos para manutenção da qualidade de segurado.

Depreende-se, assim, que o segurado mantém essa qualidade por mais um mês e meio após o término do período de graça, independente de contribuição, mantendo para si e para os seus dependentes o direito aos benefícios previdenciários.

Anote-se que a eventual inadimplência das obrigações trabalhistas e previdenciárias acerca do tempo trabalhado como empregado deve ser imputada ao empregador, responsável tributário, conforme preconizado na alínea a do inciso I do artigo 30 da Lei nº 8.213/91, não sendo cabível a punição do empregado urbano pela ausência de recolhimentos, computando-se, assim, o período laborado para fins de verificação da qualidade de segurado.

Por fim, quanto à carência, exige-se o cumprimento de 12 (doze) contribuições mensais para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, conforme prescreve a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 25, inciso I, *in verbis*: *"Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;"*.

No caso concreto, a perícia judicial (10.01.2014 - fls. 164-183 e 382-383) atesta que a autora, auxiliar de escritório/secretária (fls. 32 e 52), com 37 anos, é portadora de transtorno de personalidade emocionalmente instável, tipo Borderline (limítrofe), apresentando moderado prejuízo funcional total, déficit das funções executivas (capacidade de realizar ações complexas e planejadas, direcionadas à execução de objetivos) em qualquer atividade laboral, perturbação da saúde mental, estando tal patologia não controlada (não estabilizada), apesar do padrão normal de comportamento ter duração não definida, com evolução desfavorável. Conclui pela existência de incapacidade laborativa total, de duração indefinida e omniprofissional, insuscetível de recuperação e/ou reabilitação profissional, fixando o termo inicial da incapacidade laborativa em 20.11.2013 (data do prontuário psiquiátrico).

Nesse passo, verifico que os documentos juntados aos autos (fls. 33-39, 184-197, 230-232, 234-236, 238-241, 243-244, 246, 248-276, 279, 282-287, 289, 291-292, 299-310 e 337-349) demonstram que a parte autora desde pelo menos 1996 (fls. 37, 203, 232, 234 e 239) vem se tratando pela mesma patologia, sem êxito, com agravamento da sua situação clínica e necessidade de internações psiquiátricas (2005 e 2011 - fls. 36, 38, 197, 244 e 249).

Ademais, destaco a interdição da parte autora para os atos da vida civil, desde 13.06.2007, nos autos do processo nº 458.01.2006.001191-7/000000-000, proposto perante o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Piratininga/SP (fls. 19 e 356-368), sendo nomeado seu genitor como curador definitivo em 23.10.2007.

Observo que a parte autora demonstra o cumprimento do requisito legal carência, conforme extrato do sistema CNIS (fls. 161 e 474-477).

Em relação à qualidade de segurada, o extrato do sistema CNIS (fls. 161 e 474-477) evidencia que a autora possuiu vínculos empregatícios no período de 07.01.1993 a 18.10.1994 e de 10.08.2000 a 08.2007, de modo que manteve a qualidade de segurada até 15.10.2008, nos termos do art. 15, II, e § 4º, da Lei nº 8.213/91.

Outrossim, o conjunto probatório (fls. 33-39, 184-197, 238-239, 269vº-275, 279, 282-285, 287 e 291) demonstra que a autora deixou de recolher contribuições à Previdência, após a cessação administrativa do auxílio doença (21.08.2007 - fl. 328), por motivo de doença incapacitante, ressaltando-se a interdição para os atos da vida civil desde 13.06.2007 (fl. 19).

Nesse aspecto, aponto o entendimento do C. STJ, no sentido de que o(a) segurado(a) que deixa de contribuir para a Previdência Social , por estar incapacitado(a) para o labor, não perde a qualidade de segurado(a). Precedente: (*STJ, AgRg no REsp 1245217/SP, de 12.06.2012).*

Portanto, demonstrado que a autora detinha a qualidade de segurada na data da cessação administrativa do auxílio doença (21.08.2007 - fl. 328), na data do requerimento administrativo (02.07.2013 - fls. 29-30 e 152), e na data da propositura da presente ação (18.10.2013 - fl. 02).

Desta feita, evidenciado pelo conjunto probatório a existência de incapacidade total e permanente para o trabalho, insuscetível de recuperação e/ou reabilitação profissional, sendo de rigor a concessão da aposentadoria por invalidez.

No que concerne ao termo inicial do benefício, o E. Superior Tribunal de Justiça, adotando a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil no REsp nº 1.369.165/SP, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, assentou entendimento no sentido de que a citação válida é o marco inicial correto para a fixação do termo "a quo" de implantação de benefício de aposentadoria por invalidez/auxílio-doença concedido judicialmente, quando ausente prévio requerimento administrativo.

Desta feita, considerando que o conjunto probatório (documentos juntados aos autos - fls. 291-292 e 366-368) evidencia a existência de incapacidade laborativa de forma permanente desde 2007, e havendo requerimento administrativo e cessação indevida (21.08.2007 - fl. 328), o termo inicial da aposentadoria por invalidez deveria ser fixado no dia seguinte à data da cessação administrativa do benefício de auxílio doença (22.08.2007).

Contudo, ante a ausência de recurso interposto pela parte autora nesse sentido, e a fim de se evitar *reformatio in pejus,* mantenho o marco inicial da aposentadoria por invalidez como determinado na sentença.

No que tange aos critérios de atualização do débito, por tratar-se de consectários legais, revestidos de natureza de ordem pública, são passíveis de correção de ofício, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA. ART. 5º DA LEI N. 11.960/09. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL: IPCA. JULGAMENTO DE ADI NO STF. SOBRESTAMENTO. INDEFERIMENTO.
.....
5. A correção monetária e os juros de mora, como consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até mesmo de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida na Corte de origem. Logo, não há falar em reformatio in pejus.
.....
(AgRg no AREsp 288026/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OBSERVÂNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO NON REFORMATIO IN PEJUS E DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA QUE NÃO DEPENDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO PARA A CORTE ESTADUAL.
1. A correção monetária, assim como os juros de mora, incide sobre o objeto da condenação judicial e não se prende a pedido feito em primeira instância ou a recurso voluntário dirigido à Corte estadual. É matéria de ordem pública, cognoscível de ofício em sede de reexame necessário, máxime quando a sentença afirma a sua incidência, mas não disciplina expressamente o termo inicial dessa obrigação acessória.
2. A explicitação do momento em que a correção monetária deverá incidir no caso concreto feita em sede de reexame de ofício não caracteriza reformatio in pejus contra a Fazenda Pública estadual, tampouco ofende o princípio da inércia da jurisdição.
3. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1291244/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013)

Assim, corrijo a sentença, e estabeleço que as parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR - Taxa Referencial, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux.

Nesse passo, acresço que os embargos de declaração opostos perante o STF contra tal julgado tem por objetivo único a modulação dos seus efeitos para atribuição de eficácia prospectiva, pelo que o excepcional efeito suspensivo concedido por meio da decisão proferida em 24.09.2018 e publicada no DJE de 25.09.2018, surtirá efeitos apenas no tocante à definição do termo inicial da incidência do IPCA-e, que deverá ser observado quando da liquidação do julgado.

Os honorários de advogado devem ser fixados em 10% do valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso concreto eis que o recurso foi interposto na sua vigência, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, não se aplicando, também, as normas dos §§ 1º a 11º do artigo 85 do CPC/2015, inclusive no que pertine à sucumbência recursal, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal (Enunciado Administrativo nº 7/STJ).

Ante o exposto, de ofício, corrijo a sentença para fixar os critérios de atualização do dé-

bito, acolho a preliminar da parte autora suscitada em contrarrazões, rejeito a preliminar do INSS e, no mérito, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do INSS e à Remessa Necessária, para reduzir o percentual dos honorários advocatícios, nos termos da fundamentação exposta.

Oficie-se ao INSS, para proceder à correção do PBC da aposentadoria por invalidez concedida à parte autora, conforme documentos de fls. 52-84, 110-142, 161-163 e 474-476.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007536-64.2013.4.03.6183

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E MARCIA GALLUCI PINTER
Apelados: OS MESMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/05/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. ENFERMAGEM. AGENTES BIOLÓGICOS. CONVERSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. PROCEDENTE. TERMO *A QUO*. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
I- No que se refere à conversão do tempo de serviço especial em comum, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum*.
II- A documentação apresentada permite o reconhecimento da atividade especial do período pleiteado.
III- Com relação à aposentadoria especial, houve o cumprimento dos requisitos previstos no art. 57 da Lei nº 8.213/91, motivo pelo qual a parte autora faz jus à conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.
IV- O termo inicial de conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo (2/8/11), nos termos do art. 57, § 2º c/c art. 49, da Lei nº 8.213/91.
V- No que tange à prescrição, é absolutamente pacífica a jurisprudência no sentido de que o caráter continuado do benefício previdenciário torna imprescritível esse direito, somente sendo atingidas pela *praescriptio* as parcelas anteriores ao quinquênio legal que antecede o ajuizamento da ação. Todavia, não há que se falar em prescrição no presente caso, uma vez que o termo inicial foi fixado em 2/8/11, ao passo que a ação foi ajuizada em 9/8/13.
VI- Com relação aos índices de atualização monetária, deve ser observado o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947.
VII- A verba honorária fixada, no presente caso, à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado. No que se refere à sua base de cálculo, considerando que o direito pleiteado pela parte autora foi reconhecido somente no Tribunal, passa-se a adotar o posicionamento do C. STJ de que os honorários devem incidir até o julgamento do recurso nesta Corte, *in verbis*: "*Nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça, o marco final da verba honorária deve ser o* decisum *no qual o direito do segurado foi reconhecido, que no caso corresponde ao acórdão proferido pelo Tribunal a quo.*" (AgRg no Recurso Especial nº 1.557.782-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 17/12/15, v.u., DJe 18/12/15).
VIII- Apelação do INSS parcialmente provida. Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de maio de 2019.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação ajuizada em *9/8/13* em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando à *conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial* desde a data do requerimento administrativo (2/8/11), mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades desenvolvidas nos períodos de *16/7/85 a 18/12/01 e 2/1/02 a 2/8/11. Sucessivamente*, pleiteia a conversão dos períodos especiais em comuns e a *revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, "na forma integral"* (fls. 13).

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo julgou parcialmente procedente* o pedido, para, *"reconhecendo o período de 01/02/1992 a 28/04/1995 como tempo especial, convertendo e somando-o aos lapsos já reconhecidos pelo INSS, condenar o Instituto Nacional do Seguro Social a revisar a renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição NB: 157.966.558-3 desde a DIB, em 02/08/2011"* (fls. 134v°), corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora desde a citação. *"Diante da sucumbência mínima da parte autora, condeno o Instituto Nacional do Seguro Social, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, em percentual a ser fixado na fase de liquidação do julgado, nos moldes do artigo 85, 3º e 4º, inciso II, do Novo Código de Processo Civil"* (fls. 135).

Inconformada, apelou a autarquia, requerendo a incidência da correção monetária nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

A parte autora também recorreu, alegando em breve síntese:

- o direito ao enquadramento, como especial, das atividades exercidas nos períodos de *16/7/85 a 18/12/01 e 2/1/02 a 2/8/11* e

- o direito à conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, a partir da data do requerimento administrativo (2/8/11).

- Sucessivamente, pleiteia a conversão da atividade especial em comum e, consequentemente, a revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, *"na forma integral"* (fls. 13), a partir da data do requerimento administrativo (2/8/11), arbitrando os honorários advocatícios até o acórdão.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

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

No que se refere ao *reconhecimento da atividade especial*, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum* (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.310.034-PR).

Quanto aos *meios de comprovação* do exercício da atividade em condições especiais, *até 28/4/95*, bastava a constatação de que o segurado exercia uma das atividades constantes dos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. O rol dos referidos anexos é considerado meramente exemplificativo (Súmula nº 198 do extinto TFR).

Com a edição da Lei nº 9.032/95, *a partir de 29/4/95* passou-se a exigir por meio de formulário específico a comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo perante o Instituto Nacional do Seguro Social.

A Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, ao incluir o § 1º ao art. 58 da Lei nº 8.213/91, dispôs sobre a necessidade da comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes nocivos à saúde do segurado por meio de laudo técnico, motivo pelo qual considerava necessária a apresentação de tal documento a partir de 11/10/96.

No entanto, a fim de não dificultar ainda mais o oferecimento da prestação jurisdicional, passei a adotar o posicionamento no sentido de exigir a apresentação de laudo técnico somente *a partir 6/3/97*, data da publicação do Decreto nº 2.172, de 5/3/97, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Nesse sentido, quadra mencionar os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça: Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Petição nº 9.194/PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, j. em 28/5/14, v.u., DJe 2/6/14; AgRg no AREsp. nº 228.590, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 18/3/14, v.u., DJe 1º/4/14; bem como o acórdão proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 0024288-60.2004.4.03.6302, Relator para Acórdão Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, j. 14/2/14, DOU 14/2/14.

Por fim, observo que o art. 58 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, em seu § 4º, instituiu o *Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP)*, sendo que, com a edição do Decreto nº 4.032/01, o qual alterou a redação dos §§ 2º e 6º e inseriu o § 8º ao art. 68 do Decreto nº 3048/99, passou-se a admitir o referido PPP para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos. Ademais, verifico que, com o advento do Decreto nº 8.123/13, o referido artigo assim dispôs:

> Art. 68. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.
> (...)
> *§ 3º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.*
> § 4º A presença no ambiente de trabalho, com possibilidade de exposição a ser apurada na forma dos §§ 2º e 3º, de agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos, lis-

tados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será suficiente para a comprovação de efetiva exposição do trabalhador.
§ 5º No laudo técnico referido no § 3º, deverão constar informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual, e de sua eficácia, e deverá ser elaborado com observância das normas editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e dos procedimentos estabelecidos pelo INSS.
§ 6º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita às penalidades previstas na legislação.
§ 7º O INSS estabelecerá os procedimentos para fins de concessão de aposentadoria especial, podendo, se necessário, confirmar as informações contidas nos documentos mencionados nos § 2º e 3º.
§ 8º A empresa deverá elaborar e manter atualizado o perfil profissiográfico do trabalhador, contemplando as atividades desenvolvidas durante o período laboral, documento que a ele deverá ser fornecido, por cópia autêntica, no prazo de trinta dias da rescisão do seu contrato de trabalho, sob pena de sujeição às sanções previstas na legislação aplicável.
§ 9º Considera-se perfil profissiográfico, para os efeitos do § 8º, o documento com o histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter o resultado das avaliações ambientais, o nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e os dados administrativos correspondentes.
§ 10. O trabalhador ou seu preposto terá acesso às informações prestadas pela empresa sobre o seu perfil profissiográfico, podendo inclusive solicitar a retificação de informações quando em desacordo com a realidade do ambiente de trabalho, conforme orientação estabelecida em ato do Ministro de Estado da Previdência Social.
(...)

Devo salientar também que o laudo (ou PPP) não contemporâneo ao exercício das atividades não impede a comprovação de sua natureza especial, desde que não tenha havido alteração expressiva no ambiente de trabalho.

Ademais, se em data posterior ao trabalho realizado foi constatada a presença de agentes nocivos, é de bom senso imaginar que a sujeição dos trabalhadores à insalubridade não era menor à época do labor, haja vista os avanços tecnológicos e a evolução da segurança do trabalho que certamente sobrevieram com o passar do tempo.

Quadra ressaltar, por oportuno, que o PPP é o formulário padronizado, redigido e fornecido pela própria autarquia, sendo que no referido documento não consta campo específico indagando sobre a *habitualidade* e *permanência* da exposição do trabalhador ao agente nocivo, diferentemente do que ocorria nos anteriores formulários SB-40, DIRBEN 8030 ou DSS 8030, nos quais tal questionamento encontrava-se de forma expressa e com campo próprio para aposição da informação. Dessa forma, não me parece razoável que a deficiência contida no PPP possa prejudicar o segurado e deixar de reconhecer a especialidade da atividade à míngua de informação expressa com relação à habitualidade e permanência.

Vale ressaltar que o uso de equipamentos de proteção individual - *EPI não é suficiente para descaracterizar a especialidade da atividade*, a não ser que comprovada a real efetividade do aparelho na neutralização do agente nocivo, sendo que, em se tratando, especificamente, do agente ruído, não há, no momento, equipamento capaz de neutralizar a nocividade gerada pelo referido agente agressivo. Nesse sentido, quadra mencionar o julgamento realizado, em sessão de 4/12/14, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na *Repercussão Geral reconhecida*

no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC, de Relatoria do E. Ministro Luiz Fux, no qual foram fixadas duas teses, *in verbis*:

> 1ª tese: "o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete."
> 2ª tese: "na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria." (grifos meus)

Observo, ainda, que a informação registrada pelo empregador no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sobre a eficácia do EPI não tem o condão de descaracterizar a sujeição do segurado aos agentes nocivos. Conforme tratado na decisão proferida pelo C. STF na Repercussão Geral acima mencionada, a legislação previdenciária criou, com relação à aposentadoria especial, uma sistemática na qual é colocado a cargo do empregador o dever de elaborar laudo técnico voltado a determinar os fatores de risco existentes no ambiente de trabalho, ficando o Ministério da Previdência Social responsável por fiscalizar a regularidade do referido laudo. Ao mesmo tempo, autoriza-se que o empregador obtenha benefício tributário caso apresente simples declaração no sentido de que existiu o fornecimento de EPI eficaz ao empregado.

Notório que o sistema criado pela legislação é falho e incapaz de promover a real comprovação de que o empregado esteve, de fato, absolutamente protegido contra o fator de risco. A respeito, é precisa a observação do E. Ministro Luís Roberto Barroso, ao sustentar que *"considerar que a declaração, por parte do empregador, acerca do fornecimento de EPI eficaz consiste em condição suficiente para afastar a aposentadoria especial, e, como será desenvolvido adiante, para obter relevante isenção tributária, cria incentivos econômicos contrários ao cumprimento dessas normas"* (Normas Regulamentadoras relacionadas à Segurança do Trabalho).

Exata, ainda, a manifestação do E. Ministro Marco Aurélio, ao invocar o *princípio da primazia da realidade*, segundo o qual uma verdade formal não pode se sobrepor aos fatos que realmente ocorrem - sobretudo em hipótese na qual a declaração formal é prestada com objetivos econômicos.

Logo, se a legislação previdenciária cria situação que resulta, na prática, na inexistência de dados confiáveis sobre a eficácia ou não do EPI, não se pode impor ao segurado - que não concorre para a elaboração do laudo, nem para sua fiscalização - o dever de fazer prova da ineficácia do equipamento de proteção que lhe foi fornecido. Caberá, portanto, ao INSS o ônus de provar que o trabalhador foi totalmente protegido contra a situação de risco, pois não se pode impor ao empregado - que labora em condições nocivas à sua saúde - a obrigação de suportar individualmente os riscos inerentes à atividade produtiva perigosa, cujos benefícios são compartilhados por toda a sociedade.

Ressalto, adicionalmente, que a Corte Suprema, ao apreciar a Repercussão Geral acima

mencionada, afastou a alegação, suscitada pelo INSS, de ausência de *prévia fonte de custeio* para o direito à aposentadoria especial. O E. Relator, em seu voto, deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar: "*Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei nº 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição*".

Quanto à *aposentadoria especial*, em atenção ao princípio *tempus regit actum*, o benefício deve ser disciplinado pela lei vigente à época em que implementados os requisitos para a sua concessão, sendo que, *in casu*, devem ser observadas as disposições do art. 57 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9032/95:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
> § 1º A aposentadoria especial , observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.
> § 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.
> § 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.
> § 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.
> § 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.
> § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.
> § 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no *caput*.
> § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

Cumpre ressaltar que, no cálculo do salário de benefício da aposentadoria especial, não há a incidência do fator previdenciário, tendo em vista o disposto no inc. II do art. 29 da Lei nº 8.213/91.

Passo à análise do caso concreto.

1) Período: 16/7/85 a 18/12/01.

Empresa: Serviço Social da Indústria do Papel Papelão e Cortiça do Estado de São Paulo

Atividades/funções: Enfermeira, Supervisora de Enfermagem e Coordenadora de Enfermagem.

Descrição das atividades: "Prestar assistência direta ao paciente e responder pelas atividades técnicas de enfermagem na unidade e prestando assistência, orientações e informações aos clientes, visando apoio na recuperação da saúde dos pacientes", "Identificar as necessidades de enfermagem e manter padrões desejáveis de assistência, coordenar e avaliar os serviços de assistência de enfermagem, realizar a contínua capacitação técnica dos profissionais de enfermagem, elaborar e padronizar normas e rotinas específicas, controlar equipamentos, materiais permanentes e de consumo" e *"Desenvolver e implementar normas e rotinas operacionais de enfermagem e coordenar e controlar as atividades técnico-administrativas dos serviços, visando o melhor padrão assistencial e proteção e recuperação da saúde dos pacientes, conforme diretrizes estabelecidas e de acordo com a legislação específica, normas e código de ética do Conselho de Enfermagem"* (fls. 40).

Agente(s) nocivo(s): "Vírus/ Bactérias/" (fls. 40).

Enquadramento legal: Código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64 e Código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79.

Provas: Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fls. 40/42), datado de 26/10/07.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 16/7/85 a 18/12/01, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a agentes biológicos. Observo que o próprio INSS já reconheceu, na via administrativa, a atividade especial de 16/7/85 a 31/1/92 (fls. 52).

2) Período: 2/1/02 a 2/8/11.

Empresa: Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein.

Atividades/funções: Coordenadora de Enfermagem.

Descrição das atividades: "Ter como Norma o Código de Ética Profissional do Sistema COFEN/COREN- SP; - Ter como Norma o Código de Ética Institucional da SBIBAE; - Cumprir e fazer cumprir as políticas, procedimentos, rotinas da Instituição; - Conhecer e participar ativamente de programas de melhoria contínua da qualidade e segurança do paciente; - Participar ativamente na implantação dos Programas Integrados de áreas estratégicas, no monitoramento de seus indicadores, e atuar nas ações de melhoria; - Fazer cumprir as recomendações do SCIH, políticas e padrões institucionais para o controle das infecções hospitalares e participar das decisões do SCIH, quando solicitado; - Participar elaboração do planejamento anual do departamento e executar as ações necessárias; Participar ativamente do plano de contingência do hospital e alocação por especialidade; - Liderar a equipe para a obtenção de melhores resu1tados assistenciais, envolvendo-a no acompanhamento dos indicadores institucionais, discussão e implementação dos processos de melhoria; - Manter a equipe de trabalho atualizada quanto às diretrizes, planejamento e resultados institucionais; - Participar ativamente de projetos institucionais que desenvolvam padrões de prática de enfermagem; - Participar juntamente com a DPA da elaboração de políticas, rotinas e procedimentos, sempre que solicitado; - Atuar pró-ativamente na manutenção do modelo assistencial, propondo melhorias por meio de avaliação crítica do processo assistencial, incluindo o acompanhamento do processo de transmissão de informações acerca do paciente (passagem de plantão), dos registros em prontuário e do conhecimento do caso

pelo enfermeiro, e atuar como um facilitador das relações entre paciente, equipe multiprofissional, médicos e instituição; - Atuar pró-ativamente na melhoria dos processos assistenciais visando otimizar a utilização de recursos e maximizar a segurança, a qualidade e a satisfação do paciente; - Atuar pró-ativamente para avaliar a assistência prestada ao cliente, por meio de visitas a pacientes selecionados (por complexidade, nível de satisfação, recomendações da diretoria e outros) ; - Participar ativamente do desenvolvimento de indicadores, processo de implantação, análise dos resultados e de melhoria da assistência de enfermagem; - Definir os recursos humanos necessários ao funcionamento da unidade, em conjunto com o gestor da área e com área de Planejamento e Otimização de Recursos, conforme critérios previamente definidos pelas Diretorias de Prática Assistencial e Médica; Coordenar a equipe de enfermeiros, técnicos de enfermagem e assistentes de atendimento para atingir as metas traçadas no plano assistencial de acordo com os padrões de prática de enfermagem estabelecidos na instituição; - Atuar de forma humanizada na relação com o paciente, familiar e cliente interno, conforme Filosofia Planetree e diretrizes de qualidade e segurança do paciente" (grifos meus, fls. 40).

Agente(s) nocivo(s): "vírus, fungos e bactérias" (fls. 70).

Enquadramento legal: Código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64 e Código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79.

Provas: Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fls. 69/71), datado de 25/7/13.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 2/1/02 a 2/8/11, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a agentes biológicos, uma vez que a autora mantinha contato com pacientes internados no hospital.

Ressalto, por oportuno, não ser razoável o entendimento de que a exposição ao agente nocivo tenha que se dar de forma ininterrupta , ao longo de toda a jornada de trabalho, de modo que o fato de o demandante não estar exposto a tais agentes na ordem de 100% do tempo não descaracteriza a habitualidade e a permanência da exposição. Nesse sentido bem asseverou o E. Desembargador Federal Rogerio Favreto: *"A habitualidade e permanência do tempo de trabalho em condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física referidas no artigo 57, § 3º, da Lei 8.213/91 não pressupõe a exposição contínua ao agente nocivo durante toda a jornada de trabalho, devendo ser interpretada no sentido de que tal exposição deve ser ínsita ao desenvolvimento das atividades cometidas ao trabalhador, integrada à sua rotina de trabalho, e não de ocorrência eventual, ocasional. Exegese diversa levaria à inutilidade da norma protetiva, pois em raras atividades a sujeição direta ao agente nocivo se dá durante toda a jornada de trabalho, e em muitas delas a exposição em tal intensidade seria absolutamente impossível. A propósito do tema, vejam-se os seguintes precedentes da Terceira Seção deste Tribunal: EINF nº 0003929-54.2008.404.7003, de minha relatoria, D.E. 24/10/2011; EINF nº 2007.71.00.046688-7, Terceira Seção, Relator Celso Kipper, D.E. 07/11/2011"* (TRF-4ªR, 5ª Turma, AC 5045454-18.2014.4.04.7100/RS, j. 16/5/17, vu., grifos meus).

Dessa forma, somando-se os períodos especiais reconhecido nos presentes autos (*16/7/85 a 18/12/01 e 2/1/02 a 2/8/11*) com os períodos já declarados como especiais administrativamente pelo INSS, perfaz a autora mais de 25 anos de atividade especial, motivo pelo qual faz jus à conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

O termo inicial de conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo (2/8/11), nos termos do art. 57, § 2º c/c art. 49, da Lei nº 8.213/91.

Quadra ressaltar que, no que tange à prescrição, é absolutamente pacífica a jurisprudência no sentido de que o caráter continuado do benefício previdenciário torna imprescritível esse direito, somente sendo atingidas pela *praescriptio* as parcelas anteriores ao quinquênio legal que antecede o ajuizamento da ação. Todavia, não há que se falar em prescrição no presente caso, uma vez que o termo inicial foi fixado em 2/8/11, ao passo que a ação foi ajuizada em 9/8/13.

Com relação aos *índices de atualização monetária e taxa de juros*, deve ser observado o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947.

A verba honorária fixada à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado, nos termos do art. 85 do CPC/15 e precedentes desta Oitava Turma.

No que se refere à sua base de cálculo, considerando que o direito pleiteado pela parte autora foi reconhecido somente no Tribunal, passo a adotar o posicionamento do C. STJ de que os honorários devem incidir até o julgamento do recurso nesta Corte, *in verbis*: *"Nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça, o marco final da verba honorária deve ser o decisum no qual o direito do segurado foi reconhecido, que no caso corresponde ao acórdão proferido pelo Tribunal a quo."* (AgRg no Recurso Especial nº 1.557.782-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 17/12/15, v.u., DJe 18/12/15).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do INSS para determinar que os índices de atualização monetária sejam fixados na forma acima indicada e dou provimento à apelação da parte autora para reconhecer a especialidade dos períodos de 16/7/85 a 18/12/01 e 2/1/02 a 2/8/11, condenar o INSS a converter a aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial a partir da data do requerimento administrativo e fixar a verba honorária na forma acima mencionada.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0011719-08.2015.4.03.9999

Apelante: MARIA APARECIDA SEVERIANO SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/05/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE DE RURÍCOLA. TRABALHADORA RURAL. DIARISTA. EXISTÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO.
- O salário-maternidade é benefício previdenciário devido à segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de sua ocorrência ou, ainda, ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013).
- No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade. O benefício será pago durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre: (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013).
- A concessão do benefício independe de carência, nos termos do artigo 26, inciso VI, da Lei nº 8.213/91.
- A trabalhadora rural, diarista, é empregada e segurada da Previdência Social, enquadrada no inciso I, do artigo 11, da Lei nº 8.213/91.
- O conjunto probatório produzido é suficiente e permite a conclusão de que a parte autora trabalhou como rurícola, na forma da Lei de regência (artigo 143 da Lei nº 8.213/91).
- Com relação aos índices de correção monetária e juros de mora deve ser observado o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947.
- Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de maio de 2019.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de ação previdenciária, com vistas à concessão de salário-maternidade.

A sentença julgou improcedente o pedido.

Apelação da parte autora.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

Decisão deste Tribunal anulando a r. sentença (fls. 56/57).

Sobreveio sentença de improcedência do pedido.

Apelação da parte autora. Preliminarmente, requer a nulidade da r. sentença para a realização da prova oral, no mérito, pede a reforma total da r. sentença (fls. 68/76).

Sem contrarrazões da parte autora, subiram os autos a esta E. Corte.

Acórdão deste Tribunal anulando a r. sentença.

Prova testemunhal.

Sobreveio sentença de improcedência do pedido (fls. 94/96).

A parte autora interpôs apelação e aduziu, em síntese, fazer jus ao benefício pleiteado, dado haver preenchido satisfatoriamente os requisitos ensejadores à obtenção do salário-maternidade, motivo pelo qual requer a procedência do pedido, com a condenação da autarquia no ônus da sucumbência (fls. 98/102).

Sem as contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de ação previdenciária proposta com vistas à concessão do benefício de salário-maternidade à trabalhadora rural.

O salário-maternidade está previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988, nos arts. 71 a 73 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e nos arts. 93 a 103 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, consistindo, segundo Sérgio Pinto Martins, *"na remuneração paga pelo INSS à segurada gestante durante seu afastamento, de acordo com o período estabelecido por lei e mediante comprovação médica"* (Direito da Seguridade Social. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 387).

O benefício é devido à segurada da Previdência Social durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, nos termos do art. 71, *caput*, da Lei nº 8.213/91.

> Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Redação dada pala Lei nº 10.710, de 5.8.2003).

> Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)
> § 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)
> § 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)
> Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)
> § 1º O pagamento do benefício de que trata o *caput* deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)
> § 2º O benefício de que trata o *caput* será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre: (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)
> I - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso; (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)
> II - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico; (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)
> III - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)
> IV - o valor do salário mínimo, para o segurado especial. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)
> § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (
> Art. 71-C. A percepção do salário-maternidade, inclusive o previsto no art. 71-B, está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013).
> Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições, sobre a folha de salários.

Depreende-se que para a concessão do referido benefício é necessário que a beneficiária possua a qualidade de segurada e comprove a maternidade.

O artigo 71 da Lei Previdenciária, em sua redação original, apenas contemplava a empregada, urbana ou rural, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica como beneficiárias do salário-maternidade. Este rol foi acrescido da segurada especial pela Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994 e posteriormente, com a edição da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, foram contempladas as demais seguradas da Previdência Social.

A qualidade de segurado, segundo Wladimir Novaes Martinez, é:

> denominação legal indicativa da condição jurídica de filiado, inscrito ou genericamente atendido pela previdência social. Quer dizer o estado do assegurado, cujos riscos estão previdenciariamente cobertos.
> (Curso de Direito Previdenciário - Tomo II. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1998, p. 626).

Apenas as seguradas contribuintes individuais (autônomas, eventuais, empresárias etc.) devem comprovar o recolhimento de pelo menos 10 (dez) contribuições para a concessão do salário-maternidade. No caso de empregada rural ou urbana, trabalhadora avulsa e empregada doméstica tal benefício independe de carência.

Ressalte-se que a trabalhadora rural, diarista, é empregada e segurada da Previdência Social, enquadrada no inciso I, do artigo 11, da Lei 8.213/91. Sua atividade tem características de subordinação e habitualidade, dada a realidade do campo, distintas das que se verificam em atividades urbanas, pois na cidade, onde o trabalho não depende de alterações climáticas e de períodos de entressafra, ao contrário, é possível manter o trabalho regido por horário fixo e por dias certos e determinados.

A trabalhadora em regime de economia familiar, considerada segurada especial, não necessita comprovar o recolhimento de contribuições previdenciárias, bastando apenas demonstrar o exercício da referida atividade nos 12 (doze) meses anteriores ao início do benefício, ainda que de forma descontínua, nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.

Neste sentido o entendimento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

> Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de um salário-mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício (artigo 39, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91). É que nem sempre há contribuição em todos os meses, continuamente, em função da atividade tipicamente sazonal do agricultor, do pecuarista, do pescador, e de outras categorias abrangidas pela hipótese legal.
> (Manual de Direito Previdenciário. 3ª ed., São Paulo; LTr, 2002, p. 390).

O vínculo com a Previdência Social, contudo, não se extingue com a extinção da relação de emprego. Nas hipóteses do art. 15 da lei nº 8.213/91, se mantém por um período de graça, dentro do qual o trabalhador continua sendo segurado da Previdência Social e, portanto, tem direito aos benefícios dela decorrentes, entre eles o salário - maternidade.

Saliento que o Regulamento da Previdência Social foi introduzido no ordenamento jurídico pelo decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, antes, portanto, do advento da lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, que alterou a redação do artigo 71 da lei nº 8.213/91. Quando foi editado, o artigo 97 do decreto nº 3.048/99 não era ilegal, considerando-se a redação anterior do artigo 71. Com a alteração do dispositivo legal, no entanto, perdeu seu suporte de validade e eficácia, não podendo mais ser aplicado pela autarquia previdenciária.

Não há que se falar em criação de novo benefício sem a correspondente fonte de custeio. Pelo que foi exposto até aqui, verifica-se que de novo benefício não se trata, haja vista a expressa previsão legal para concessão do benefício.

Quanto à fonte de custeio, o salário - maternidade, no caso de segurados que estejam no período de graça, será custeado da mesma forma que os demais benefícios concedidos a pessoas que se encontrem em período de graça. Aliás, essa é a própria essência do período de graça previsto na lei - deferir benefícios a pessoas que já contribuíram, mas que não estejam contribuindo no momento da concessão, respeitado o limite de tempo previsto na lei. A se aceitar a tese defendida pelo INSS, perderia o sentido o próprio artigo 15 da lei nº 8.213/91.

No mesmo sentido aqui esposado, admitindo o pagamento do salário - maternidade independentemente da manutenção de relação de emprego, vejam-se os seguintes arestos:

PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SALÁRIO - MATERNIDADE . ART. 15 DA LEI Nº 8.213/91. QUALIDADE DE SEGURADA MANTIDA. BENEFÍCIO DEVIDO.
1. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.
2. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições, àquela que deixar de exercer atividade remunerada pelo período mínimo de doze meses.
3. Durante esse período, chamado de graça, o segurado desempregado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, a teor do art. 15, II, § 3º, Lei nº 8.213/91.
4. Comprovado nos autos que a segurada, ao requerer o benefício perante a autarquia, mantinha a qualidade de segurada, faz jus ao referido benefício.
5. Recurso especial improvido.
(STJ. REsp nº 549.562. 6ª Turma. Relator Ministro Paulo Gallotti. Julgado em 25.06.2004. DJU de 24.10.2005, p. 393)

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SALÁRIO MATERNIDADE . DEVIDO ÀS EMPREGADAS QUE NÃO PERDERAM A QUALIDADE DE SEGURADAS. ART. 15 DA LEI 8.213/91.
1. O artigo 71 da Lei nº 8.213/91 contempla todas as seguradas da previdência com o benefício, não havendo qualquer restrição à desempregada, que mantém a qualidade de segurada.
2. O Decreto nº 3.048/99, ao restringir o salário - maternidade apenas às seguradas empregadas, extrapolou seus limites, dispondo de modo diverso da previsão legal, sendo devido o salário - maternidade à segurada durante o período de graça.
3. Apelação do INSS desprovida.
(TRF 3ª Região. MAS nº 280.767. Relator Desembargador Federal Galvão Miranda. Décima Turma. Julgado em 10.10.2006. DJU de 25.10.2006, p. 618).

Do caso concreto.

Alega a parte autora que exerce atividade rural, como diarista em diversas propriedades rurais, e que permaneceu trabalhando durante a gestação.

Certidões de nascimento e casamento (fls. 16/17).

Para comprovar a atividade rural, a autora colacionou aos autos, a cópia da CTPS do seu marido, com anotações de vínculos rurais (fls. 22/25).

Foram colhidos depoimentos de testemunhas, gravados em mídia digital, que confirmaram o labor campesino da autora, como diarista inclusive durante a gestação.

Assim, o início de prova documental, foi devidamente corroborado pelos depoimentos colhidos em audiência de instrução e julgamento.

Como se depreende de todo o conjunto probatório colacionado, faz jus a autora ao benefício pleiteado, pois restaram amplamente comprovados o aspecto temporal da atividade rural e a maternidade.

O termo inicial do pagamento, para efeito de cálculo sobre o qual incidirá a correção monetária, deve ser aquele previsto no art. 71 da Lei nº 8.213/91, ou seja, 28 (vinte e oito) dias antes do parto.

Em observância ao art. 85 do CPC e à Súmula nº 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, esta Turma firmou o entendimento no sentido de que os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença.

Entretanto, a verba honorária será fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, uma vez que incidirá sobre 4 (quatro) salários-mínimos.

Com relação às custas processuais, o art. 8º da Lei 8.620, de 05.01.93, assim dispõe:

> O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou opoente, gozará das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, inclusive quanto à inalienabilidade e impenhorabilidade de seus bens.
> § 1º O INSS é isento do pagamento de custas, traslados, preparos, certidões, registros, averbações e quaisquer outros emolumentos, nas causas em que seja interessado nas condições de autor, réu, assistente ou opoente, inclusive nas ações de natureza trabalhista, acidentária e de benefícios.
> (...).

Apesar do STJ entender que o INSS goza de isenção no recolhimento de custas processuais, perante a Justiça Federal, nos moldes do dispositivo legal supramencionado, a Colenda 5ª Turma deste Egrégio Tribunal tem decidido que, não obstante a isenção da autarquia federal, consoante o art. 9º, I, da Lei 6032/74 e art. 8º, § 1º, da Lei 8620/93, se ocorreu o prévio recolhimento das custas processuais pela parte contrária, o reembolso é devido, a teor do art. 14, § 4º, da Lei 9.289/96, salvo se esta estiver amparada pela gratuidade da Justiça.

Quanto às despesas processuais, são elas devidas, à observância do disposto no artigo 11 da Lei nº 1060/50, combinado com o artigo 27 do Código de Processo Civil. Porém, a se considerar a hipossuficiência da parte autora e os benefícios que lhe assistem, em razão da assistência judiciária gratuita, a ausência do efetivo desembolso desonera a condenação da autarquia federal à respectiva restituição.

Com relação aos índices de correção monetária e juros de mora deve ser observado o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947.

Ante o exposto, *dou provimento à apelação da parte autora* para julgar procedente o pedido, a fim de condenar o INSS a implantar em favor da parte autora o benefício de salário-maternidade, nos termos do artigo 71 e seguintes da lei nº 8.213/91. No cálculo do salário-maternidade aplicar-se-á a regra prevista no artigo 73, inciso III, da mesma lei. Honorários advocatícios, custas e despesas processuais, correção monetária e juros de mora, conforme acima explicitado.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0025029-81.2015.4.03.9999

Apelante: OTAVIO BARBOSA DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/05/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. ART. 48, "CAPUT", DA LEI Nº 8.213/91. CONTRIBUIÇÃO PARA O REGIME PRÓPRIO CONCOMITANTE AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. BENEFÍCIO INDEVIDO.
1. O benefício de aposentadoria por idade urbana exige o cumprimento de dois requisitos: a) idade mínima, de 65 anos, se homem, ou 60 anos, se mulher; e b) período de carência (art. 48, "caput", da Lei nº 8.213/91).
2. Constatada a presença dos requisitos legais (idade mínima, período de carência e vinculação ao RGPS), mostra-se devida a concessão do benefício de aposentadoria por idade a autor já aposentado pelo regime próprio, desde que excluído o tempo de serviço utilizado para a primeira jubilação.
3. Nesse sentido, não houve o preenchimento de todos os requisitos ensejadores da aposentadoria por idade, de modo que a parte autora não faz jus ao benefício.
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de maio de 2019.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de ação que tramita pelo rito ordinário proposta por OTAVIO BARBOSA DA SILVA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por idade (fls. 02/18).

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fl. 36).

O INSS apresentou contestação às fls. 42/68.

Sentença às fls. 107/108, pela improcedência do pedido.

Inconformada, a parte autora interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, requerendo a reforma integral da sentença, a fim de que lhe seja concedido o benefício de aposentadoria por idade (fls. 112/125).

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Convertido o julgamento em diligência à fl. 132, determinando expedição de ofício à Secretaria de Educação do Estado do Mato Grosso do Sul, a fim de que informasse os períodos de contribuição utilizados pelo requerente para a concessão do benefício de aposentadoria.

Informações prestadas pela Secretaria de Educação do Estado do Mato Grosso do Sul às fls. 141/147, conforme determinado, dando-se ciência às partes, as quais se quedaram inertes (fls. 149/151).

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Pretende a parte autora, nascida em 10.03.1947, o reconhecimento dos períodos em que contribuiu para o Regime Geral de Previdência Social, a fim de que lhe seja concedido o benefício de aposentadoria por idade, a partir do requerimento administrativo (08.01.2008).

Da aposentadoria por idade urbana.

A análise da aposentadoria por idade urbana passa, necessariamente, pela consideração de dois requisitos: a) idade mínima, de 65 anos, se homem, ou 60 anos, se mulher; e b) período de carência, a teor do disposto no art. 48, *caput*, da Lei nº 8.213/91:

> A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher.

Com relação à carência, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 8.213/91, são exigidas 180 contribuições mensais. Todavia, aos segurados que ingressaram na Previdência Social até 24/07/1991, deve-se observar a tabela progressiva delineada no art. 142 da aludida norma.

Finalmente, sobre a possibilidade de concessão de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social a segurado aposentado em regime próprio, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, se o autor permaneceu vinculado ao RGPS e cumpriu os requisitos para nova aposentadoria, excluído o tempo de serviço utilizado para a concessão do primeiro benefício, não há violação do disposto nos arts. 96 e 98 da Lei nº 8.213/1991. Neste sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. INSTITUTO DA CONTAGEM RECÍPROCA. REGIMES DIVERSOS. CONTRIBUIÇÕES A CADA SISTEMA. DUAS APOSENTADORIAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.
> A norma previdenciária não cria óbice a percepção de duas aposentadorias em regimes distintos, quando os tempos de serviços realizados em atividades concomitantes sejam computados em cada sistema de previdência, havendo a respectiva contribuição para cada um deles (AgRg no REsp 1.335.066/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 6/11/2012). Súmula 83/STJ.

> Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1433178/RNAGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2014/0023806-0, Rel Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 20.05.2014, DJe 26.05.2014).

No caso vertente, verifica-se que o autor, nascido em 10.03.1947 (cf. fl. 34), completou a idade mínima para pleitear o benefício em 10.03.2012. Por sua vez, o requerimento administrativo foi apresentado em 08.01.2008 (fl. 33), momento no qual o autor contava somente com 60 (sessenta) anos, não preenchendo, à época, o requisito etário exigido de 65 (sessenta e cinco) anos.

Ademais, no que se refere ao período de carência, a parte autora também não demonstrou satisfazer o critério legal. Conforme ofício expedido pela Secretaria de Educação do Estado do Mato Grosso do Sul às fls. 141/147, o autor se aposentou em Regime Próprio de Previdência Social por meio do cômputo dos seguintes períodos: 15.05.1966 a 13.04.1967, 10.05.1968 a 12.12.1968, 01.06.1969 a 31.12.1969, 01.09.1971 a 31.12.1971, 01.01.1972 a 01.12.1977, 01.03.1979 a 23.09.2003. Nesse sentido, excluindo-se os referidos interregnos para fins de concessão da aposentadoria por idade ora pretendida, a parte autora não demonstrou o recolhimento de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais.

Conclui-se, portanto, pelo não preenchimento de todos os requisitos ensejadores da aposentadoria por idade, de modo que a parte autora não faz jus ao benefício, sendo de rigor a manutenção da r. sentença.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação da parte autora*.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001561-72.2016.4.03.6113

Apelante: JOÃO ROBERTO TAVEIRA DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/05/2019

EMENTA

PREVIDENCIARIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. PROVA PERICIAL EMPRESTADA. CABIMENTO. ATIVIDADE ESPECIAL PARCIALMENTE COMPROVADA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA. BENEFÍCIO CONCEDIDO. JUROS E CORREÇÃO. HONORÁRIOS.
1. Cabe ao juiz determinar a realização das provas necessárias à instrução do feito e, tendo sido possível ao magistrado *a quo* formar seu convencimento através dos documentos juntados, não há que se falar em cerceamento de defesa.
2. Dispõe o art. 57 da Lei nº 8.213/91 que a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos, conforme dispuser a Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
3. O INSS não impugnou a r. sentença, assim, transitou em julgado o *decisum* que considerou atividade especial os períodos de 11/05/1992 a 17/02/1993, 01/10/1995 a 09/12/1995 e 18/03/1996 a 13/09/1996.
4. Entendo ser o laudo técnico apresentado aos autos documento hábil a demonstrar potencial insalubridade decorrente do uso de produtos químicos que envolvem todo o processo de fabricação em indústria de calçados, uma vez que foi realizada *in loco* em empresas ainda ativas e por "similaridade" à atividade exercida pelo autor, devem os períodos ser computados como atividade especial, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.
5. Computando-se apenas os períodos de atividades especiais ora reconhecidos até a data do requerimento administrativo (12/08/2015 fls. 115) perfaz-se *25 anos, 03 meses e 03 dias*, suficientes para a concessão da aposentadoria especial, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.
6. Cumpridos os requisitos legais, *faz jus o autor à concessão da aposentadoria especial a partir de 12/08/2015* (DER fls. 115), momento em que o INSS ficou ciente da pretensão.
7. Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.
8. A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (art. 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015), aplicada a Súmula 111 do C. STJ.
9. Preliminar rejeitada. Apelação do autor parcialmente provida. Benefício concedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, dar parcial provimento à apelação do autor*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de maio de 2019.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada por JOÃO ROBERTO TAVEIRA DA SILVA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria especial (Espécie 46).

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer como especiais os períodos de 11/05/1992 a 17/02/1993, 01/10/1995 a 09/12/1995 e 18/03/1996 a 13/09/1996, condenando o INSS a averbar tais tempos como períodos de atividade especial, com a respectiva conversão para tempo de serviço comum, no prazo de 30 (trinta) dias, após o trânsito julgado. No tocante aos honorários advocatícios, condenou as partes ao pagamento de 10% (dez por cento) sobre a vase de cálculo correspondente a 25% do valor atribuído à causa o INSS e o autor, a 10% (dez por cento) sobre o valor correspondente a 75% do valor atribuído à causa, observada a isenção legal das partes.

Sentença não sujeita ao reexame necessário.

Inconformado, o autor apelou da sentença, alegando cerceamento de defesa, face à necessidade da realização da perícia técnica para fins de comprovação da atividade especial. No mérito, alega ter exercido atividade de natureza insalubre, em indústria de calçados, exposto a agentes nocivos (tolueno), na função de "sapateiro", totalizando mais de 25 (vinte e cinco) anos de atividade especial. Afirma ter juntado aos autos laudo técnico pericial realizado em condições idênticas, o que comprova a agressividade dos agentes a que esteve exposto, fazendo jus à concessão da aposentadoria especial desde o pedido administrativo em 12/08/2015. Requer a reforma de parte do *decisum* ou, caso assim não entenda, pugna pelo retorno dos autos à origem para produção de prova pericial.

Com as contrarrazões e informando o INSS o desinteresse em recorrer, subiram os autos a esta Corte, ocasião em que o recurso foi recebido.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

De início, rejeito a matéria preliminar arguida pelo autor sobre necessidade de produção de prova pericial, pois cabe ao juiz determinar a realização das provas necessárias à instrução do feito e, tendo sido possível ao magistrado *a quo* formar seu convencimento através dos

documentos juntados, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Assim, passo à análise do mérito da demanda.

A concessão da aposentadoria por tempo de serviço, hoje tempo de contribuição, está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91.

A par do tempo de serviço/contribuição, deve também o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu artigo 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado artigo 25, inciso II.

Para aqueles que implementaram os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço até a data de publicação da EC nº 20/98 (16/12/1998), fica assegurada a percepção do benefício, na forma integral ou proporcional, conforme o caso, com base nas regras anteriores ao referido diploma legal.

Por sua vez, para os segurados já filiados à Previdência Social, mas que não implementaram os requisitos para a percepção da aposentadoria por tempo de serviço antes da sua entrada em vigor, a EC nº 20/98 impôs as seguintes condições, em seu artigo 9º, incisos I e II.

Ressalte-se, contudo, que as regras de transição previstas no artigo 9º, incisos I e II, da EC nº 20/98 aplicam-se somente para a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, e não para a integral, uma vez que tais requisitos não foram previstos nas regras permanentes para obtenção do referido benefício.

Desse modo, caso o segurado complete o tempo suficiente para a percepção da aposentadoria na forma integral, faz jus ao benefício independentemente de cumprimento do requisito etário e do período adicional de contribuição, previstos no artigo 9º da EC nº 20/98.

Por sua vez, para aqueles filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98, não há mais possibilidade de percepção da aposentadoria proporcional, mas apenas na forma integral, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres.

Portanto, atualmente vigoram as seguintes regras para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição:

1) Segurados filiados à Previdência Social antes da EC nº 20/98:

a) têm direito à aposentadoria (integral ou proporcional), calculada com base nas regras anteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, e o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 até 16/12/1998;

b) têm direito à aposentadoria proporcional, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que cumprida a carência do artigo 25 c/c 142 da Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço/contribuição dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, além dos requisitos adicionais do art. 9º da EC nº 20/98 (idade mínima e período adicional de contribuição de 40%);

c) têm direito à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco) anos, para os homens, e de 30 (trinta) anos, para as mulheres;

2) Segurados filiados à Previdência Social após a EC nº 20/98:

- têm direito somente à aposentadoria integral, calculada com base nas regras posteriores à EC nº 20/98, desde que completado o tempo de serviço/contribuição de 35 (trinta e cinco)

anos, para os homens, e 30 (trinta) anos, para as mulheres.

In casu, a parte autora requer a concessão da aposentadoria especial prevista nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, alegando ter trabalhado por mais de 25 (vinte e cinco) anos em atividade especial.

Observo que o INSS não impugnou a r. sentença, assim, transitou em julgado o *decisum* que considerou atividade especial os períodos de 11/05/1992 a 17/02/1993, 01/10/1995 a 09/12/1995 e 18/03/1996 a 13/09/1996.

Portanto, a controvérsia nos presentes autos se restringe ao reconhecimento da atividade especial nos demais períodos indicados na inicial.

Atividade Especial:

A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei nº 3.807/60.

Por sua vez, dispõe o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 que a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

O critério de especificação da categoria profissional com base na penosidade, insalubridade ou periculosidade, definidas por Decreto do Poder Executivo, foi mantido até a edição da Lei nº 8.213/91, ou seja, as atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo seriam consideradas penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico, bastando, assim, a anotação da função em CTPS ou a elaboração do então denominado informativo SB-40.

Foram baixados pelo Poder Executivo os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, relacionando os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

Embora o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 tenha limitado a aposentadoria especial às atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o critério anterior continuou ainda prevalecendo.

De notar que, da edição da Lei nº 3.807/60 até a última CLPS, que antecedeu à Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço especial foi sempre definido com base nas atividades que se enquadrassem no decreto baixado pelo Poder Executivo como penosas, insalubres ou perigosas, independentemente de comprovação por laudo técnico.

A própria Lei nº 8.213/91, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu, em seu artigo 152, que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física deverá ser submetida à apreciação do Congresso Nacional, prevalecendo, até então, a lista constante da legislação em vigor para aposentadoria especial.

Os agentes prejudiciais à saúde foram relacionados no Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 (art. 66 e Anexo IV), mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei n 9.528, de 10/12/1997.

Destaque-se que o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, deixou de fazer alusão a serviços considerados perigosos, insalubres ou penosos, passando a mencionar apenas atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, sendo que o artigo 58 do mesmo diploma legal, também em sua redação original, estabelecia que a relação dessas atividades seria objeto de lei específica.

A redação original do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 foi alterada pela Lei nº 9.032/95 sem que até então tivesse sido editada lei que estabelecesse a relação das atividades profissionais

sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, não havendo dúvidas até então que continuavam em vigor os Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência: STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.

É de se ressaltar, quanto ao nível de ruído, que a jurisprudência já reconheceu que o Decreto nº 53.831/64 e o Decreto nº 83.080/79 vigeram de forma simultânea, ou seja, não houve revogação daquela legislação por esta, de forma que, constatando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado (STJ - REsp. n. 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355).

O Decreto nº 2.172/97, que revogou os dois outros decretos anteriormente citados, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 dB(A) como prejudicial à saúde.

Por tais razões, até ser editado o Decreto nº 2.172/97, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 dB(A) como agente nocivo à saúde.

Todavia, com o Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível voltou a ser de 85 dB(A) (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99).

Houve, assim, um abrandamento da norma até então vigente, a qual considerava como agente agressivo à saúde a exposição acima de 90 dB(A), razão pela qual vinha adotando o entendimento segundo o qual o nível de ruídos superior a 85 dB(A) a partir de 05/03/1997 caracterizava a atividade como especial.

Ocorre que o C. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.398.260/PR, sob o rito do artigo 543-C do CPC, decidiu não ser possível a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/03, de modo que no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, em consideração ao princípio *tempus regit actum,* a atividade somente será considerada especial quando o ruído for superior a 90 dB(A).

Nesse sentido, segue a ementa do referido julgado:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.
> Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC
> 1. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.
> 2. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ. Caso concreto
> 3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral.
> 4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.
> (STJ, REsp 1398260/PR, Primeira Seção, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/12/2014)

Destaco, ainda, que o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido, precedentes desta E. Corte (AC nº 2000.03.99.031362-0/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. André Nekatschalow; v.u; J. 19.08.2002; DJU 18.11) e do Colendo Superior Tribunal de Justiça: REsp 584.859/ES, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 05/09/2005 p. 458).

Cumpre ressaltar que a parte autora teve seu pedido de produção de prova pericial indeferido durante a instrução processual, alegando a peculiaridade das empresas do ramo calçadista em Franca/SP e relatando dificuldades na obtenção de formulários, PPP e laudos técnicos para comprovar a especialidade das atividades desenvolvidas durante sua vida, juntou aos autos laudo técnico pericial realizado por solicitação do Sindicato dos Empregados nas Indústrias de Calçados em Franca/SP (fls. 67/114), no qual é relatada as condições de trabalho análogas aos funcionários das indústrias de calçados de Franca, colhido em visita e inspeção ambiental em estabelecimentos de porte e condições similares, com auxílio, inclusive, de especificações detalhadas dos produtos químicos utilizados por essas indústrias e rigorosos critérios de medição.

Desse modo, com base em laudo técnico elaborado em 20/04/2010 por engenheiro de segurança do trabalho José Fernando Ferreira Vieira (CREA/SP 0601259779), devidamente identificado, bem como os PPP acostados às fls. 57/63 e, de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte autora comprovou o exercício de atividade especial nos seguintes períodos:

- 15/10/1976 a 14/02/1978, vez que trabalhou como sapateiro em indústria de calçados, exposto de modo habitual e permanente a agentes químicos (cola de sapateiro/tolueno/acetona), enquadrado no código 1.2.11, Anexo III do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.10, Anexo I do Decreto nº 83.080/79;

- 06/03/1978 a 01/11/1991, 20/12/1993 a 23/03/1995 e 20/12/1995 a 08/03/1996, vez que trabalhou como cortado (vaqueta) em indústria de calçados, exposto de modo habitual e permanente a agentes químicos (cola de sapateiro/tolueno/acetona), enquadrado no código 1.2.11, Anexo III do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.10, Anexo I do Decreto nº 83.080/79;

- 12/01/1998 a 10/03/1998, 01/06/2000 a 20/08/2003, 23/05/2005 a 21/07/2005 e 01/08/2005 a 01/02/2006, vez que trabalhou como cortador em indústria de calçados, exposto de modo habitual e permanente a agentes químicos (cola de sapateiro/tolueno/acetona), enquadrado no código 1.0.17, anexo IV do Decreto nº 2.172/97 e código 1.0.17, Anexo IV do Decreto nº 3.048/99;

- 08/01/2007 a 20/04/2010 (data do laudo), vez que trabalhou como cortador em indústria de calçados, exposto de modo habitual e permanente a agentes químicos (cola de sapato/tolueno e acetona), enquadrado no código, código 1.0.17, Anexo IV do Decreto nº 3.048/99.

Portanto, entendo ser o laudo técnico apresentado aos autos documento hábil a demonstrar potencial insalubridade decorrente do uso de produtos químicos que envolvem todo o processo de fabricação em indústria de calçados, uma vez que foi realizada *in loco* em empresas ainda ativas e por "similaridade" à atividade exercida pelo autor, devem os períodos ser computados como atividade especial, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

Nesse sentido decidiu o Colendo STJ, *in verbis:*

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. DEVIDO ENFREN-

TAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS.
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. Mostra-se legítima a produção de perícia indireta, em empresa similar, ante a impossibilidade de obter os dados necessários à comprovação de atividade especial, visto que, diante do caráter eminentemente social atribuído à Previdência, onde sua finalidade primeira é amparar o segurado, o trabalhador não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção, no local de trabalho, de prova, mesmo que seja de perícia técnica.
3. Em casos análogos, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da prova emprestada, quando esta é produzida com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
Recurso especial improvido.
(RESP 1.397.415/RS, Min. Humberto Martins, DJe: 20/11/2013)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. CÔMPUTO DE TEMPO ESPECIAL. PROVA TÉCNICA. PERÍCIA POR SIMILARIDADE. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE PROVIDO.
1. Em preliminar, cumpre rejeitar a alegada violação do art. 535 do CPC, porque desprovida de fundamentação. O recorrente apenas alega que o Tribunal *a quo* não cuidou de atender o prequestionamento, sem, contudo, apontar o vício em que incorreu. Recai, ao ponto, portanto, a Súmula 284/STF.
2. A tese central do recurso especial gira em torno do cabimento da produção de prova técnica por similaridade, nos termos do art. 429 do CPC e do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/1991.
3. A prova pericial é o meio adequado e necessário para atestar a sujeição do trabalhador a agentes nocivos à saúde para seu enquadramento legal em atividade especial. Diante do caráter social da previdência, o trabalhador segurado não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção da prova técnica.
4. (...).
5. É exatamente na busca da verdade real/material que deve ser admitida a prova técnica por similaridade. A aferição indireta das circunstâncias de labor, quando impossível a realização de perícia no próprio ambiente de trabalho do segurado é medida que se impõe.
6. A perícia indireta ou por similaridade é um critério jurídico de aferição que se vale do argumento da primazia da realidade, em que o julgador faz uma opção entre os aspectos formais e fáticos da relação jurídica sub judice, para os fins da jurisdição.
7. O processo no Estado contemporâneo tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidades do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto.
8. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido.
(STJ - Resp nº 1370229/RS - Segunda Turma - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - Dje 11.03/2014 - RIOBTP vol. 299, p. 157).

Quanto ao período de 21/04/2010 a 15/05/2011, nos quais o autor trabalhou como "cortdor", há que ressaltar que o laudo técnico emprestado juntado aos autos foi elaborado em 20/04/2010, desse modo, imprestável para comprovação da atividade especial no ambiente de trabalho após esta data, uma vez que não se pode presumir que a exposição a agentes nocivos permanecem as mesmas até os dias atuais, devendo assim ser considerado como tempo de serviço comum.

Desse modo, computando-se apenas os períodos de atividades especiais ora reconhecidos até a data do requerimento administrativo (12/08/2015 fls. 115) perfaz-se *25 (vinte e cinco)*

anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias, conforme planilha anexa, suficientes para a concessão da aposentadoria especial, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

Portanto, cumpridos os requisitos legais, *faz jus o autor à concessão da aposentadoria especial a partir de 12/08/2015* (DER fls. 115), momento em que o INSS ficou ciente da pretensão.

Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (art. 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015), aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

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 nº 9.289/1996, art. 24-A da Lei nº 9.028/1995, n.r., e art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/1993).

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei nº 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar e, no mérito, dou parcial provimento à apelação do autor*, para reconhecer a atividade especial exercida de 15/10/1976 a 14/02/1978, 06/03/1978 a 01/11/1991, 20/12/1993 a 23/03/1995, 20/12/1995 a 08/03/1996, 12/01/1998 a 10/03/1998, 01/06/2000 a 20/08/2003, 23/05/2005 a 21/07/2005, 01/08/2005 a 01/02/2006 e 08/01/2007 a 20/04/2010, lhe concedendo o benefício de aposentadoria especial (46) desde a DER, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO
5000197-53.2016.4.03.6121

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
Apelado: SILVIO NEVES HENRIQUE
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/05/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TEMPO ESPECIAL. AUXILIAR/INSPETOR DE SEGURANÇA. USO DE ARMA DE FOGO. RISCOS INERENTES À PROFISSÃO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA IMPLANTAÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL.
- Mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando o reconhecimento de período de atividade especial e a concessão de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição ao impetrante.
- É possível o reconhecimento da atividade especial no interstício de 26/03/1987 a 30/06/2015 - em que a CTPS (ID 6563147 pág. 05) e os Perfis Profissiográficos Previdenciários (ID 6563168 pág. 02/04 e ID 6563167 – pág. 04/07) informam que o requerente exerceu as atividades de auxiliar/inspetor de segurança interna, portado arma de fogo.
- Tem-se que a categoria profissional de vigia/vigilante/segurança é considerada perigosa, aplicando-se o item 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64. Ademais, entendo que a periculosidade das funções de vigilante/segurança é inerente à própria atividade, sendo desnecessária até a comprovação do uso de arma de fogo.
- O impetrante cumpriu a contingência, ou seja, o tempo de serviço por período superior a 25 (vinte e cinco) anos, de modo a satisfazer o requisito temporal previsto no art. 57, da Lei nº 8.213/91.
- O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do requerimento administrativo, em 31/08/2016, momento em que a Autarquia tomou ciência da pretensão do impetrante.
- Não há nesta decisão determinação alguma para pagamento de atrasados, conforme as Súmulas nºs. 269 e 271 do C. STF, devendo as parcelas relativas ao período pretérito à implantação do benefício ser reclamadas administrativamente ou pela via judicial própria.
- Presentes os pressupostos do art. 311 c.c. 497 do Novo CPC/2015, é possível a antecipação da tutela para a averbação do período reconhecido.
- Reexame necessário e apelo da Autarquia improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao reexame necessário e ao apelo do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando, em síntese, o reconhecimento de período de atividade especial e o deferimento de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição.

A sentença concedeu a segurança pleiteada, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar que a autoridade coatora providencie a averbação como especial do período de 26/03/1987 a 30/06/2015 e implante a aposentadoria especial ao impetrante. Honorários advocatícios indevidos (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmulas 105 do STJ e 512 do STF). Custas *ex lege*.

A decisão foi submetida ao reexame necessário.

O INSS apelou pela improcedência do pedido, sustentando que não restou comprovada a especialidade, notadamente do período de 06/03/1997 a 30/06/2015.

Regularmente processados subiram os autos a este E. Tribunal.

O Ministério Público Federal, não vislumbrando a existência de interesse apto a justificar sua manifestação quanto ao mérito da lide, requereu o regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

O Mandado de Segurança, previsto na Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LXIX e disciplinado pela Lei 12.016/2009, busca a proteção de direito "líquido e certo", não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Entende-se por direito líquido e certo aquele que apresenta todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração do mandamus, tratando-se de fatos incontroversos que não reclamem dilação probatória.

In casu, foram carreados aos autos os documentos necessários para a solução da lide.

No mérito, a questão em debate consiste na possibilidade de se reconhecer que o período de trabalho especificado na inicial deu-se sob condições agressivas, para o fim de concessão da aposentadoria especial.

Tal aposentadoria está disciplinada pelos arts. 57, 58 e seus §s da Lei nº 8.213/91, para os períodos laborados posteriormente à sua vigência e, para os pretéritos, pelo art. 35 § 2º da antiga CLPS.

O benefício é regido pela lei em vigor no momento em que reunidos os requisitos para sua fruição, mesmo tratando-se de direitos de aquisição complexa, a lei mais gravosa não pode retroagir exigindo outros elementos comprobatórios do exercício da atividade insalubre, antes não exigidos, sob pena de agressão à segurança, que o ordenamento jurídico visa preservar.

Na espécie, questiona-se o período de 26/03/1987 a 30/06/2015, pelo que a antiga CLPS e a Lei nº 8.213/91, com as respectivas alterações incidem sobre o respectivo cômputo, inclusive

quanto às exigências de sua comprovação.

É possível o reconhecimento da atividade especial no interstício de:

- 26/03/1987 a 30/06/2015 - em que a CTPS (ID 6563147 pág. 05) e os Perfis Profissiográficos Previdenciários (ID 6563168 pág. 02/04 e ID 6563167 – pág. 04/07) informam que o requerente exerceu as atividades de auxiliar/inspetor de segurança interna, portado arma de fogo.

Tem-se que a categoria profissional de vigia/vigilante/segurança é considerada perigosa, aplicando-se o item 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64.

Ademais, entendo que a periculosidade das funções de vigilante/segurança é inerente à própria atividade, sendo desnecessária até a comprovação do uso de arma de fogo.

A orientação desta E. Corte tem sido firme neste sentido.

Confira-se:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. EPI EFICAZ. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONSECTÁRIOS. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA.
> - O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator. - Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. - No presente caso, consoante perfil profissiográfico previdenciário - PPP apresentado, o autor exerceu a atividade de Guarda Civil Municipal, que está enquadrada como especial no Decreto nº 53.831/64 (código 2.5.7), ainda que não tenha sido incluída nos Decretos nºs 83.080/79 e 89.312/84, cujo anexos regulamentares encerram classificação meramente exemplificativa. - Não é necessária a comprovação de efetivo porte de arma de fogo no exercício das atribuições para que a profissão de guarda patrimonial, vigia, vigilante e afins seja reconhecida como nocente, com base na reforma legislativa realizada pela Lei nº 12.740/12, que alterou o art. 193 da CLT, para considerar a atividade de vigilante como perigosa, sem destacar a necessidade de demonstração do uso de arma de fogo. - Na função de vigia, a exposição ao risco é inerente à sua atividade profissional e que a caracterização da nocividade independe da exposição do trabalhador durante toda a jornada, pois que a mínima exposição oferece potencial risco de morte, entendo desnecessário a exigência de se comprovar esse trabalho especial mediante laudo técnico e/ou perfil profissiográfico previdenciário - PPP, após 10.12.97, motivo pelo qual os períodos reconhecidos como especiais, pela r. sentença, merecem manutenção. - Computando-se todo o tempo especial laborado, é de rigor a concessão da aposentadoria especial, com termo inicial na data do requerimento administrativo. - Explicitados os critérios de juros de mora e de atualização monetária e dado provimento ao agravo legal do autor. Improvido o Agravo autárquico.
> (APELREEX 1604415 0007509-50.2011.4.03.9999, Rel. para acórdão Desembargador Federal Souza Ribeiro, Nona Turma - julgado em 13/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 24/10/2014).

Assim, o requerente faz jus ao cômputo do labor exercido em condições agressivas, no interstício mencionado, no entanto, indevida a conversão, já que o pedido é de aposentadoria especial.

Nesse sentido, destaco:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO.
É especial o período trabalhado em atividades classificadas como insalubres no D. 53.831/64 e no D. 83.080/79.
Comprovado o exercício de mais de 25 anos de serviço em atividades especiais, concede-se a aposentadoria especial.
Remessa oficial desprovida.
(TRF - 3ª Região - REOAC 200560020003519 - REOAC - Remessa Ex Officio em Apelação Cível - 1241921 - Décima Turma - DJU data:06/02/2008, pág.: 714 - rel. Juiz Castro Guerra).

É verdade que, a partir de 1978, as empresas passaram a fornecer os equipamentos de Proteção Individual - EPI's, aqueles pessoalmente postos à disposição do trabalhador, como protetor auricular, capacete, óculos especiais e outros, destinado a diminuir ou evitar, em alguns casos, os efeitos danosos provenientes dos agentes agressivos.

Utilizados para atenuar os efeitos prejudiciais da exposição a esses agentes, contudo, não têm o condão de desnaturar atividade prestada, até porque, o ambiente de trabalho permanecia agressivo ao trabalhador, que poderia apenas resguarda-se de um mal maior.

A orientação desta Corte tem sido firme neste sentido.

Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TESTEMUNHAS. DECLARAÇÃO DE EX-EMPREGADOR. ATIVIDADE ESPECIAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DIREITO ADQUIRIDO. COMPROVAÇÃO MEDIANTE LAUDO TÉCNICO. EPI. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRESCINDÍVEL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.
I - (...)
VI - O uso de equipamento de proteção individual - EPI não descaracteriza a natureza especial da atividade, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos.
VII - O caráter insalubre ou perigoso da atividade exercida, por si só, autoriza que o período seja considerado como tempo de serviço especial para fins previdenciários, independentemente do direito trabalhista que o segurado possa ter à percepção do adicional correspondente.
VIII - Não faz jus o autor à aposentadoria por tempo de serviço, vez que não atinge o tempo mínimo necessário para a obtenção do benefício.
IX - Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com suas despesas, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.
X - Remessa oficial e apelação do réu parcialmente providas. (Origem: Tribunal - Terceira Região; Classe: AC - Apelação Cível - 936417; Processo: 199961020082444; UF: SP; Órgão Julgador: Décima Turma; Data da decisão: 26/10/2004; Fonte: DJU, Data: 29/11/2004, página: 397. Data Publicação: 29/11/2004; Relator: Juiz SERGIO NASCIMENTO).

Assentados esses aspectos e feitos os cálculos, tem-se que, considerando-se os períodos de atividade especial, o impetrante cumpriu a contingência, ou seja, o tempo de serviço por período superior a 25 (vinte e cinco) anos, de modo a satisfazer o requisito temporal previsto no art. 57, da Lei nº 8.213/91.

O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do requerimento administrativo, em 31/08/2016, momento em que a Autarquia tomou ciência da pretensão do impetrante.

Esclareça-se, por oportuno, que não há nesta decisão determinação alguma para pagamento de atrasados, conforme as Súmulas nºs. 269 e 271 do C. STF, devendo as parcelas relativas ao período pretérito à implantação do benefício ser reclamadas administrativamente ou pela via judicial própria.

Por fim, presentes os pressupostos do art. 311 c.c. 497 do Novo CPC/2015, é possível a antecipação da tutela para a averbação do período reconhecido.

Pelas razões expostas, *nego provimento ao reexame necessário e ao apelo do INSS.*

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0005274-03.2017.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: FRANCISCO PAULO SOLER
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/05/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. HIDROCARBONETOS AROMÁTICOS, PINTOR DE PISTOLA.
1. Para a obtenção da aposentadoria integral exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.
2. A Emenda Constitucional 20/98 assegura, em seu Art. 3º, a concessão de aposentadoria proporcional aos que tenham cumprido os requisitos até a data de sua publicação, em 16/12/98. Neste caso, o direito adquirido à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda, independentemente de qualquer outra exigência.
3. Em relação aos segurados que se encontram filiados ao RGPS à época da publicação da EC 20/98, mas não contam com tempo suficiente para requerer a aposentadoria - proporcional ou integral - ficam sujeitos as normas de transição para o cômputo de tempo de serviço. Assim, as regras de transição só encontram aplicação se o segurado não preencher os requisitos necessários antes da publicação da emenda. O período posterior à Emenda Constitucional 20/98 poderá ser somado ao período anterior, com o intuito de se obter aposentadoria proporcional, se forem observados os requisitos da idade mínima (48 anos para mulher e 53 anos para homem) e período adicional (pedágio), conforme o Art. 9º, da EC 20/98.
4. Até 29/04/95 a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. A partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10/12/1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física. Após 10/12/1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Quanto aos agentes ruído e calor, o laudo pericial sempre foi exigido.
5. O uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido. (STF, ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11-02-2015 Public 12/02/2015).

6. Possibilidade de conversão de atividade especial em comum, mesmo após 28/05/1998.
7. Admite-se como especial a atividade exercida como marceneiro, exposto a hicrocarbonetos aromáticos, previsto no Decreto 83.080/79, no item 1.2.10 e no Decreto 53.831/64, no item 1.2.11, bem como por exercer a atribuição de pintor de pistola, com previsão no item 2.5.4 do Decreto 53.831/645.
8. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.
9. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.
10. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.
11. Apelação do réu desprovida e remessa oficial, havida como submetida, e recurso adesivo do autor providos em parte.

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 réu e dar parcial provimento à remessa oficial, havida como submetida, e ao recurso adesivo do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de maio de 2019.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de remessa oficial, havida como submetida, de apelação e recurso adesivo interpostos em ação de conhecimento, objetivando o reconhecimento do trabalho em atividade especial de 01/05/75 a 07/04/79, bem como a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, desde o requerimento administrativo.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, reconhecendo o período de trabalho especial de 01/05/75 a 07/04/79, condenando a autarquia a conceder a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, desde o requerimento administrativo (11/11/13), pagar os valores em atraso com juros de mora e correção monetária, e honorários advocatícios de 10% sobre o valor das parcelas devidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Apela a autarquia, pleiteando a reforma da r. sentença.

Por sua vez, em recurso adesivo, a parte autora pleiteia a reforma parcial da r. sentença, quanto à verba honorária.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

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

Para a obtenção da aposentadoria integral exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.

Por sua vez, a Emenda Constitucional 20/98 assegura, em seu Art. 3º, a concessão de aposentadoria proporcional aos que tenham cumprido os requisitos até a data de sua publicação, em 16/12/98. Neste caso, o direito adquirido à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda, independentemente de qualquer outra exigência.

Em relação aos segurados que se encontram filiados ao RGPS à época da publicação da EC 20/98, mas não contam com tempo suficiente para requerer a aposentadoria - proporcional ou integral - ficam sujeitos as normas de transição para o cômputo de tempo de serviço. Assim, as regras de transição só encontram aplicação se o segurado não preencher os requisitos necessários antes da publicação da emenda. O período posterior à Emenda Constitucional 20/98 poderá ser somado ao período anterior, com o intuito de se obter aposentadoria proporcional, se forem observados os requisitos da idade mínima (48 anos para mulher e 53 anos para homem) e período adicional (pedágio), conforme o Art. 9º, da EC 20/98.

A par do tempo de serviço, deve o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do Art. 25, II, da Lei 8213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu Art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 exigidos pela regra permanente do citado Art. 25, II.

A questão tratada nos autos também diz respeito ao reconhecimento do tempo trabalhado em condições especiais com a conversão em tempo comum.

Define-se como atividade especial aquela desempenhada sob certas condições peculiares - insalubridade, penosidade ou periculosidade - que, de alguma forma cause prejuízo à saúde ou integridade física do trabalhador.

A contagem do tempo de serviço rege-se pela legislação vigente à época da prestação do serviço.

Até 29/04/95, quando entrou em vigor a Lei 9.032/95, que deu nova redação ao Art. 57, § 3º, da Lei 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço laborado em condições especiais era feita mediante o enquadramento da atividade no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, nos termos do Art. 295 do Decreto 357/91; a partir daquela data até a publicação da Lei 9.528/97, em 10.12.1997, por meio da apresentação de formulário que demonstre a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física; após 10.12.1997, tal formulário deve estar fundamentado em laudo técnico das

condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho, consoante o Art. 58 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97. Quanto aos agentes ruído e calor, é de se salientar que o laudo pericial sempre foi exigido.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DO PERÍODO LABORADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEI Nº 9.711/1998. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. LEIS NºS 9.032/1995 E 9.528/1997. OPERADOR DE MÁQUINAS. RUÍDO E CALOR. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
> 1. A tese de que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial resta afastada, em razão do dispositivo legal apontado como violado.
> 2. Até o advento da Lei nº 9.032/1995 é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá através dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei nº 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico.
> 3. Contudo, para comprovação da exposição a agentes insalubres (ruído e calor) sempre foi necessário aferição por laudo técnico, o que não se verificou nos presentes autos.
> 4. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice na Súmula nº 7 desta Corte.
> 5. Agravo regimental.
> (STJ, AgRg no REsp 877.972/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 30/08/2010).

Atualmente, no que tange à comprovação de atividade especial, dispõe o § 2º, do Art. 68, do Decreto 3.048/99, que:

> Art. 68 (...)
> § 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001).

Assim sendo, não é mais exigido que o segurado apresente o laudo técnico, para fins de comprovação de atividade especial, basta que forneça o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, assinado pela empresa ou seu preposto, o qual reúne, em um só documento, tanto o histórico profissional do trabalhador como os agentes nocivos apontados no laudo ambiental que foi produzido por médico ou engenheiro do trabalho.

Por fim, ressalte-se que o formulário extemporâneo não invalida as informações nele contidas. Seu valor probatório remanesce intacto, haja vista que a lei não impõe seja ele contemporâneo ao exercício das atividades. A empresa detém o conhecimento das condições insalubres a que estão sujeitos seus funcionários e por isso deve emitir os formulários ainda que a qualquer tempo, cabendo ao INSS o ônus probatório de invalidar seus dados.

Cabe ressaltar ainda que o Decreto 4.827 de 03/09/03 permitiu a conversão do tempo especial em comum ao serviço laborado em qualquer período, alterando os dispositivos que vedavam tal conversão.

Em relação ao agente ruído, os Decretos 53.831/64 e 83.080/79 consideravam nociva à saúde a exposição em nível superior a 80 decibéis. Com a alteração introduzida pelo Decreto n. 2.172, de 05.03.1997, passou-se a considerar prejudicial aquele acima de 90 dB. Posteriormente, com o advento do Decreto 4.882, de 18.11.2003, o nível máximo tolerável foi reduzido para 85 dB (Art. 2º, do Decreto n. 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99).

Estabelecido esse contexto, esclareço que, anteriormente, manifestei-me no sentido de admitir como especial a atividade exercida até 05/03/1997, em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis, e a partir de tal data, aquela em que o nível de exposição foi superior a 85 decibéis, em face da aplicação do princípio da igualdade.

Contudo, em julgamento recente, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão submetida ao rito do Art. 543-C do CPC, decidiu que no período compreendido entre 06.03.1997 e 18.11.2003, considera-se especial a atividade com exposição a ruído superior a 90 dB, nos termos do Anexo IV do Decreto 2.172/97 e do Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível a aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o nível para 85 dB (REsp 1398260/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Por conseguinte, em consonância com o decidido pelo C. STJ, é de ser admitida como especial a atividade em que o segurado ficou exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até 05/03/1997, e 90 decibéis no período entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e, a partir de então até os dias atuais, em nível acima de 85 decibéis.

No que diz respeito ao uso de equipamento de proteção individual, insta observar que este não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF3, AMS 2006.61.26.003803-1, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, DJF3 04/03/2009, p. 990; APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo, 7ª Turma, DJF 29/05/09, p. 391.

Ainda que o laudo consigne a eliminação total dos agentes nocivos, é firme o entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de se garantir que tais equipamentos tenham sido utilizados durante todo o tempo em que executado o serviço, especialmente quando seu uso somente tornou-se obrigatório com a Lei 9732/98.

Igualmente nesse sentido:

> A menção nos laudos técnicos periciais, por si só, do fornecimento de EPI e sua recomendação, não tem o condão de afastar os danos inerentes à ocupação. É que tal exigência só se tornou efetiva em 11 de dezembro de 1998, com a entrada em vigor da Lei nº 9.732, que alterou a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Ademais, é pacífico o entendimento de que a simples referência aos EPI's não elide o enquadramento da ocupação como especial, já que não se garante sua utilização por todo o período abrangido, principalmente levando-se em consideração que o lapso temporal em questões como a presente envolve décadas e a fiscalização, à época, nem sempre demonstrou-se efetiva, não se permitindo concluir que a medida protetória permite eliminar a insalubridade.
> (TRF3, AI 2005.03.00.082880-0, 8ª Turma, Juíza Convocada Márcia Hoffmann, DJF3 CJ1 19/05/2011, p: 1519).

Por demais, em recente julgamento proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal,

em tema com repercussão geral reconhecido pelo plenário virtual no ARE 664335/SC, restou decidido que o uso do equipamento de proteção individual - EPI, pode ser insuficiente para neutralizar completamente a nocividade a que o trabalhador esteja submetido.

A propósito, transcrevo os seguintes tópicos da ementa:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
> (...)
> 11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.
> 12. *In casu*, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. ...
> 13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores.
> 14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.
> 15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário.
> (ARE 664335/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 04/12/2014, DJe-029 DIVULG 11-02-2015 Public 12-02-2015).

Quanto à possibilidade de conversão de atividade especial em comum, após 28/05/98, tem-se que, na conversão da Medida Provisória 1663-15 na Lei 9.711/98 o legislador não revogou o Art. 57, § 5º, da Lei 8213/91, porquanto suprimida sua parte final que fazia alusão à revogação. A exclusão foi intencional, deixando-se claro na Emenda Constitucional nº 20/98,

em seu Art. 15, que devem permanecer inalterados os Arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91 até que lei complementar defina a matéria.

O E. STJ modificou sua jurisprudência e passou a adotar o posicionamento supra, conforme ementa *in verbis*:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA E *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO CONFIGURADOS. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM. POSSIBILIDADE.
> 1. Os pleitos previdenciários possuem relevante valor social de proteção ao Trabalhador Segurado da Previdência Social, sendo, portanto, julgados sob tal orientação exegética.
> 2. Tratando-se de correção de mero erro material do autor e não tendo sido alterada a natureza do pedido, resta afastada a configuração do julgamento extra petita.
> 3. Tendo o Tribunal *a quo* apenas adequado os cálculos do tempo de serviço laborado pelo autor aos termos da sentença, não há que se falar em *reformatio in pejus*, a ensejar a nulidade do julgado.
> 4. O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum.
> 5. Recurso Especial improvido.
> (REsp 956110/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29/08/2007, DJ 22/10/2007, p. 367).

Na conversão do tempo de atividade especial em tempo comum, para fins de aposentadoria por tempo de contribuição, deve ser efetuado o fator de 1,4, para o homem, e 1,2, para a mulher (Decreto 611/92), vigente à época do implemento das condições para a aposentadoria.

Importa mencionar que a necessidade de comprovação de trabalho "não ocasional nem intermitente, em condições especiais" passou a ser exigida apenas a partir de 29/04/1995, data em que foi publicada a Lei 9.032/95, que alterou a redação do Art. 57, § 3º, da lei 8.213/91, não podendo, portanto, incidir sobre períodos pretéritos. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2000.61.02.010393-2, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, 10ª Turma, DJF3 30/6/2010, p. 798 e APELREE 2003.61.83.004945-0, Relator Desembargador Federal Marianina Galante, 8ª Turma, DJF3 22/9/2010, p. 445.

No mesmo sentido colaciono recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE A AGENTES NOCIVOS EXIGIDA SOMENTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI N. 9.032/95. EXPOSIÇÃO EFETIVA AO AGENTE DANOSO. SÚMULA 7/STJ.
> 1. A alegação recursal de que a exposição permanente ao agente nocivo existe desde o Decreto 53.831/64 contrapõe-se à jurisprudência do STJ no sentido de que "somente após a entrada em vigor da Lei nº 9.032/95 passou a ser exigida, para a conversão do tempo especial em comum, a comprovação de que a atividade laboral tenha se dado sob a exposição a fatores insalubres de forma habitual e permanente" (AgRg no REsp 1.142.056/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/9/2012, DJe 26/9/2012).
> 2. Segundo se extrai do voto condutor, o exercício da atividade especial ficou provado e, desse modo, rever a conclusão das instâncias de origem no sentido de que o autor estava exposto de modo habitual e permanente a condições perigosas não é possível sem demandar o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de afronta ao óbice contido na Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.
(STJ, AgRg no AREsp 547.559/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014)

O reconhecimento da contagem de tempo especial não destoa do entendimento adotado pela Corte Suprema, pois não determina que o benefício seja calculado de acordo com normas pertencentes a regimes jurídicos diversos, mas, apenas, que é dever do INSS conceder ao segurado o benefício que lhe for mais favorável, efetuando o cálculo da renda mensal inicial, desde que presentes todos os requisitos exigidos, de acordo com a legislação vigente até a data da EC 20/98, até a edição da Lei nº 9876/99 e até a DER (STF, RE 575089/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 24/10/2008).

Tecidas essas considerações gerais a respeito da matéria, passo à análise da documentação do caso em tela.

Verifico que a parte autora comprovou que exerceu atividade especial no período de 01/05/75 a 07/04/79, laborado na empresa Eduardo Valera Cia Ltda., como marceneiro, exposto a hicrocarbonetos aromáticos, previsto no Decreto 83.080/79, no item 1.2.10 e no Decreto 53.831/64, no item 1.2.11, bem como por exercer a atribuição de pintor de pistola, com previsão no item 2.5.4 do Decreto 53.831/64, conforme o Perfil Profissiográfico Previdenciário e laudo pericial judicial de fls. 47/48 e 143/154.

Somados os períodos de trabalho comum e especial ora reconhecidos, convertido em tempo comum, aos períodos já considerados administrativamente (fls. 54/55), perfaz o autor, até a EC 20/98, 23 anos, 07 meses e 14 dias de serviço.

De acordo com a regra de transição, esse tempo deve ser aumentado para 32 anos, 06 meses e 18 dias de tempo de contribuição (Art. 9º, § 1º, I, b, da Emenda Constitucional nº 20/98).

O autor, nascida em 04/06/57, contava com 32 anos, 08 meses e 29 dias de serviço na data do requerimento administrativo (11/11/13 - fls.59), fazendo jus à aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

Destarte, é de se manter a r. sentença quanto à matéria de fundo, devendo o réu averbar no cadastro do autor como trabalhados em condições especiais o período de 01/05/75 a 07/04/79, conceder o benefício de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição a partir de 11/11/13, e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício

concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91, não podendo ser incluídos, no cálculo do valor do benefício, os períodos trabalhados, comuns ou especiais, após o termo inicial/data de início do benefício - DIB.

Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do réu e dou parcial provimento à remessa oficial, havida como submetida, e ao recurso adesivo do autor para adequar os consectários legais e os honorários advocatícios.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0025009-85.2018.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, ADRIAN FELIPE MARTINS BORGES (incapaz) E GUSTAVO WILQUER MARTINS BORGES (incapaz)
Apelados: OS MESMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. EXECUÇÃO. LEVANTAMENTO DE VALORES ATRASADOS PELA GENITORA DE FILHOS MENORES. POSSIBILIDADE.
- Nos termos do que preceitua o artigo 110 da Lei nº 8.213/91, o benefício devido ao segurado ou dependente civilmente incapaz será feito ao cônjuge, pai, mãe, tutor ou curador.
- Da mesma forma, o artigo 1.689, em seu inciso II, do Código Civil, determina que o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar tem a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.
- No caso, os autores Gustavo Wilquer Martins Borges e Adrian Felippe Martins Borges, se encontram devidamente representados por sua genitora, Adriana D Amico Martins, e não se encontra evidenciado conflito de interesses entre as partes, razão pela qual não se justifica a retenção do crédito oriundo da presente ação em conta judicial.
- O auxílio-reclusão visa resguardar aos dependentes do recluso o direito à percepção de valores mensais para as suas necessidades básicas, de modo a não permanecerem desamparados no período que o segurado se encontra recluso.
- Assim sendo, tendo em vista o caráter alimentar do benefício, e não evidenciado o conflito de valores entre os dependentes e sua representante legal, não se justifica a referida retenção em conta judicial, sob pena de privação de quantia que já deveria ter sido paga mensalmente pelo INSS, para o suprimento das despesas básicas dos suplicantes.
- Ressalte-se que, constatado abuso por parte dos pais, os demais parentes e o próprio Ministério Público poderão requerer ao Juiz a suspensão do poder familiar, de modo a evitar que o patrimônio da incapaz seja dilapidado injustificadamente, nos termos do artigo 1.637, do Código Civil.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de abril de 2019.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de apelação em execução de sentença, nos autos da ação de natureza previdenciária ajuizada contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

A r. sentença julgou extinta a presente ação, no tocante aos valores em atraso devidos às partes, com fulcro no artigo 924, II, do Código de Processo Civil. Determinou a expedição de alvará, autorizando o patrono a proceder ao levantamento da sucumbência. Quanto ao valor principal, devido aos exequentes, a fim de resguardar os interesses do incapaz, acolheu a manifestação do representante do Ministério Público (fls. 110), para que o valor referente ao principal fosse mantido em conta judicial, devendo ser levantado somente se comprovada a necessidade para a subsistência do requerente ou para aplicação em manifesto proveito e interesse deste.

Inconformada, apela a parte autora, sob o argumento de que o valor do benefício de auxílio-reclusão devido aos dependentes do recluso é revestido de caráter alimentar e que, se o benefício fosse concedido pelo INSS, tais valores já teriam sido pagos mensalmente, desde o início do período vindicado. Pede a reforma da r. sentença, para que sejam liberados os valores devidos aos autores, afastando-se a necessidade de realizar depósito em conta judicial vinculada ao juízo.

Parecer do MPF pelo provimento do recurso (fls. 147/148).

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta instância para decisão.

É o sucinto relato.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Inicialmente, tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

DO TÍTULO EXECUTIVO.

O Instituto Nacional do Seguro Social foi condenado a conceder à parte autora o benefício de auxílio-reclusão no valor de 100% sobre o salário-de-benefício, durante o período do cárcere de 09/02/2011 a 24/06/2015, acrescido dos consectários que especifica. Condenado o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Foi certificado o trânsito em julgado em 20/09/2017 (fls. 57).

O INSS, em sede de execução invertida, apresentou cálculos de liquidação, totalizando R$45.172,66 (quarenta e cinco mil, cento e setenta e dois reais e sessenta e seis centavos), para 11/2017 (fls. 73/77).

Instada a se manifestar, a parte autora concordou com os cálculos ofertados, sendo estes homologados pelo magistrado *a quo* (fls. 83/86).

Após a expedição dos competentes ofícios requisitórios e manifestação das partes, o feito foi sentenciado, sendo decretada a extinção da execução, ante a quitação integral do débito, todavia, sendo determinado que o valor principal devido aos autores fosse mantido em conta judicial (fls. 112).

Passo à análise.

O benefício de auxílio-reclusão é devido aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, pensão por morte, salário-maternidade, aposentadoria ou abono de permanência em serviço.

Preceitua o artigo 110 da Lei nº 8.213/91:

> Art. 110. O benefício devido ao segurado ou dependente civilmente incapaz será feito ao cônjuge, pai, mãe, tutor ou curador, admitindo-se, na sua falta e por período não superior a 6 (seis) meses, o pagamento a herdeiro necessário, mediante termo de compromisso firmado no ato do recebimento.

Da mesma forma, o artigo 1.689, em seu inciso II, do Código Civil, determina que o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar tem a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

No caso, os autores Gustavo Wilquer Martins Borges e Adrian Felippe Martins Borges, se encontram devidamente representados por sua genitora, Adriana D Amico Martins, e não se encontra evidenciado conflito de interesses entre as partes, razão pela qual não se justifica a retenção do crédito oriundo da presente ação em conta judicial.

O intuito da referida benesse é resguardar aos dependentes do recluso o direito à percepção de valores mensais para as suas necessidades básicas, de modo a não permanecerem desamparados no período que o segurado se encontra recluso.

Assim sendo, tendo em vista o caráter alimentar do benefício, e não evidenciado o conflito de valores entre os dependentes e sua representante legal, não se justifica a referida retenção em conta judicial, sob pena de privação de quantia que já deveria ter sido paga mensalmente pelo INSS, para o suprimento das despesas básicas dos suplicantes.

Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. LEVANTAMENTO DE VALORES ATRASADOS PELA GENITORA DE BENEFICIÁRIA MENOR. POSSIBILIDADE.
> 1. Nos termos do artigo 110, da Lei nº 8.213/91, o benefício devido ao segurado ou dependente civilmente incapaz será feito ao cônjuge, pai, mãe, tutor ou curador.
> 2. Não havendo indícios de qualquer conflito de interesses entre a segurada incapaz e sua genitora, bem como considerando o caráter alimentar da verba em discussão, de rigor a reforma da decisão agravada, permitindo-se o levantamento da quantia depositada.
> 3. Constatado abuso por parte dos pais, os demais parentes e o próprio Ministério Público poderão requerer ao Juiz a suspensão do poder familiar, de modo a evitar que o patrimônio da incapaz seja dilapidado injustificadamente, nos termos do artigo 1.637, do Código Civil.
> 4. Agravo de instrumento provido.
> (TRF3ª Região, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO/SP 5007339-70.2018.4.03.0000, Relator(a) Desembargador Federal NELSON DE FREITAS PORFIRIO JUNIOR, Órgão Julgador 3ª Seção, Data do Julgamento 13/09/2018, Data da Publicação/Fonte e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/09/2018).

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO POR MORTE. EXECUÇÃO. LEVANTAMENTO DOS VALORES DEVIDOS AOS FILHOS MENORES.
> I - Desnecessário o depósito judicial, podendo ser imediatamente levantadas pelo represen-

tante legal dos autores as quantias relativas às prestações em atraso do benefício de pensão por morte da genitora, correspondentes às quotas partes dos filhos menores.
II - Por se tratar de verba de caráter alimentar, mesmo se tratando de menores, civilmente incapazes, pode ser paga ao genitor, representante legal dos filhos, nos termos do artigo 110 da Lei nº 8.213/91, da mesma forma que teria ocorrido se a pensão houvesse sido paga mensalmente.
III - Agravo de instrumento interposto pelos autores provido.
(AI 201103000017883, JUIZ SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:08/06/2011 PÁGINA: 1567.)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE. EXECUÇÃO. INTERVENSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEVANTAMENTO, PELA AUTORA GENITORA, DOS VALORES DEVIDOS AOS FILHOS MENORES. POSSIBILIDADE.
- Descabida a negativa do juízo *a quo*, diante da intervenção do Ministério Público, de levantamento de depósito integral pela autora genitora, de valor proveniente de revisão de pensão por morte, em face da retenção da quantia pertencente aos filhos menores, bem como a determinação de regularização da representação processual da filha mais velha, que atingira a maioridade civil.
- Tratando-se de verba de caráter alimentar, necessária ao sustento dos incapazes que, após a morte do genitor, contavam com 06 e 05 anos, os mais velhos, e apenas um mês de idade, o mais novo, a mãe, como representante legal dos menores, tendo provido suas necessidades, tem direito ao levantamento total dos valores indevidamente sonegados.
- Embora o benefício atualmente esteja extinto em relação à mãe, porque reconhecido seu direito somente até 1982, e quanto aos filhos, porque atingiram a maioridade, a filha mais velha, quando obstado o levantamento do depósito, entre fevereiro e março de 1994, ainda não havia completado a maioridade civil.
- Se era direito da mãe efetuar o levantamento, e se sustentou os filhos com recursos próprios, privando-se da pensão previdenciária, deve ser ressarcida com o levantamento integral do depósito, pouco importando que todos os filhos tenham atingido a maioridade, pois a questão deve ser julgada de acordo com as circunstâncias existentes no momento em que originada a controvérsia.
- Agravo de instrumento a que se dá provimento para autorizar o levantamento do valor integral depositado, com a aplicação da devida correção monetária e incidência de juros de mora, pela agravante genitora.
(AG 95030827329, JUIZA THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, DJU DATA:05/09/2007 PÁGINA: 276.)

Ressalte-se que, constatado abuso por parte dos pais, os demais parentes e o próprio Ministério Público poderão requerer ao Juiz a suspensão do poder familiar, de modo a evitar que o patrimônio da incapaz seja dilapidado injustificadamente, nos termos do artigo 1.637, do Código Civil.

Ante o exposto, *dou provimento à apelação*, para autorizar o levantamento do valor integral depositado.

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0007954-05.2010.4.03.9999

Apelante: FRANCISCO LUIZ JASKULSKI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/05/2019

EMENTA

PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - PRECATÓRIO - SALDO REMANESCENTE - JUROS DE MORA - REPERCUSSÃO GERAL - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - TERMO FINAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA - COISA JULGADA.
I - No acórdão impugnado foi adotado o entendimento de que se encontra acobertada pela coisa julgada a questão relativa à possibilidade de aplicação de juros de mora após a data da conta de liquidação, tendo em vista a ocorrência do trânsito em julgado do título judicial, pelo qual foi dado parcial provimento à apelação da parte autora, tendo sido expressamente consignado que, na hipótese, os juros de mora, incidem, a partir da citação, de forma globalizada para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV.
II - Em respeito à coisa julgada não se aplicam ao feito em curso os efeitos do julgamento do RE 579.431/RS, restando afastada a possibilidade de retratação.
III - Determinada a remessa dos autos à Vice-Presidência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, determinar a remessa dos autos à Vice-Presidência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de maio de 2019.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de reexame previsto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, em face de V. acórdão desta Décima Turma, que afastou a possibilidade da incidência de juros de mora no período posterior à data da conta de liquidação.

Interposto o recurso especial pela parte exequente, a admissibilidade foi examinada pela C. Vice-Presidência desta Corte, a qual determinou o sobrestamento do feito até o pronunciamento definitivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.143.677/RS, representativo de controvérsia.

Em relação ao recurso extraordinário, também interposto pelo exequente, foi determinado o sobrestamento do feito até o trânsito em julgado de decisão no RE 579.431/RS, vinculado ao tema 96.

Com o julgamento do aludido paradigma pela Egrégia Corte Superior os autos foram encaminhados pela E. Vice-Presidência deste sodalício a esta 10ª Turma para a apreciação de eventual Juízo de retratação, sob o fundamento de que o acórdão guerreado teria, em princípio, destoado do entendimento sufragado pelo E. STF no julgamento do RE nº 579.431/RS, no qual a Suprema Corte firmou a tese de que incidem juros de mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Relembre-se que pretende a parte exequente a inclusão de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a inscrição do requisitório no orçamento.

A questão a respeito da inclusão de juros de mora na atualização de precatório ou requisição de pagamento valor restou pacificada pelo E. STF, com o julgamento do mérito do RE 579.431/RS, com trânsito em julgado em 16.08.2018, cuja ementa a seguir colaciono:

> JUROS DA MORA - FAZENDA PÚBLICA - DÍVIDA - REQUISIÇÃO OU PRECATÓRIO.
> Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.
> (RE 579431, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-145 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)

No entanto, no caso em comento, foi adotado pelo *decisum* hostilizado o entendimento de que se encontra acobertada pela coisa julgada a questão relativa à possibilidade de aplicação de juros de mora após a data da conta de liquidação, tendo em vista a ocorrência do trânsito em julgado do título judicial (fl. 131vº), pelo qual foi dado parcial provimento à apelação da parte autora, tendo sido expressamente consignado que, na hipótese, os juros de mora, incidem, a partir da citação, de forma globalizada para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV.

Desse modo, não se aplicam ao feito em curso os efeitos do julgamento do Recurso Extraordinário 579.431/RS, em face da obediência à coisa julgada.

Assim, não se nota qualquer contraste entre o julgamento proferido por esta 10ª Turma e a orientação do E. STF, restando afastada a possibilidade de retratação.

Diante do exposto, *determino sejam os presentes autos remetidos à Vice-Presidência.*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0012900-18.2012.4.03.6000

Apelante: SINDICATO DOS TRABALHADORES PÚBLICOS FEDERAIS NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – SINDSEP/MS
Apelado: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/04/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AGRAVO RETIDO. SINDICATO. LEGITIMIDADE PARA PROMOVER A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOS SUBSTITUÍDOS EM JUÍZO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO PROVIDA.
1. Apelação interposta por Sindicato dos Trabalhadores Públicos Federais no Mato Grosso do Sul - SINDSEP/MS contra sentença que declarou a extinção do feito sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam*, nos termos do art. 267, VI, CPC; condenado o sindicato-autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios de 10% do valor atribuído à causa.
2. Agravo retido: o fato de a pessoa jurídica ter ou não fins lucrativos não decorre necessariamente a conclusão de que esteja necessitada ou não possua recursos para pagar as despesas processuais sem prejuízo das atividades para as quais foi criada. Intelecção da Súmula 481 do STJ.
3. Legitimidade ativa: os sindicatos têm legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos e interesses da categoria que representam, independentemente de expressa autorização, a teor do que dispõe o art. 8º, III, da Constituição Federal de 1988.
4. Quanto à natureza do direito pleiteado nos autos, amolda-se à hipótese de direitos individuais homogêneos, na forma da conceituação do art. 81, III, Código de Defesa do Consumidor, "*assim entendidos os decorrentes de origem comum*", "*ou seja os direitos nascidos em consequência da própria lesão, ou, mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é post factum (fato lesivo)*" (Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, 7ª edição, Editora Juspodivm, p. 78).
5. O objeto da ação - providência judicial que garanta a revisão dos proventos de aposentadoria e pensão dos substituídos - em virtude de inércia da Administração pública (ré Fundação Nacional do Índio - FUNAI) em promover o reajuste remuneratório, a fim de evitar a perda de seu poder aquisitivo real, revela o elo em comum aos servidores-substituídos.
6. Agravo retido desprovido. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento ao agravo retido* e *dar provimento à apelação* para reconhecer a legitimidade ativa

ad causam do Sindicato-apelante, revertendo a sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito, devendo a tramitação processual ser restaurada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de março de 2019.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de Apelação interposta por Sindicato dos Trabalhadores Públicos Federais no Mato Grosso do Sul - SINDSEP/MS contra sentença de fls. 210/214, que declarou a extinção do feito sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam*, nos termos do art. 267, VI, CPC; condenado o sindicato-autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios de 10% do valor atribuído à causa.

Em suas razões recursais (fls. 218/228), o sindicato-autor sustenta ser evidente sua legitimidade ativa *ad causam*, "*uma vez que atua, na espécie, na qualidade de representante de seus associados, cuja hipótese é de legitimação extraordinária, prevista no artigo 6º do CPC, nos termos do poder que a Constituição Federal, em seu artigo 8º, inciso III, conferiu aos sindicatos para ingressarem em juízo na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais da categoria*". Afirma que "*os requisitos indicados pelo Magistrado Singular, à legitimação do Autor estão todos satisfeitos, haja vista que o direito em debate nos autos é representado por interesses de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis, cuja lesão decorre de origem comum*". Aduz que os titulares do direito pleiteado são identificáveis, o objeto da ação é divisível e tem origem comum e, verificando-se a existência de interesse individual homogêneo, é forçoso reconhecer a legitimidade do sindicato para propor esta ação coletiva, como substituto processual dos servidores públicos federais. Requer a apreciação do agravo retido, a fim de se conceder assistência judiciária gratuita ao recorrente.

No agravo retido de fls. 148/155 o Sindicato insurge-se contra o indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita, alegando que "*em se tratando de entidade sem fins lucrativos, como é o caso das entidades sindicais, a concessão da assistência judiciária gratuita não exige qualquer tipo de prova*".

Com as contrarrazões de fls. 232/237, subiram os autos a esta Corte Regional.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Do agravo retido

O agravo retido tem por objetivo reverter decisão indeferitória dos benefícios de assistência judiciária gratuita.

Quanto ao pedido de gratuidade de justiça, o art. 5º, LXXIV, da CF/88, e a Lei nº 1.060/50 (esta vigente à época da decisão impugnada), são voltados primordialmente a pessoas físicas.

Não obstante, o STF, admite, por analogia, a aplicação do benefício a pessoas jurídicas que comprovem insuficiência de recursos ou necessidade (Rcl-ED-AgR 1905/SP, Relator Min. MARCO AURÉLIO, j. 15/08/2002).

O STJ tem trilhado o mesmo caminho em relação a pessoas jurídicas sem fins lucrativos e se dedicam a atividades beneficentes, filantrópicas, pias, ou morais, bem como às microempresas familiares ou artesanais, sendo indispensável a comprovação da situação de necessidade, em qualquer hipótese.

Com efeito, do fato de a pessoa jurídica ter ou não fins lucrativos não decorre necessariamente a conclusão de que esteja necessitada ou não possua recursos para pagar as despesas processuais sem prejuízo das atividades para as quais foi criada. Eis os precedentes jurisprudenciais ilustrativos:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR SINDICATO. PRETENSÃO AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA, POR PRESUNÇÃO DE POBREZA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE O INDEFERE, AO ARGUMENTO DE QUE NECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA, MORMENTE DIANTE DO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. SÚMULA N. 481 DO STJ. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ. 1. A Corte Especial sedimentou, na Súmula n. 481 do STJ, o entendimento de que "faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais". 2. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 333640/MG, Relator Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 17/09/2013)

> PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. ENTIDADE SEM FIM LUCRATIVO. SINDICATO. PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE. 1. É firme no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que as entidades com ou sem fins lucrativos apenas fazem jus à concessão do benefício da justiça gratuita se comprovarem a impossibilidade de arcar com os encargos do processo. 2. Ademais, *in casu*, o Tribunal local negou a concessão dos benefícios da justiça gratuita previstos na Lei 1.060/1950, com base no conjunto fático-probatório dos autos. Logo, é inviável alterar o posicionamento firmado no acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 306079/MG, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 24/06/2013)

> ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS. SINDICATOS. COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE NECESSIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE. (SÚMULA 481/STJ). SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. O entendimento consolidado no âmbito desta Corte Superior é no sentido de ser cabível a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, que demonstrarem a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais (Súmula 481/STJ), não sendo aplicável a presunção juris tantum de que trata o artigo 4º da Lei nº 1.060/1950. 2. Infirmar a conclusão do acórdão recorrido no sentido de que "não restou comprovada a falta de condição econômica do sindicato (ADUFRGS) para demandar judicialmente", exigiria novo exame do acervo probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1216140/RS, Relator Min. SÉRGIO KUKINA, DJE 05/03/2013)

Tal entendimento, inclusive, restou consolidado no enunciado da Súmula 481 daquele Tribunal:

> *Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.*

O pedido de concessão de assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica é possível desde que se comprove, de maneira inequívoca, situação de precariedade financeira que impossibilite o pagamento das custas judiciais.

No caso dos autos, não tendo o sindicato-apelante demonstrado a necessidade de litigar ao amparo da justiça gratuita, correta a decisão que indeferiu a concessão do benefício.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido.

Passo ao exame das teses da apelação.

Da legitimidade do Sindicato-autor

Os sindicatos têm legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos e interesses da categoria que representam, independentemente de expressa autorização, a teor do que dispõe o art. 8º, III, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
> (...)
> III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

A jurisprudência assentou entendimento segundo o qual os sindicatos possuem ampla legitimidade para atuarem como substitutos processuais da categoria, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, na fase de conhecimento, na liquidação e na execução, sendo dispensável autorização expressa dos substituídos.

Nessa linha, trata-se, no caso, de substituição, não representação processual:

> Consoante exposto pelo em. Ministro Roberto Barroso, na decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 971444, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a legitimidade das associações é diversa da legitimidade dos sindicatos, porquanto para esses últimos há substituição processual propriamente dita, razão pela qual é desnecessário autorização expressa dos substituídos. De modo diverso, as associações regulam-se pela representação, exigindo a Constituição a existência de autorização para defesa em juízo dos interessados dos associados. (EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1168247/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017)

Desse modo, a legitimação do sindicato não está adstrita à autorização dos servidores ou limitação de lista ou geográfica (nos termos do art. 8º, III, da CF), ainda que se trate de pretensão pertinente a apenas parte da categoria respectiva (Súmula nº 630/STF), consoante já assentando pelo Pretório Excelso, em sede de repercussão geral:

> Realmente, a legitimidade das entidades associativas para promover demandas em favor de seus associados tem assento no art. 5º, XXI da Constituição Federal e a das entidades sindicais está disciplinada no art. 8º, III, da Constituição Federal. Todavia, em se tratando

> de entidades associativas, a Constituição subordina a propositura da ação a um requisito específico, que não existe em relação aos sindicatos, qual seja, a de estarem essas associações "expressamente autorizadas" a demandar. É diferente, também, da legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo, prevista no art. 5º, LXX da Constituição, que prescinde da autorização especial (individual ou coletiva) dos substituídos (Súmula 629 do STF), ainda que veicule pretensão que interesse a apenas parte de seus membros e associados (Súmula 630 do STF e art. 21 da Lei 12.016/2009). 4. Pois bem, se é indispensável, para propor ação coletiva, autorização expressa, a questão que se põe é a que diz com o modo de autorizar 'expressamente': se por ato individual, ou por decisão da assembléia de associados, ou por disposição genérica do próprio estatuto. Quanto a essa questão, a resposta que tem sido dada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não basta a autorização estatutária genérica da entidade associativa, sendo indispensável que a declaração expressa exigida pela Constituição (art. 5º, XXI) seja manifestada ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembléia da entidade.
> (RE 573232 [repercussão geral], rel. min. Ricardo Lewandowski, voto do min. Teori Zavaski, j. 14-5-2014, DJE 182 de 19-9-2014)

Está claro, portanto, que o sindicato detém legitimidade para propor ação visando obter o reconhecimento de direitos individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC) em favor de toda a categoria profissional (isto é, de todos aqueles servidores que se encontram na situação retratada nos autos, ainda que não filiados ao sindicato), independentemente de autorização assemblear e juntada de lista de substituídos.

Por outro lado, quanto à natureza do direito pleiteado, amolda-se à hipótese de direitos individuais homogêneos, na forma da conceituação do art. 81, III, Código de Defesa do Consumidor, "*assim entendidos os decorrentes de origem comum*", "*ou seja os direitos nascidos em consequência da própria lesão, ou, mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é post factum (fato lesivo)*" (Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, 7ª edição, Editora Juspodivm, p. 78).

Com efeito, o objeto da ação - providência judicial que garanta a revisão dos proventos de aposentadoria e pensão dos substituídos - em virtude de inércia da Administração pública (ré Fundação Nacional do Índio - FUNAI) em promover o reajuste remuneratório, a fim de evitar a perda de seu poder aquisitivo real, revela o elo em comum aos servidores-substituídos.

Confira-se o posicionamento da doutrina balizada sobre o assunto, com grifos acrescidos:

> (...)
> Ou seja, *o que têm em comum esses direitos [individuais homogêneos] é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou de fato que lhes conferem características de homogeneidade, revelando, nesse sentir, prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva.*
> O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência da ação coletiva. Permanece o traço distintivo: tratamento molecular, nas ações coletivas, em comparação à fragmentação da tutela (tratamento atomizado), nas ações individuais. É evidente a vantagem do tratamento uno, das pretensões em conjunto, para obtenção de um provimento genérico. Como bem anotou Antonio Gidi as ações coletivas garantem três objetivos: proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material."
> (...)
> Nessa perspectiva, *o pedido nas ações coletivas será sempre uma "tese jurídica geral" que beneficie, sem distinção, os substituídos.* As peculiaridades dos direitos individuais, se exis-

> tirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente. (Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, 7ª edição, Editora Juspodivm, p. 79).

Logo, vislumbra-se a existência de direitos individuais homogêneos no caso concreto.

Por todas as considerações supra, de rigor a alteração da sentença para reconhecer a legitimidade ativa do Sindicato-apelante para postular os direitos dos substituídos, descritos na exordial.

Das verbas sucumbenciais

Custas *ex lege*.

Diante da inversão da sucumbência, condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido e dou provimento à apelação para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* do Sindicato-apelante, revertendo a sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito, devendo a tramitação processual ser restaurada.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0010035-21.2013.4.03.6183

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: AGENOR ALVES DE JESUS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/05/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSOS DE APELAÇÃO PREJUDICADOS.
- Pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10/12/1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico ou PPP. Suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (somente até 28/04/1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a comprovação de exposição a agentes nocivos por meio da apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.
- Os PPP's trazidos aos autos não podem ser tidos como prova absoluta. Embora o PPP seja documento apto a comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, é documento unilateral do empregador. A existência de vícios nestes formulários ou a impugnação de sua correção ou veracidade pelo empregado gera a necessidade de submissão da prova ao contraditório.
- Revela-se contraditório negar ao autor a possibilidade de produção de prova técnica, ao mesmo tempo em que se nega o reconhecimento da especialidade dos períodos reclamados em razão da inexistência daquela prova.
- Faz-se necessária a realização da prova pericial *in loco* para a comprovação dos agentes agressivos e, assim, possibilitar o exame do preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria. Portanto, a instrução do processo, com a realização de prova pericial, é crucial para que, em conformidade com a prova material carreada aos autos, possa ser analisado o reconhecimento ou não da atividade especial alegada, sob pena de incontestável prejuízo para a parte.
- Ao indeferir o reconhecimento da especialidade, sem no entanto franquear ao requerente a oportunidade de comprovar o labor especial, o MM. Juiz *a quo* efetivamente cerceou o seu direito de defesa, de forma que a anulação da r. sentença é medida que se impõe.
- Não é possível aplicar-se o preceito contido no art. 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil, uma vez que não foram produzidas as provas indispensáveis ao deslinde da demanda.
- Sentença anulada. Recursos de apelação prejudicados.

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, ANULAR A SEN-

TENÇA e JULGAR PREJUDICADOS os recursos de apelação do INSS e do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de maio de 2019.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

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

AGENOR ALVES DE JESUS ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o enquadramento de períodos de atividade especial e a sua conversão em tempo comum, para fins de restabelecimento do benefício de aposentadoria por tempo de serviço NB 42/153.269.420-0.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido (fls. 195/201), apenas para reconhecer a inexigibilidade da devolução dos valores recebidos em razão da concessão do referido benefício, no período de 26/05/10 a 31/03/13.

Não foi determinada a remessa necessária.

Apelou o INSS (fls. 204/210), alegando legalidade da cobrança dos valores recebidos indevidamente pelo segurado.

O autor recorreu adesivamente (fls. 214/222). Alega nulidade da sentença por cerceamento de defesa diante da ausência de realização da prova pericial requerida.

Contrarrazões da parte autora às fls. 223/233. Sem contrarrazões do INSS.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

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

DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

Dispõe o art. 201, parágrafo 1º da Constituição Federal:

> § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Diante da possibilidade de concessão de aposentadoria em condições diferenciadas aos segurados que, em sua atividade laborativa, estiveram expostos a condições especiais que prejudicam sua saúde ou integridade física, a Lei de Benefícios (Lei 8.213/91) previu em seus artigos 57 e 58 a chamada aposentadoria especial.

Quanto aos agentes nocivos e atividades que autorizam o reconhecimento da especialidade, bem como quanto à sua comprovação, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

Assim, deve ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, até 05/03/1997, pelo Decreto nº 2.172/97 de 06/03/97 a 05/05/99, e pelo Decreto n. 3.048/99 a partir de 06/05/99, com as alterações feitas pelo Decreto 4.882 a partir de 19/11/2003.

Em relação aos períodos anteriores a 06/03/97 (quando entrou em vigor o Decreto 2.172/97), destaque-se que os Decretos n. 53.831/64 e 83.080/79 vigeram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.
> 1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre, ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.
> 2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.
> 3. O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio *in dúbio pro misero*.
> 4. Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.
> 5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserta no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).
> 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, Resp. nº 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355).

O art. 58 da Lei n. 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

> Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

Assim, até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, que alterou a redação deste dispositivo, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre em uma das categorias profissionais previstas nos anexos dos regulamentos acima referidos.

Caso a atividade desenvolvida pelo segurado não se enquadre em uma das categorias profissionais previstas nos referidos Decretos, cabe-lhe alternativamente a possibilidade de comprovar sua exposição a um dos agentes nocivos neles arrolados.

Nesse sentido, entre 28/04/95 e 10/10/96, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a comprovação da exposição, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira, para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico.

Em 11/10/96, com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, o art. 58 da Lei de Benefícios passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

> Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.
> § 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.
> (...)
> § 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento.

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91, como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13, de 23/10/97 - republicada na MP nº 1.596-14, de 10/11/97, e finalmente convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação foi definida mediante Decretos editados pelo Poder Executivo.

A nova redação do art. 58 da Lei 8.213/91 somente foi regulamentada com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 (art. 66 e Anexo IV). Ocorre que em se tratando de matéria reservada à lei, tal Decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, a jurisprudência:

> PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.
> (...) - A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.
> - A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.
> - Precedentes desta Corte.
> - Recurso conhecido, mas desprovido.
> (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10/12/1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até

então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (somente até 28/04/1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a comprovação de exposição a agentes nocivos por meio da apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.

Para as atividades desenvolvidas a partir de 11/12/1997, quando publicada a Lei n. 9.528/97, a comprovação da exposição exige a apresentação de laudo técnico ou de Perfil Profissiográfico Previdenciário.

DO CERCEAMENTO DE DEFESA

No caso dos autos, o autor requereu em sua petição inicial a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, tendo mencionado expressamente a necessidade de produção de prova pericial, e ainda a intimação do INSS para apresentação de cópias do procedimento administrativo referente ao benefício cessado.

Novamente, na petição de fls. 168/169 e na Réplica (fls. 185/191), destacou seu interesse na produção de prova pericial nas empresas Mello Máquinas e Equipamentos, Empresa RCD Comércio e Indústria e Piatex Indústria e Comércio de Fiberglass Ltda., referente aos períodos 01/02/77 a 31/07/80, 01/09/80 a 24/04/81, 17/05/84 a 28/07/92, 01/08/96 a 08/03/01, 01/09/04 a 01/07/10 e 02/07/10 a 07/06/11.

Entretanto, o pedido de produção de prova pericial formulado pelo autor foi indeferido pelo d. magistrado *a quo* na decisão de fl. 192, por entender que esta era "*desnecessária ao deslinde da ação*".

Na sentença, o pedido foi julgado parcialmente procedente, negando-se o reconhecimento da especialidade dos períodos reclamados, por ausência de indicação de agentes nocivos suficientes ao reconhecimento da especialidade nos PPP's de fls. 21/23 e 119/128 e pela ausência de documentos técnicos referentes aos períodos de 01/08/96 a 08/03/01, 01/09/04 a 01/07/10 e 02/07/10 a 07/06/11.

Entendo que a não produção da prova pericial implica em prejuízo ao direito de defesa do autor.

Em primeiro lugar, porque os PPP's trazidos aos autos não podem ser tidos como prova absoluta. Embora o PPP seja documento apto a comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, é documento unilateral do empregador. A existência de vícios nestes formulários ou a impugnação de sua correção ou veracidade pelo empregado gera a necessidade de submissão da prova ao contraditório.

Ademais, revela-se contraditório negar ao autor a possibilidade de produção de prova técnica, ao mesmo tempo em que se nega o reconhecimento da especialidade dos períodos reclamados em razão da inexistência daquela prova.

É necessário dar ao autor a possibilidade de demonstrar de forma clara as condições de seus ambientes de trabalho, a fim de que eventual especialidade seja analisada corretamente. Se a prova já colacionada aos autos é insuficiente à comprovação das alegações da parte autora e tendo ela formulado pedido de produção de prova técnica, esta não poderia ter sido indeferida, uma vez que é meio hábil à verificação das reais condições dos seus ambientes de trabalho.

Portanto, a instrução do processo, com a realização de prova pericial, é crucial para que possa ser analisado o reconhecimento ou não da atividade especial alegada. Dessa forma, razão assiste ao autor, devido incorrer em incontestável prejuízo para a parte.

É preciso, ao menos, que seja dada oportunidade ao requerente de demonstrar o alegado à inicial.

A orientação pretoriana, também, é pacífica nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROVA. DIREITO À PRODUÇÃO.
"1. Se a pretensão do autor depende da produção/o de prova requerida esta não lhe pode ser negada, nem reduzido o âmbito de seu pedido com um julgamento antecipado, sob pena de configurar-se uma situação de autêntica denegação de justiça." (STJ - Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - Recurso Especial - 5037; Processo: 1990000090180. UF: SP. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 04/12/1990. Fonte: DJ; Data: 18/02/1991; Página: 1035. Relator: CLÁUDIO SANTOS)

Deixar de reconhecer os períodos cuja especialidade se pleiteia por ausência de prova de exposição a agentes nocivos ao mesmo tempo em que se nega produção de prova pericial configura cerceamento de defesa.

Frise-se, ainda, que, nessa hipótese, não é possível aplicar-se o preceito contido no artigo 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que não foram produzidas as provas indispensáveis ao deslinde da demanda.

Diante do exposto, ANULO A SENTENÇA, para determinar o retorno dos autos à Vara de origem, para regular instrução do feito. JULGO PREJUDICADOS os apelos do autor e do INSS.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL

5000431-22.2017.4.03.6114

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: FERRAKREBS COMÉRCIO DE FERRAMENTAS ESPECIAIS LTDA.
Apelados: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP, UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2019

EMENTA

AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 543-B, §3º DO CPC/1973, ATUAL ART. 1.030, I C/C 1.040, I DO CPC. OBJETO RESTRITO ÀS QUESTÕES QUE MOTIVARAM A NEGATIVA DE SEGUIMENTO. CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STF. DESCABIMENTO DA MANUTENÇÃO DO SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TEMA Nº 69 DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. O objeto do presente agravo fica restrito às questões que motivaram a negativa de seguimento ao recurso excepcional, em razão do disposto no art. 543-B, § 3º do CPC de 1973, cujo teor foi reproduzido no art. 1.030, I, "a" c/c art. 1.040, I do CPC.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 574.706/PR, vinculado ao tema nº 69 e submetido ao rito do art. 543-B, do CPC de 1973, reproduzido no atual art. 1.036 do CPC, fixou a seguinte tese em repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. Mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada em repercussão geral.

4. Impossibilidade de manutenção do sobrestamento do processo, a teor do art. 1.030, I, "a" c/c art. 1.040, I do CPC de 2015.

5. Ressalte-se não ser cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O ÓRGÃO ESPECIAL, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL VICE-PRESIDENTE NERY JÚNIOR (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS TORU YAMAMOTO, PAULO FONTES, ANDRÉ NEKATSCHALOW, CARLOS MUTA, NELTON DOS SANTOS, HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA, DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, FÁBIO PRIETO E MAIRAN MAIA.

AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS DESEMBARGADORES FEDERAIS PEIXOTO JÚNIOR E CECÍLIA MARCONDES. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo interno interposto pela União, contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no RE nº 574.706/PR, vinculado ao tema nº 69 de repercussão geral e submetido ao rito do art. 543-B do CPC 1973, reproduzido no atual art. 1.036 do CPC.

Alega, em síntese, que: (i) a despeito do art. 1.030, I, "a" do CPC autorizar o Vice-Presidente do Tribunal a "negar seguimento (...) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral", entende a União que é prematura a aplicação neste momento do referido dispositivo da lei processual, isto é, antes do trânsito em julgado e da decisão final nos embargos de declaração interpostos perante a Corte Suprema em face do referido precedente, já que diversos e relevantes pontos não foram esclarecidos no referido acórdão; (ii) foi requerida nos embargos de declaração a integração/modificação/esclarecimento do julgado, inclusive quanto ao critério a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído caso mantida a tese firmada. Estas circunstâncias revelam que ainda não se encontra definitivamente solucionada a questão pelo STF, sendo evidente, portanto, que a providência mais adequada e prudente seja a manutenção do sobrestamento do recurso extraordinário e (iii) considerando as modificações empreendidas pela Lei nº 13.256/16, tem-se que, com vistas a bem delimitar o alcance da matéria decidida e a uniforme replicação do entendimento, a escorreita aplicação da tese firmada, nos termos do art. 1.040 do CPC pressupõe, no mínimo o conhecimento do inteiro teor do julgado; a expressa ciência dos fundamentos determinantes deste mesmo julgado e a definitividade do julgado paradigma.

Postula a reconsideração da decisão agravada, para que seja mantido o sobrestamento do recurso extraordinário até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração já interpostos pela União perante o STF, ou caso assim não se entenda, requer seja o presente agravo interno encaminhado para julgamento pelo Órgão Especial, onde se espera o seu integral acolhimento, reformando-se a decisão da Vice-Presidência, de modo a determinar que o recurso extraordinário da União já interposto seja mantido sobrestado até o julgamento definitivo do assunto pelo STF.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

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

Inicialmente, impende esclarecer que o objeto do presente agravo fica restrito às questões que motivaram a negativa de seguimento ao recurso excepcional, em razão do disposto no 543-B, do CPC de 1973, cujo teor foi reproduzido no atual art. 1.030, I, "a" c/c art. 1.040, I do CPC.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 574.706/PR, alçado como representativo de controvérsia (tema nº 69 de Repercussão Geral) e decidido sob a sistemática de repercussão geral da matéria (art. 1.036 do CPC), fixou a seguinte tese:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. *EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS*. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.
> 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
> 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
> 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.
> 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
> 4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*
> (STF, RE nº 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)(Grifei).

No mesmo sentido: *ARE 1.071.340*, Relator Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 06/09/2017, DJe-209 DIVULG 14/09/2017, PUBLIC 15/09/2017; *RE 922.623*, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 28/08/2017, DJe-195 DIVULG 30/08/2017, PUBLIC 31/08/2017; *ARE 1.054.230*, Relator Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, DJe-142 DIVULG 28/06/2017, PUBLIC 29/06/2017.

Com efeito, em que se pesem os argumentos expendidos pelo agravante, temos que na sistemática do art. 543-B, § 3º, do CPC de 1973, cujo teor foi reproduzido no art. 1.030, I, "a" c/c art. 1.040, I do CPC de 2015, *publicado* o acórdão paradigma, se negará seguimento aos recursos excepcionais se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Tribunal Superior.

Neste sentir, é o entendimento da Corte Constitucional, conforme excertos: *"A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma."* (STF, ARE 977.190 AgR/MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento: 09/11/2016); e *"A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma"* (STF, RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgamento: 21/8/2017).

Destaque-se, ademais, não ser cabível a manutenção da suspensão do processo, pois conforme explicitado, determina o art. 543-B, § 3º do CPC de 1973, atual art. 1.030, I, "a" c/c art. 1.040, I do CPC de 2015, que, publicado o acórdão paradigma, os recursos excepcionais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de haver correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior, devendo o Presidente ou o

Vice-Presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia, porquanto, nos *"termos da jurisprudência consolidada nesta Suprema Corte, após o exame da existência de repercussão geral da matéria versada no recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, compete às cortes de origem a aplicação da decisão aos demais casos"* (ARE nº 863.704/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, Julgamento 29/05/2017).

Dessa forma, deve ser mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia.

Ressalte-se, por fim, não ser admitida a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia, *"isso porque foi opção do legislador dar a máxima efetividade à sistemática dos recursos repetitivos, atribuindo, aos Tribunais estaduais e regionais, em caráter exclusivo e definitivo, a competência para proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente abstrato formado no recurso paradigma"* (Pet 011999, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data da Publicação 27/06/2017).

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0002665-13.2018.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: NAIR GANANCIN GUIMARÃES LUIZ
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ADAMANTINA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/05/2019

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. ART. 143 DA LEI 8.213/91. REPETIÇÃO DE DEMANDAS. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PERÍODOS NÃO ABRANGIDOS PELA COISA JULGADA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL CORROBORA APENAS PARTE DO PERÍODO PLEITEADO, INSUFICIENTE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. Objetiva a autora a condenação do INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de um salário mínimo, previsto no art. 143 da Lei 8.213/1991. Alega a requerente que trabalhou no meio rural de *11/1971 a 1986 e de 1987 até 2015*.

2. A violação à coisa julgada pressupõe a reapreciação de matéria abrangida pelos limites objetivos da coisa julgada material produzida em ação precedente, quanto verificada objetivamente a tríplice identidade entre as partes, causa de pedir e pedidos.

3. Os documentos juntados às fls. 61/64 e 85/94 demonstram que a parte autora ajuizou demanda anterior parcialmente idêntica (Processo nº 0003017-73.2015.8.26.0081), perante a 2ª Vara Judicial do Foro de Adamantina, com os mesmos pedidos, causas de pedir e identidade de partes, requerendo o reconhecimento da atividade rural nos períodos de *11/1976 a 1986* e de *1987 a 2014*, com a consequente condenação do INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por idade rural, com sentença de improcedência do pedido proferida em 14/09/2016 e certidão de trânsito em julgado em 23/01/2017 (fls. 85/94).

4. Reconhecida o a existência da coisa julgada, em relação ao pedido de declaração da atividade rural nos períodos de 11/1976 a 1986 e de 1987 a 2014 e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso V, do CPC/2015.

5. Com relação aos períodos não abrangidos pela coisa julgada, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, e em estrita observância à Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, as testemunhas ouvidas complementaram o início de prova material da atividade rural apenas no período de 11/1971 a 10/1976, insuficiente à concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, prevista no artigo 143 da Lei 8.213/1991, além da não comprovação do período imediatamente anterior ao requerimento do benefício.

6. Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de maio de 2019.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria por idade rural, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando-se a autarquia a conceder o benefício, no valor de um salário mínimo, a partir da data da citação, com correção monetária e juros de mora, além do pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas, nos termos do artigo 85, §3º, inciso II do CPC e nos termos da Súmula 111 do STJ. Foi determinada a imediata implantação do benefício, em virtude da antecipação dos efeitos da tutela.

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

O INSS apelou alegando a ocorrência de coisa julgada quanto ao labor rural prestado até o ano de 2014. No mérito, requer a improcedência do pedido formulado na petição inicial, ante a insuficiência de prova da atividade rural.

Sem as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Recebo a apelação, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil.

Objetiva a parte autora a condenação do INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por idade rural, no valor de um salário mínimo, prevista no art. 143 da Lei nº 8.213/91. Alega a requerente que trabalhou no meio rural, na companhia do pai, Sr. Fortunato Ganancim, de *11/1971 a 1986*. Após o casamento, continuou trabalhando nas lides rurais, sempre em regime de economia familiar, em estabelecimento rural de propriedade do sogro, de *1987 até 2015*.

O INSS alega existência de coisa julgada em relação ao pedido declaratório de atividade rural até 2014.

O Código de Processo Civil, no artigo 485, inciso V, dispõe:

> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
> (...)
> V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

A violação ao dispositivo pressupõe a reapreciação de matéria abrangida pelos limites objetivos da coisa julgada material produzida em ação precedente, quanto verificada objetivamente a tríplice identidade, ou seja, mesmas partes, causa de pedir e pedidos.

Os documentos juntados às fls. 61/64 e 85/94 demonstram que a parte autora ajuizou demanda anterior parcialmente idêntica (Processo nº 0003017-73.2015.8.26.0081), perante a 2ª Vara Judicial do Foro de Adamantina, com os mesmos pedidos, causas de pedir e identidade de partes, requerendo o reconhecimento da atividade rural nos períodos de *11/1976 a 1986* e de *1987 a 2014*, com a consequente condenação do INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por idade rural, tendo sido proferida sentença de improcedência do pedido em 14/09/2016, e certidão de trânsito em julgado em 23/01/2017 (fls. 85/94).

Verifica-se que o r. Juízo *a quo* reconheceu a existência de litispendência quanto ao período compreendido entre 11/1976 a 1986 e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação a referido pedido.

Contudo, não se trata de reconhecimento de litispendência, pois a demanda anterior já havia transitado em jugado em 23/01/2017, sendo que a presente ação foi proposta em 06/02/2017. Trata-se, portanto, de coisa julgada, a qual também se verifica em relação o pedido de reconhecimento da atividade rural no período de 1987 a 2014, pois com o ajuizamento desta ação em 06/02/2017, a autora pretende obter novo julgamento do referido pedido. Dessa forma, a pretensão da parte autora, ora repetida nestes autos, está acobertada pela coisa julgada material, nos termos dos arts. 337, § 2º, e 485, V, do Código de Processo Civil/2015.

Impõe-se, portanto, o reconhecimento da coisa julgada material com relação ao pedido de reconhecimento da atividade rural nos períodos de 11/*1976 a 1986* e de *1987 a 2014*, considerando-se que na ação julgada anteriormente (2012.03.99.045778-3) os pedidos são idênticos ao da presente demanda, e já se encerrou definitivamente, com o julgamento de mérito, conforme dispõe o artigo 502 do novo Código de Processo Civil, *verbis*: "Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso."

Com relação a tais pedidos caberia à parte autora ajuizar ação própria para fins de desconstituição da coisa julgada.

Dessa forma, reconheço a existência da coisa julgada, em relação ao pedido de declaração da atividade rural nos períodos de 11/1976 a 1986 e de 1987 a 2014 e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso V, do CPC/215. Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. OCORRÊNCIA DA COISA JULGADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.
> I. Conforme o disposto no artigo 467 do CPC, denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável a sentença não mais sujeita ao recurso ordinário ou extraordinário.
> II. Configurada a existência de tríplice identidade, prevista no artigo 301, § 2º, do mesmo diploma, qual seja, que a ação tenha as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido de outra demanda, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada , vez que a outra ação já se encerrou definitivamente, com o julgamento de mérito.
> III. Processo extinto, de ofício, sem resolução de mérito. Apelação do INSS prejudicada.
> (TRF 3ª Região, AC nº 1153203, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, v.u., DJF3 25.11.09);
>
> PREVIDENCIÁRIO. RURAL . APOSENTADORIA POR IDADE. COISA JULGADA MATERIAL. OCORRÊNCIA. SENTENÇA ANULADA. PROFERIDO NOVO JULGAMENTO.
> I - Transitada em julgado a sentença ou acórdão de ação anterior impõe-se o fenômeno jurídico da coisa julgada material, o que os torna imutáveis, nos termos do artigo 467, do Código de Processo Civil.
> II - A autora ingressou com idêntico pedido e cauda de pedir, pretendendo obter um novo

julgamento da ação anterior, utilizando-se deste segundo feito como substitutivo da ação rescisória, não proposta em tempo hábil para rescindir o julgamento mal instruído.
III - Não se conhece da remessa oficial, em face da superveniência da Lei nº 10.352/2001, que acrescentou o § 2º ao art. 475 do C.P.C. IV - Sentença anulada.
V - Extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, V, do CPC.
VI - Prejudicado o recurso do INSS.
(TRF 3ª Região, AC nº 729717, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, v.u., DJU 05.09.07);

AGRAVO. AUXÍLIO DOENÇA. INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA MATERIAL. AGRAVO IMPROVIDO.
1. A decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial deste Tribunal, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. Não merece reparos a decisão recorrida que, analisando os elementos de fatos exibidos nestes autos, bem como as provas neles produzidas, reconheceu que a agravante ingressou anteriormente com ação idêntica, ou seja, com o mesmo objeto, causa de pedir, pedido e identidades das partes, transitada em julgado em 2011.
3. Neste caso a agravante deveria se utilizar da ferramenta processual adequada, qual seja a ação rescisória, na qual poderia examinar o pedido de rescisão do acórdão transitado em julgado, bem como decidir sobre a questão de fundo.
4. Agravo improvido.
(TRF - 3ª Região, 7ª T., AC n. 00026533-30.2012.4.03.6112, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, j. 02/12/2013, e-DJF3 Judicial 1, 11/12/2013).

Passo à análise e julgamento dos períodos rurais que não integraram a ação anterior, quais sejam, de 11/1971 a 10/1976 e de 01/1/01/2015 a 31/12/2015.

A aposentadoria por idade é devida aos trabalhadores rurais, referidos no artigo 11, inciso I, alínea a, inciso V, alínea g, e incisos VI e VII, da Lei nº 8.213/91, aos 55 (cinquenta e cinco) à mulher e aos 60 (sessenta) anos ao homem (artigo 48, § 1º, do mesmo diploma legal), mediante a comprovação do trabalho rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, cumprindo-se o número de meses exigidos nos art. 25, inciso II, ou o número de meses exigidos no art. 142 da Lei 8.213/91, a depender do ano de implemento do requisito etário, dispensando-se, assim, a comprovação do efetivo recolhimento das contribuições mensais nesse período.

Cabe esclarecer que a regra contida nos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.718/08 não implicou na fixação de prazo decadencial para a obtenção de aposentadoria por idade rural por aqueles que implementaram a idade após 31/12/2010. Com efeito, estabeleceu-se apenas novas regras para a comprovação do tempo de atividade rural após referida data.

Ressalta-se que a norma prevista nos artigos acima citados é inaplicável aos segurados especiais, sendo que, após 31/12/2010, continuarão a fazer jus ao benefício em questão, em virtude do disposto nos artigos 26, inciso III, 39, inciso I, e 48, §2º, da Lei de Benefícios. Somente o segurado especial que desejar usufruir benefícios outros e em valor diverso a um salário mínimo é que deve comprovar haver contribuído para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social, a teor do inciso II do art. 39 da referida Lei.

No tocante ao empregado rural e ao contribuinte individual, entretanto, conclui-se pela aplicação das novas regras e, portanto, pela necessidade de contribuições previdenciárias, a

partir de 01/01/2011, uma vez que o prazo de 15 (quinze) anos previsto no artigo 143 da Lei de Benefícios exauriu-se, conforme o disposto no artigo 2º da Lei 11.718/08.

Saliente-se, contudo, que não se transfere ao empregado a obrigação de comprovar os recolhimentos das contribuições do período laborativo anotado na carteira profissional, uma vez que é de responsabilidade exclusiva do empregador a anotação do contrato de trabalho em CTPS, o desconto e o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social, não podendo o segurado ser prejudicado pela conduta negligente do empregador, que efetuou as anotações dos vínculos empregatícios, mas não recolheu as contribuições. Precedente do STJ: *REsp 566405/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, j.18/11/03, DJ 15/12/03, p 394*.

Não se diga, por fim, que o diarista, boia-fria ou volante é contribuinte individual, porquanto a sua qualidade é, verdadeiramente, de empregado rural, considerando as condições em que realiza seu trabalho, sobretudo executando serviços sob subordinação, de caráter não eventual e mediante remuneração. Aliás, a qualificação do volante como empregado é dada pela própria autarquia previdenciária, a teor do que consta da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06/08/2010 (inciso IV do artigo 3º).

Nesse sentido, precedente deste Tribunal, acerca do qual se transcreve fragmento da respectiva ementa:

> 4. As características do labor desenvolvido pela diarista, bóia-fria demonstram que é empregada rural, pois não é possível conceber que uma humilde campesina seja considerada contribuinte individual.
> 5. Não cabe atribuir à trabalhadora a desídia de empregadores que não providenciam o recolhimento da contribuição decorrente das atividades desenvolvidas por aqueles que lhes prestam serviços, sendo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a responsabilidade pela fiscalização. (AC nº 513153/SP, Relatora Desembargadora Federal MARISA SANTOS, j. 01/09/2003, DJU 18/09/2003, p. 391).

Outrossim, à luz do caráter protetivo social da Previdência Social, evidenciado pelas diretrizes que regem o sistema previdenciário instituído pela Constituição de 1988 (artigos 1º, 3º, 194 e 201), especialmente a proteção social, a universalidade da cobertura, a uniformidade e equivalência dos benefícios, a equidade na forma de participação no custeio, e a isonomia, bem como da informalidade de que se revestem as atividades desenvolvidas pelos rurícolas, não se pode exigir do trabalhador rural, à exceção do contribuinte individual, o recolhimento de contribuições previdenciárias.

No presente caso, tendo a parte autora nascido em 22/11/1959, completou a idade acima referida em 22/11/2014.

Nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei 8.213/91 e do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, para a comprovação do trabalho rural é necessária a apresentação ao menos de início de prova material, corroborável por prova testemunhal. Ressalta-se que o início de prova material, exigido pelo § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, não significa que o segurado deverá demonstrar mês a mês, ano a ano, por intermédio de documentos, o exercício de atividade na condição de rurícola, pois isto importaria em se exigir que todo o período de trabalho fosse comprovado documentalmente, sendo de nenhuma utilidade a prova testemunhal para demonstração do labor rural.

Início de prova material, conforme a própria expressão o diz, não indica completude, mas sim começo de prova, princípio de prova, elemento indicativo que permita o reconhecimento da situação jurídica discutida, desde que associada a outros dados probatórios.

Para comprovar a atividade rural, como bóia-fria, inicialmente na companhia de seu genitor, Sr. Fortunato Ganancin ou (Fortunato Ângelo Ganancin), e após o casamento, em regime de economia familiar, a parte autora juntou aos autos os seguintes documentos: cópia de consulta de declaração cadastral de produtor rural em nome do sogro, Sr. Durvalino Luiz, com data de referência em 26/06/2007 (fls. 09/10); nota fiscal de autorização de impressão de nota fiscal de produtor rural em nome de Marcio Guimarães Luiz e Outros, em 04/07/2007 (fl. 11); documento de baixa do cadastro de produtor rural de "Marcio Guimaraes Luiz e Outro", em 31/05/2015" (fls. 12/22); cópia da certidão de casamento, realizado em 26/09/1987 (fl. 23), na qual o marido, Sr. Márcio Guimarães Luiz, está qualificado profissionalmente como "comerciário" (fl. 23); certidão de casamento dos pais, datada de 1966, na qual o pai está qualificado como "lavrador" (fl. 24); cópia de matrícula de imóvel rural (11/03/1988 e 07/03/1088), em que o pai da requerente está qualificado como "lavrador" (fls. 25/31); certidões emitidas pelo Posto Fiscal de Dracena, em 03/2015, declarando que o marido da autora passou a exercer a atividade de produtor rural em 28/06/2007, com encerramento das atividades em 15/04/2014, e o genitor, de 10/07/1968 até 25/11/2004 (fls. 32/34); documento emitido pela Receita Federal, constando que o marido da autora, qualificado como "produtor rural", efetuou cadastro, em 27/06/2007, declarando exercer como atividade economia principal "Criação de bovinos para corte" e como atividade secundária "Cultivo de cana-de-açúcar", bem como inscrição no código 408-1 como "contribuinte individual" (fls.35/38); declaração emitida pelo sogro, em 27/12/2011, no sentido de que o marido da autora exercia a atividade de produtor rural e mantinha arrendamento de terras na no imóvel descrito, de 01/06/2010 a 31/05/2015 (fls. 39/42); históricos escolares (44/57) e, ficha de inscrição ao sindicato dos trabalhadores rurais em nome do pai, em 1977, e do marido, em 2012 (fls. 58/59).

Segundo a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tal documentação, em conjunto com a prova testemunhal colhida no curso da instrução processual, é hábil ao reconhecimento de tempo de serviço trabalhado como rurícola, conforme revela a seguinte ementa de julgado:

> *As anotações em certidões de registro civil, a declaração de produtor rural, a nota fiscal de produtor rural, as guias de recolhimento de contribuição sindical e o contrato individual de trabalho em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, todos contemporâneos à época dos fatos alegados, se inserem no conceito de início razoável de prova material. (REsp nº 280402/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 10/09/2001, p. 427);*
>
> PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL.
> Firmou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que o documento probante da situação de camponês do marido é início razoável de prova material da qualidade de trabalhadora rural da sua mulher.
> Recurso especial atendido.
> (REsp n º 258570-SP, Relator Ministro Fontes de Alencar, j. 16/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 256).

Foram ouvidas três testemunhas (mídia - fl. 186). A primeira testemunha, Sr. Jair Sores do Nascimento, declarou que conheceu a autora em 1987, pois passou a comprar produtos agrícolas vendidos pelo sogro da requerente e que havia aproximadamente três anos ou mais que a autora não trabalhava nas lides rurais. Por sua vez, a testemunha Lauoro Beloto declarou que conhecia a requerente desde que ela era criança, bem como que ela sempre trabalhou na roça, na companhia dos pais, e que após o casamento passou a trabalhar na propriedade rural do

sogro, no cultivo de "banana" e lavoura branca. Asseverou, ainda, que há quatro anos a autora não mais trabalhava nas lides rurais. A 3º testemunha, Sra. Luiza Aparecida Zernini, afirmou que conhecia a autora desde que elas eram criança. Soube afirmar sobre o trabalho rural da autora apenas quando esta morava com os pais, pois após o casamento não sabia dizer qual era a atividade exercida pela autora, bem como que o marido da autora era "vendedor autônomo".

Dessa forma, apenas o período de 11/1971 a 10/1976, pode ser reconhecido como atividade rural, com base no início de prova material em nome do pai da autora, uma vez que foi corroborado pela prova testemunhal. O período e 01/1/01/2015 a 31/12/2015 não pode ser reconhecido, pois na certidão de casamento, realizado em 26/09/1987 (fl. 23), o marido da autora, Sr. Márcio Guimarães Luiz, está qualificado profissionalmente como "comerciário", o que está de acordo com o depoimento da última testemunha no sentido de que o marido da autora era, à época, vendedor autônomo (vendia remédios). Além disso, há o documento emitido pela Receita Federal, declarando que o marido da autora efetuou cadastro como "produtor rural" em 27/06/2007, constando exercer a atividade econômica principal "Criação de bovinos para corte" e como atividade secundária o "Cultivo de cana-de-açúcar" (fls.35/38), não se tratando de lavoura branca como afirmou a segunda testemunha. Some-se, ainda, aos dados do CNIS (fls. 96/104), comprovando que o marido da autora exerceu atividade tipicamente urbana desde 1979, incompatível com o trabalho no campo, em regime de economia familiar, não se aplicando ao caso o disposto no REsp 1304479/SP, de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado pela PRIMEIRA SEÇÃO, j. 10/10/2012, DJe 19/12/2012).

Inaplicável também a tese firmada pela E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.352.721/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Representativo de Controvérsia, pois, na hipótese dos autos, além do início de prova material em nome do marido da autora não indicar que se tratava de produtor rural em regime de economia familiar, as testemunhas ouvidas em 12/09/2017, afirmaram que a autora havia deixado as lides rurais há mais de três anos, ou seja, em 2014.

Dessa forma, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, e em estrita observância à Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, as testemunhas ouvidas complementaram o início de prova material da atividade rural apenas no período de 11/1971 a 10/1976, insuficiente à concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, prevista no artigo 143 da Lei 8.213/1991, além da não comprovação do período imediatamente anterior ao requerimento do benefício.

Reconhecida a sucumbência recíproca (inciso II, §4º e §14 do art. 85, art. 86 e § 3º do art. 98 do CPC/15).

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS para reconhecer a incidência dos efeitos da coisa julgada e julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso V, do CPC, em relação ao reconhecimento da atividade rural nos períodos de 11/1976 a 1986 e de 1987 a 2014, e, no mérito, julgar improcedente o pedido de reconhecimento da atividade rural no período de 01/1/01/2015 a 31/12/2015 e de aposentadoria rural por idade, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5008391-04.2018.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravado: ALIANÇA NAVEGAÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/05/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONHECIMENTO PARCIAL. AÇÃO ORDINÁRIA EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RESOLUÇÃO PRES Nº 142/2017 DESTE TRIBUNAL. DIGITALIZAÇÃO DOS AUTOS FÍSICOS. PARALISAÇÃO DOS AUTOS NA FALTA DE CUMPRIMENTO DA INCUMBÊNCIA.

- A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação ordinária em que a autora renunciou ao direito sobre que se funda a ação e foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios em prol da recorrente, que foi intimada a dar cumprimento à Resolução nº 142/2017 da Presidência do TRF da 3ª Região e, após se insurgir contra a norma, foi proferida a decisão agravada, que indeferiu a declaração de sua nulidade.

I Conhecimento parcial do recurso

- Inicialmente, não se conhece das questões referentes à ilegalidade dos artigos 2º a 7º da resolução, inclusive, por conseguinte, o tema suscitado com base no artigo 4º - conferência pela parte contrária da documentação digitalizada -, eis que não se referem à fase de cumprimento de sentença, que é examinada nestes autos. Ademais, especificamente no que toca à conferência, frise-se que apenas diz respeito à parte contrária àquela que procedeu à digitalização, ou seja, a União sequer tem interesse recursal quanto à matéria.

II Resolução PRES nº 142/2017: cumprimento de sentença

- A lei processual civil, em seu artigo 196, expressamente conferiu aos tribunais, supletivamente, a regulamentação da prática de atos processuais eletrônicos para disciplinar a incorporação progressiva dos avanços tecnológicos, observadas as normas fundamentais nela previstas, assim como a Lei nº 11.419/2006 anteriormente já atribuía, em seu artigo 18, aos órgãos do Poder Judiciário a sua regulamentação no âmbito de suas competências. Nesses termos, o regulamento deste tribunal que prevê que as partes devem proceder à virtualização dos atos processuais mediante digitalização e inserção deles no sistema PJe encontra base legal, especialmente no CPC, e atende ao que estabelece o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF). Inexiste qualquer norma nesse diploma legal, na Lei nº 11.419/2006 ou na Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça que vá ao encontro da digitalização estabelecida por esta corte. Note-se que são respeitadas as normas processuais fundamentais, notadamente a do princípio da cooperação (artigo 6º do CPC).

- Registre-se que novos processos relativos às classes processuais objeto da resolução apenas podem ser propostos pelo meio eletrônico, ou seja, as partes precisariam de qualquer maneira proceder à digitalização de toda a documentação física necessária à sua formação. A resolução impugnada apenas indica que, entre outros, nos processos

já em andamento em que se deseja iniciar o cumprimento de sentença, como no caso concreto, tal digitalização já seja realizada, a fim de que se dê efetividade, como prevê o CPC, à incorporação progressiva dos avanços tecnológicos.
- No que toca ao argumento de que a resolução do CNJ prevê que o compartilhamento de responsabilidades com outros órgãos públicos depende de convênio, o que se verifica em seu artigo 18, § 2º, é que cuida exclusivamente de responsabilidades para a disponibilização de espaços com equipamentos e auxílio técnico. Não tem qualquer relação, portanto, com a questão examinada neste recurso.
- No que tange aos julgados do Superior Tribunal de Justiça mencionados pela agravante, REsp 1552879/RS, REsp 1448424/RS e REsp 1369433/SC, os dois primeiros foram julgados em 2014 e 2015, antes da entrada em vigor do atual CPC, e quanto ao último, a despeito de ter sido julgado posteriormente, em 26/4/2016, resta claro que a matéria foi examinada à luz do CPC de 1973. Dessa maneira, não colidem com o entendimento anteriormente manifestado, fundado especialmente na lei processual civil que já vigorava na data da resolução questionada (2017).
- Relativamente ao Pedido de Providências nº 0006949-79.2014.2.00.0000 no CNJ, foi decidido contrariamente à tese da agravante e não importa se foi por maioria de votos. Ademais, sequer diz respeito a este tribunal, mas ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.
-Acerca da questão concernente ao à interrupção do curso do cumprimento de sentença se a parte a quem cabe a incumbência da digitalização dos autos não a cumprir, igualmente não se verifica irregularidade. Com a legalidade da atribuição da digitalização dos autos às partes, conforme exposto, a ausência de andamento do feito é consequência direta da inércia do responsável pelo procedimento. Não se trata de suspensão do processo, como sustenta a União, mesmo porque o seu normal encaminhamento depende apenas do cumprimento do encargo, que, reitere-se, reveste-se de legalidade, motivo pelo qual não há que se falar em afronta aos artigos 5º, inciso XXXV, e 22, inciso I, da Constituição Federal, que tratam da competência do ente federal para legislar sobre direito processual e do princípio da inafastabilidade da jurisdição.
- Agravo de instrumento desprovido na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, CONHECEU PARCIALMENTE do agravo de instrumento e, na parte conhecida, NEGOU-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

Agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em sede de ação ordinária em que a autora renunciou ao direito sobre que se funda a ação e foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios em prol da recorrente (Id 2364823 – págs. 232/233), indeferiu pedido de declaração de nulidade da Resolução nº 142/2017 da Presidência do TRF

da 3ª Região (Id 2364823 – págs. 252/253).

Sustenta a agravante, em síntese, que:

a) é ilegal a Resolução PRES nº 142/2017 (artigos 2º a 8º e 13), com as alterações da Resolução PRES nº 148/2017, da Resolução PRES nº 150/2017 e da Resolução PRES nº 152/2017, eis que obriga as partes a digitalizar os autos de processos judiciais no momento da apelação ou do cumprimento de sentença, sob pena de arquivamento em secretaria enquanto não cumprida a determinação;

b) a Presidente do Tribunal, ao editar atos administrativos normativos, exerce função administrativa, ou seja, encontra-se jungida à lei, impedida de atuar contra ou praeter legem. Daí porque, sem expressa autorização legal, não é possível a criação unilateral de obrigação para os administrados, já que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, dispositivo que consagra o princípio da legalidade);

c) as normas invocadas pela Presidente nas considerações da resolução não servem de fundamento legal para impor ao administrado o ônus da digitalização de processos físicos, pois:

c.1) o artigo 6º do Código de Processo Civil determina que os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva e, nesses termos, materializa o "princípio da cooperação", cujo conteúdo deve ser entendido como idêntico ao da boa-fé objetiva. Tal norma não tem "densidade" suficiente para extrair a possibilidade de o Poder Judiciário, no exercício de função administrativa, criar obrigação para os administrados;

c.2) o artigo 18 da Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, autoriza o Judiciário a regulamentá-la e não inovar a ordem jurídica, de modo que a regulamentação não pode criar obrigação inexistente no próprio diploma regulamentado;

c.3) embora o artigo 1º da Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça autorize a complementação da disciplina do PJe, não se pode admitir que confira aos Tribunais poder que nem mesmo o CNJ tem: o poder de legislar. Além do mais, no que diz respeito à digitalização e envio de peças processuais e documentos em meio eletrônico, o compartilhamento de responsabilidades com outros órgãos públicos depende de convênio (artigo 18, §2º), ou seja, nem o ato normativo do CNJ foi tão longe;

c.4) a decisão proferida no Pedido de Providências nº 0006949-79.2014.2.00.0000 no CNJ foi tomada por maioria de votos e contou com quatro votos contrários à imposição do ônus de digitalização às partes. O Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional responsável pela interpretação da legislação infraconstitucional federal, pacificou entendimento em sentido contrário ao do conselho, conforme julgados mencionados;

d) ao violar o princípio da legalidade por meio da imposição de obrigação unilateral ao administrado, a Resolução PRES nº 142/2017 (artigos 6º e 13) criou verdadeira hipótese de suspensão do processo por ato infralegal, o que infringe o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, que atribui à União, por meio do Poder Legislativo, a competência para legislar sobre direito processual. Essa suspensão também contraria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual a lei – e muito menos um ato normativo infralegal – não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV, da CF);

e) seja porque o ato impõe unilateralmente obrigação não prevista em lei, seja porque cria hipótese infralegal de suspensão do processo, em clara ofensa aos artigos 5º, incisos II e XXXV, e 20, inciso I, da Constituição Federal, é ilegal a Resolução PRES nº 142/2017;

f) outro ponto ilegal da resolução diz respeito à obrigação prevista no seu artigo 4º, no sentido de que cabe às partes a "conferência dos documentos digitalizados, indicando ao Juízo Federal, em 5 (cinco) dias, eventuais equívocos ou ilegibilidades, sem prejuízo de, uma vez indicados, corrigi-los incontinenti", o que afronta o princípio da legalidade e os artigos 206, 207 e 208 do Código de Processo Civil, que são claros ao estabelecerem as atribuições dos escrivães e chefes de secretaria do Poder Judiciário na guarda, confecção, autuação e certificação de todos os atos processuais, inclusive atestarem as ocorrências nos autos dos processos judiciais.

Pleiteia o provimento do recurso para que seja reformado o decisum nos termos expostos.

Foi indeferida a atribuição de efeito suspensivo ao recurso (Id 2714291).

Decorreu *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação ordinária em que a autora renunciou ao direito sobre que se funda a ação e foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios em prol da recorrente (Id 2364823 – págs. 232/233), que foi então intimada a dar cumprimento à Resolução nº 142/2017 da Presidência do TRF da 3ª Região e, após se insugir contra a norma, foi proferida a decisão agravada, que indeferiu a declaração de sua nulidade (Id 2364823 – págs. 252/253).

O ente federal confronta as seguintes disposições da Resolução PRES nº 142/2017 deste tribunal:

> Art. 2º Nas classes processuais em que o uso do sistema PJe seja obrigatório para novas ações, nos termos da Resolução PRES nº 88, de 24 de janeiro de 2017, fica estabelecido o momento da remessa dos autos para o Tribunal, para julgamento de recurso de apelação ou reexame necessário, como o de necessária virtualização do processo físico então em curso.
> Art. 3º Interposto recurso de apelação e após o seu processamento, cumprirá ao Juízo, como último ato antes da remessa do processo ao Tribunal, intimar o apelante para retirada dos autos em carga, a fim de promover a virtualização dos atos processuais mediante digitalização e inserção deles no sistema PJe.
> [...]
> Art. 4º Promovida pela parte a inserção dos documentos digitalizados, compete à Secretaria do órgão judiciário:
> I - Nos processos eletrônicos:
> a) conferir os dados de autuação, retificando-os se necessário;
> b) intimar a parte contrária àquela que procedeu à digitalização, e bem assim o Ministério Público, quando atuante como fiscal da lei, para conferência dos documentos digitalizados, indicando ao Juízo Federal, em 5 (cinco) dias, eventuais equívocos ou ilegibilidades, sem prejuízo de, uma vez indicados, corrigi-los incontinenti;
> c) superada a fase de conferência da alínea anterior, encaminhar o processo eletrônico para a tarefa de remessa à instância superior, reclassificando-o de acordo com o recurso da parte.
> [...]
> Art. 5º Decorrido *in albis* o prazo assinado para o apelante dar cumprimento à determinação do artigo 3º, a Secretaria o certificará, incumbindo ao Juízo intimar a parte apelada para realização da providência.

> Art. 6º Não se procederá à virtualização do processo para remessa ao Tribunal, caso apelante e apelado deixem de atender à ordem no prazo assinado, hipótese em que os autos físicos serão acautelados em Secretaria no aguardo do cumprimento do ônus atribuído às partes, sem prejuízo de novas intimações para tanto, em periodicidade, ao menos, anual.
> Parágrafo único. Não se aplica o disposto no *caput* aos processos físicos com numeração de folhas superior a 1000 (mil), para os quais, não realizada a virtualização por qualquer das partes, dar-se-á a imediata remessa do feito ao Tribunal, dispensando-se novas intimações. (incluído pela RES PRES 148/2017)
> Art. 7º Aplicam-se as disposições dos artigos anteriores aos processos físicos em que a remessa ao Tribunal decorra exclusivamente de reexame necessário, para os quais a intimação a que se refere o artigo 3º será dirigida primeiramente à parte autora e, quando necessário, à ré.
> Parágrafo Único. Aplica-se a presente disposição nos casos em que haja interposição de recursos simultâneos pelas partes.
> Art. 8º Nas classes processuais em que o uso do sistema PJe seja obrigatório para novas ações, nos termos da Resolução PRES nº 88, de 24 de janeiro de 2017, transitada em julgado decisão proferida pelo Juízo Federal ou acórdão de instância superior, fica estabelecido o momento do início do cumprimento de sentença condenatória como o de necessária virtualização do processo físico então em curso.
> [...]
> Art. 13. Decorrido *in albis* o prazo assinado para o exequente cumprir a providência do artigo 10 ou suprir os equívocos de digitalização eventualmente constatados, a Secretaria o certificará, incumbindo ao Juízo intimar o exequente de que o cumprimento da sentença não terá curso enquanto não promovida a virtualização dos autos.

I Conhecimento parcial do recurso

Inicialmente, não se conhece das questões referentes à ilegalidade dos artigos 2º a 7º da resolução, inclusive, por conseguinte, o tema suscitado com base no artigo 4º - conferência pela parte contrária da documentação digitalizada -, eis que não se referem à fase de cumprimento de sentença, que é examinada nestes autos. Ademais, especificamente no que toca à conferência da documentação digitalizada, frise-se que apenas diz respeito à parte contrária àquela que procedeu à digitalização, ou seja, a União sequer tem interesse recursal quanto à matéria.

Passa-se à análise dos temas conhecidos.

II Resolução PRES nº 142/2017: cumprimento de sentença

Foram feitas as seguintes considerações pela Presidência desta corte para a edição da Resolução PRES nº 142/2017:

> A PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais,
> CONSIDERANDO o disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil, que estabelece que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva;
> CONSIDERANDO o disposto no artigo 18 da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que autoriza os Tribunais a regulamentarem o uso do processo eletrônico no âmbito de suas respectivas competências;
> CONSIDERANDO o disposto no artigo 1º da Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina a tramitação do processo judicial eletrônico nos órgãos do Poder Judiciário por intermédio do Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe, e autoriza a edição de normas complementares pelos Conselhos e Tribunais;
> CONSIDERANDO a edição da Resolução nº 88, de 24 de janeiro de 2017, desta Presidência,

> que dispõe sobre a implantação e uso do Sistema Processo Judicial Eletrônico no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região;
> CONSIDERANDO o quanto decidido pelo Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Providências nº 0006949-79.2014.2.00.0000, a reconhecer a validade e razoabilidade de atos administrativos dos Tribunais que distribuam o ônus da digitalização de autos entre o Poder Judiciário e as partes do processo;
> CONSIDERANDO o interesse da Administração do Tribunal em promover, com celeridade e segurança, a máxima efetivação do uso do sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe, tanto para ações novas quanto para aquelas cujo curso tenha se iniciado em meio físico;
> CONSIDERANDO o teor do expediente SEI nº 0021740-55.2017.4.03.8000,
> RESOLVE:
> [...]

A recorrente aduz que as normas citadas em tais considerações não servem como base legal à resolução e que inexiste outro regramento que a fundamente, com o que é ilegal, considerado que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, dispositivo que consagra o princípio da legalidade).

Dispõem os artigos 6º e 196 do Código de Processo Civil:

> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
>
> Art. 196. *Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática* e a comunicação oficial *de atos processuais por meio eletrônico* e velar pela compatibilidade dos sistemas*, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código.*
> [ressaltei e grifei]

Já a Lei nº 11.419/2006, que trata da informatização do processo judicial, prevê em seu artigo 18:

> Art. 18. Os órgãos do Poder Judiciário regulamentarão esta Lei, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências.

Por sua vez, a Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento, dispõe:

> Art. 1º A tramitação do processo judicial eletrônico nos órgãos do Poder Judiciário previstos no art. 92, incisos I-A a VII, da Constituição Federal, realizada por intermédio do Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe, é disciplinada pela presente Resolução e pelas normas específicas expedidas pelos Conselhos e Tribunais que com esta não conflitem.

A lei processual civil expressamente conferiu aos tribunais, supletivamente, a regulamentação da prática de atos processuais eletrônicos para disciplinar a incorporação progressiva dos avanços tecnológicos, observadas as normas fundamentais nela previstas, assim como a Lei nº

11.419/2006 anteriormente já atribuía aos órgãos do Poder Judiciário a sua regulamentação no âmbito de suas competências. Nesses termos, *o regulamento deste tribunal que prevê que as partes devem proceder à virtualização dos atos processuais mediante digitalização e inserção deles no sistema PJe* encontra base legal, especialmente no CPC, e atende ao que estabelece o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF). Inexiste qualquer norma nesse diploma legal, na Lei nº 11.419/2006 ou na Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça que vá ao encontro da digitalização estabelecida por esta corte. Note-se que são respeitadas as normas processuais fundamentais, notadamente a do princípio da cooperação.

Registre-se que novos processos relativos às classes processuais objeto da resolução apenas podem ser propostos pelo meio eletrônico, ou seja, as partes precisariam de qualquer maneira proceder à digitalização de toda a documentação física necessária à sua formação. A resolução impugnada apenas indica que, entre outros, nos processos já em andamento em que se deseja iniciar o cumprimento de sentença, como no caso concreto, tal digitalização já seja realizada, a fim de que se dê efetividade, como prevê o CPC, à incorporação progressiva dos avanços tecnológicos.

No que toca ao argumento de que a resolução do CNJ prevê que o compartilhamento de responsabilidades com outros órgãos públicos depende de convênio, o que se verifica em seu artigo 18, § 2º, é que cuida exclusivamente de responsabilidades para a disponibilização de espaços com equipamentos e auxílio técnico, *verbis*:

> Art. 18. Os órgãos do Poder Judiciário que utilizarem o Processo Judicial Eletrônico - PJe manterão instalados equipamentos à disposição das partes, advogados e interessados para consulta ao conteúdo dos autos digitais, digitalização e envio de peças processuais e documentos em meio eletrônico.
> [...]
> § 2º Os órgãos do Poder Judiciário poderão realizar convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou outras associações representativas de advogados, bem como com órgãos públicos, *para compartilhar responsabilidades na disponibilização de tais espaços, equipamentos e auxílio técnico presencial.*

Não tem qualquer relação, portanto, com a questão examinada neste recurso.

No que tange aos julgados do Superior Tribunal de Justiça mencionados pela agravante, REsp 1552879/RS, REsp 1448424/RS e REsp 1369433/SC, os dois primeiros foram julgados em 2014 e 2015, antes da entrada em vigor do atual CPC, e quanto ao último, a despeito de ter sido julgado posteriormente, em 26/4/2016, resta claro que a matéria foi examinada à luz do CPC de 1973, como consta da ementa: 2. À míngua de previsão na Lei n. 11.419/2006 e no CPC/1973, o Poder Judiciário não pode atribuir às partes as obrigações de digitalização e guarda de processos físicos, incumbência que lhe foi conferida pela lei que dispõe sobre a informatização do processo judicial [ressaltei]. Dessa maneira, não colidem com o entendimento anteriormente manifestado, fundado especialmente na lei processual civil que já vigorava na data da resolução questionada (2017).

Relativamente ao Pedido de Providências nº 0006949-79.2014.2.00.0000 no CNJ, foi decidido contrariamente à tese da agravante – veja-se o item 1 da ementa: Razoabilidade da regra de distribuição de ônus da digitalização dos autos entre o Poder Judiciário e as partes. Observância dos fins a serem alcançados e a eficiência na prática dos atos processuais. Princípio da cooperação recíproca. Necessidade de colaboração dos atores processuais para a eliminação/redução das dificuldades existentes no curso das ações judiciais. Ausência de ilegalidade - e

não importa se foi por maioria de votos. Ademais, sequer diz respeito a este tribunal, mas ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Acerca da questão concernente ao artigo 13 da Resolução PRES nº 142/2017 deste tribunal, no sentido de que, se a parte a quem cabe a incumbência da digitalização dos autos não a cumprir o cumprimento da sentença não terá curso, igualmente não se verifica irregularidade. Com a legalidade da atribuição da digitalização dos autos às partes, conforme exposto, a ausência de andamento do feito é consequência direta da inércia do responsável pelo procedimento. Não se trata de suspensão do processo, como sustenta a União, mesmo porque o seu normal encaminhamento depende apenas do cumprimento da obrigação, que, reitere-se, reveste-se de legalidade, motivo pelo qual não há que se falar em afronta aos artigos 5º, inciso XXXV, e 22, inciso I, da Constituição Federal, que tratam da competência do ente federal para legislar sobre direito processual e do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Quanto ao artigo 20, inciso I, da CF, citado no recurso, diz respeito aos bens da União, matéria diversa da apreciada.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do agravo de instrumento e, na parte conhecida, NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5027560-74.2018.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: JANAINA TEREZINHA ANTUNES DE LIMA
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/05/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VALOR INCONTROVERSO. EXECUÇÃO. PROSSEGUIMENTO. AGRAVO PROVIDO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO. RESP 1.401.560/MT. PROPOSTA DE REVISÃO DA TESE. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS.
- A decisão que antecipa a tutela jurídica, mesmo que em sentença de mérito, não enseja presunção, pelo segurado, de que os valores recebidos integram em definitivo o seu patrimônio.
- Quando patenteado o pagamento a mais a título de benefício previdenciário, o direito de a Administração obter a devolução dos valores é inexorável, ainda que recebidos de boa-fé, à luz do disposto no artigo 115, II, da Lei n. 8.213/91. Trata-se de norma cogente, que obriga o administrador a agir, sob pena de responsabilidade.
- O Superior Tribunal de Justiça, em *julgamento submetido ao regime de recurso repetitivo*, consolidou o entendimento de que, em casos de cassação de tutela antecipada, a lei determina a devolução dos valores recebidos, ainda que se trate de verba alimentar e ainda que o beneficiário aja de boa-fé (Resp 1.401.560/MT).
- Entretanto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento da questão de ordem nos REsps n. 1.734.627/SP, 1.734.641/SP, 1.734.647/SP, 1.734.656/SP, 1.734.685/SP e 1.734.698/SP - acórdão publicado no DJe de 3/12/2018 -, acolheu proposta de revisão de entendimento firmado em tese repetitiva, relativa ao Tema 692, quanto à possibilidade da devolução de valores recebidos pelo litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada.
- Determinada a suspensão, em todo o país, dos processos que discutem a matéria, até que se decida pela aplicação, revisão ou distinção do Tema 692/STJ.
- Decisão agravada reformada, para que seja observada a determinação do c. Superior Tribunal de Justiça.
- Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu conhecer do agravo de instrumento e lhe dar parcial provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS em face da r. decisão que indeferiu o pedido de devolução das quantias recebidas por tutela antecipada posteriormente revogada e determinou o encaminhamento dos autos ao arquivo, oportunamente.

Pleiteia, em síntese, a reforma da decisão, ao argumento de que os pagamentos efetuados em cumprimento à decisão antecipatória da tutela são precários e que a boa-fé e a suposta natureza alimentar não impedem o ressarcimento ao erário.

Foi deferido o efeito suspensivo.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Recebo o presente recurso nos termos do § único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Discute-se a possibilidade de restituição, nos mesmos autos, dos valores pagos à parte autora a título de tutela antecipada concedida, posteriormente cassada em segundo grau.

O *decisum* julgou improcedente o pedido de auxílio-doença e cassou a tutela específica concedida na sentença.

Entendo que a decisão que antecipa a tutela jurídica, mesmo que em sentença de mérito, não enseja presunção, pelo segurado, de que os valores recebidos integram em definitivo o seu patrimônio, consoante precedentes do c. STJ.

Dessa forma, quando patenteado o pagamento a mais a título de benefício previdenciário, o direito de a Administração obter a devolução dos valores é inexorável, ainda que recebidos de boa-fé, à luz do disposto no artigo 115, II, da Lei n. 8.213/91. Trata-se de norma cogente, que obriga o administrador a agir, sob pena de responsabilidade.

Entretanto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento da questão de ordem nos REsps n. 1.734.627/SP, 1.734.641/SP, 1.734.647/SP, 1.734.656/SP, 1.734.685/SP e 1.734.698/SP - acórdão publicado no DJe de 3/12/2018 -, acolheu proposta de revisão de entendimento firmado em tese repetitiva, relativa ao Tema 692, quanto à possibilidade da devolução de valores recebidos pelo litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada.

Houve determinação de *suspensão*, em todo o país, dos processos que discutem a matéria, até que se decida pela aplicação, revisão ou distinção do Tema 692/STJ.

Dessa forma, impõe-se seja observada a determinação do c. Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, *conheço do agravo de instrumento e lhe dou parcial provimento*, para determinar seja observada a decisão do c. Superior Tribunal de Justiça, cujo comando é a suspensão, em todo o país, dos processos que discutam a possibilidade de devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

Direito Processual Penal



"HABEAS CORPUS"
5000674-04.2019.4.03.0000

Paciente: LUCIANO GABRIEL DA SILVA
Impetrante: EDNA ALVES DA COSTA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2019

EMENTA

HABEAS CORPUS. UNIFICAÇÃO DE PENAS. JUÍZO DA EXECUÇÃO. ARTIGO 111 DA LEP. POSSIBILIDADE. REGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.
1. Segundo o artigo 111 da Lei 7.210/1984: *"Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição"*.
2. Não se trata de regressão de regime, mas propriamente da unificação das penas, expressamente prevista na Lei de Execução Penal, em seu art. 111.
3. Feita a unificação das penas e verificada que a sua soma ultrapassa o limite de quatro anos insculpido no inciso I, do artigo 44, do Código Penal, não se me afigura ilegal a decisão que determina a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e fixa novo regime prisional para o início de seu cumprimento.
4. Em relação ao estado de saúde do paciente, e, em que pese tratar-se de paciente portador de Hepatite C e Sífilis (DI nº 23047604), anoto que a impetrante não juntou nenhuma documentação médica (laudo ou atestado) que comprove a debilidade do estado de saúde do paciente e sua impossibilidade de cumprir pena em estabelecimento prisional, juntando apenas receituários médicos.
5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu denegar a ordem , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Edna Alves da Costa, em favor de LUCIANO GABRIEL DA SILVA, contra ato imputado ao Juízo Federal da 5ª Vara Federal de Santos/SP.

Aduz a impetrante, em síntese, que o paciente foi condenado definitivamente em duas ações penais.

Informa que, nos autos da Ação Penal nº 0010540-31.2008.403.6104, que tramitou perante a 5ª Vara Federal de Santos/SP, o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 16 (dezesseis) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade. Já nos autos da Ação Penal nº 5002286-66.2014.4.04.7002, que tramitou perante a 3ª Vara Federal de Foz do Iguaçu/PR, foi condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 05 (cinco) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Relata que, por ocasião da audiência admonitória e da duplicidade de execuções penais originárias de Juízos distintos, deu-se início ao cumprimento provisório das penas restritivas de direitos, tendo o membro do *Parquet* Federal opinado favoravelmente ao cumprimento simultâneo das penas substitutivas.

Salienta que, em razão da prevenção para dirimir os incidentes da execução, houve declínio de competência para o Juízo da 5ª Vara de Santos/SP, tendo a autoridade coatora determinado o recálculo das penas impostas, unificado as penas, bem como determinado a regressão ao regime semiaberto.

Aduz que o paciente possui trabalho lícito, com registro em carteira, e que encontra-se com problema de saúde, fazendo tratamento médico contra Hepatite C e Sífilis, doenças que o impossibilitam de manter-se em estabelecimento prisional.

Discorre sobre sua tese, junta jurisprudência que entende lhe favorecer e pede seja deferida a liminar a fim de que seja oportunizado ao paciente o cumprimento simultâneo das penas substitutivas. No mérito, requer a concessão da ordem, confirmando-se a liminar.

A liminar não foi concedida (Id. 27296576).

As informações da autoridade coatora foram prestadas (Id. 29475869, páginas 1/4).

Em parecer (Id. 32636886, páginas 1/11), a Procuradoria Regional da República da 3ª Região manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

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

A despeito de não ser admissível a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado (agravo em execução), penso ser o caso de conhecer do presente *writ*, haja vista a excepcionalidade relacionada a eventual ilegalidade apta a gerar indevido constrangimento ao paciente, principalmente pelo fato de a matéria posta a desate não demandar o revolvimento de provas, já que a controvérsia se limita à matéria de direito.

Feitas essas considerações iniciais, consigno que ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata

ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal e artigo 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma, pois, que se analisa a presente impetração.

A decisão impugnada restou assim fundamentada:

> (...) Ressalvado entendimento em sentido contrário, tenho que apesar de o cumprimento de ambas as condenações parecerem compatíveis entre si em um primeiro momento, tal compatibilidade deve ser analisada sob a perspectiva do montante final da pena, resultado da soma das duas condenações. Isso porque, não se afigura razoável ou mesmo adequado ao espírito da norma cristalizada no art. 44 do Código Penal, a manutenção das penas restritivas de direitos, uma vez que, somadas, superam o montante de 4 (quatro) anos de reclusão, isto é, o limite imposto pela lei para a viabilização da substituição. Nota-se que pensamento em sentido contrário poderia comportar a seguinte situação, na qual uma pessoa é condenada à pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos de reclusão em duas, três, ou mais ações penais, e em todas elas se valer do benefício previsto no art. 44 do CP. Penso que tal situação não se coaduna como os ditames do art. 111 da Lei 7.210/84.
> No que toca às alegações do reeducando no sentido de que já teria iniciado o cumprimento da reprimendas, anoto que o cálculo da detração e a planilha de unificação das penas encontram-se acostadas às fls. 118/120 dos autos, não havendo nenhum óbice ao entendimento firmado anteriormente, uma vez que o resultado da soma atinge o montante de 05 (cinco) anos e 14 (quatorze) dias de reclusão, ou seja, patamar superior àquele imposto pelo art. 33, §2º, alínea "b", do Código Penal. Quanto ao alegado estado de saúde do executado, registro que, ainda que o regime prisional seja diverso do aberto, o tratamento médico em questão poderá ser ministrado no estabelecimento em que se encontrar o apenado, ou ainda, caso se mostre necessário, através de eventuais saídas autorizadas pela administração penitenciária (art. 120, inciso II da LEP). Diante desse quadro (...), mantenho a decisão de fls. 88/90 nos seus exatos termos. (...).

A impetrante sustenta que, com a unificação das penas das condenações nos autos das Ações Penais 0010540-31.2008.403.6104 e 5002286-66.2014.4.04.7002, determinou a regressão de regime e afastou a possibilidade de cumprimento de penas restritivas de direitos em substituição das penas privativas de liberdade.

Não obstante, segundo o artigo 111 da Lei 7.210/1984: *"Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição"*.

Com a unificação das penas impostas ao paciente nas ações penais citadas, atinge-se um total de 05 (cinco) anos e 14 (quatorze) dias de reclusão.

Nesse particular, não se trata de regressão de regime a imposição do regime semiaberto, mas propriamente da unificação das penas, expressamente prevista na Lei de Execução Penal, em seu art. 111.

De fato, quando houver condenação por mais de um crime, a definição do regime de cumprimento da pena será feita após a unificação das reprimendas, sendo que, se sobrevier decreto condenatório no curso da execução de uma das penas, deverá ser somada a nova pena ao restante da que está sendo cumprida para se determinar o regime prisional.

Feita a unificação das penas e verificada que a sua soma ultrapassa o limite de quatro anos insculpido no inciso I, do artigo 44, do Código Penal, não se me afigura ilegal a decisão que determina a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e fixa

novo regime prisional para o início de seu cumprimento.

Por fim, em relação ao estado de saúde do paciente, e, em que pese tratar-se de paciente portador de Hepatite C e Sífilis (DI nº 23047604), anoto que a impetrante não juntou nenhuma documentação médica (laudo ou atestado) que comprove a debilidade do estado de saúde do paciente e sua impossibilidade de cumprir pena em estabelecimento prisional, juntando apenas receituários médicos.

Ademais, como bem consignado pela autoridade impetrada, caso se mostre necessário, "eventuais saídas" poderão ser autorizadas pela administração penitenciária para tratamento médico.

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

"HABEAS CORPUS"
5001999-14.2019.4.03.0000

Paciente: DIMAS DE MELO PIMENTA III
Impetrante: MARCO AURELIO NAKAZONE, AGENOR NAKAZONE, LUCAS COUTINHO MIRANDA SANTOS
Impetrado: PROCURADOR DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2019

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. REQUISIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. COMPETÊNCIA. TRANCAMENTO. INQUÉRITO POLICIAL. AÇÃO PENAL. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA TRABALHISTA. SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADMISSIBILIDADE. SONEGAÇÃO FISCAL. CRIMES DE FALSIDADE MATERIAL OU IDEOLÓGICA. ABSORÇÃO. POTENCIALIDADE LESIVA. CASUÍSTICA. ORDEM DENEGADA.

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 n. 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 n. 377.356, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07.10.08, *Informativo STF* n. 523).

3. O trancamento do inquérito policial ou da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, ausência de provas da materialidade e autoria, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade (STJ, HC n. 292858, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.11.15).

4. A sentença trabalhista constitui título executivo judicial das contribuições sociais a dispensar a instauração de procedimento administrativo para a formação do título extrajudicial (STJ, REsp n. 200902395252, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.08.13; TRF da 3ª Região, ApReeNec 00016084420104036117, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 21.07.15), de modo que igualmente faz prova da materialidade delitiva em atendimento à Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal (TRF da 3ª Região, ACr n. 2016.61.15.003851-0, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, j. 07.05.18).

5. A questão da absorção ou não do delito de falsidade material ou ideológica pelo delito de sonegação fiscal não pode ser resolvida abstratamente pelo mero confronto dos tipos penais. É certo que o delito de sonegação fiscal implica a fraude, o que envolve por vezes a prática do delito de falso e, nessa medida, este é absorvido por aquele. Mas pode suceder, também, que a par de o documento falso render ensejo à

sonegação, remanesce a ofender a fé pública, passível de ser empregado para iludir terceiros de boa-fé. Conclui-se que o delito de *falsum* é absorvido pela sonegação se neste exaure sua potencialidade lesiva; e, ao contrário, subsiste como crime autônomo se sua potencialidade lesiva transcende a prática da sonegação. Daí que os delitos de falso podem ser considerados como absorvidos pela sonegação (TRF da 3ª Região, HC n. 200503000663112, Rel. Juiz Fed. Conv. Higino Cinacchi, j. 28.11.05) como inversamente subsistem autonomamente quando apresentarem potencial lesivo autônomo (STF, HC n. 84453, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.08.04; HC n. 91469, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.05.08; HC n. 83115, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04.05.04; HC n. 80801, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.05.01).

6. Em regra, a incidência do princípio da consunção não é passível de análise em sede de habeas corpus, pois necessária a análise aprofundada dos fatos para averiguar a eventual autonomia delitiva e a potencialidade lesiva de cada conduta (STJ, HC n. 380.695/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20.04.17; AgRg no HC n. 380.761/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 09.03.17; AREsp n. 611.237/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02.09.16).

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu DENEGAR a ordem de habeas corpus, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Dimas de Melo Pimenta III contra ato da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, consistente em requisição, em 21.08.17, de instauração de inquérito policial, objetivando o trancamento do Inquérito Policial n. 669/17, ante os seguintes argumentos:

I) a não tipificação, nem mesmo em tese, do crime de sonegação de contribuição previdenciária, pelo não lançamento definitivo do crédito tributário pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (v. itens 8/8.4);

II) e a absorção do crime de falsificação de documento público (artigo 297, § 4º, do Código Penal), pelo delito de sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A, inciso I, do Código Penal), tendo em vista tratar-se o primeiro de crime-meio para o segundo, crime-fim (princípio da consunção) (v. itens 9/9.4). (Id n. 28776518, p. 22)

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) em 19.06.17, o Juízo da 68ª Vara do Trabalho de São Paulo (SP) julgou parcialmente procedente a Reclamação Trabalhista n. 1001641-58.2016.5.02.0068, reconhecendo o vínculo de emprego entre os litigantes no período de 03.10.05 a 02.07.16;

b) na fundamentação da sentença trabalhista constou que, em relação aos fatos aprecia-

dos, houve, em tese, sonegação fiscal por ambos os litigantes e utilização de pessoa jurídica para mascarar vínculo empregatício e eximir as partes dos recolhimentos fiscais e previdenciários, e foi determinada a expedição de ofício ao Ministério Público Federal para apuração de possíveis ilícitos praticados pelo reclamante, Althayr José Martins Ferreira Filho, pela reclamada, Dimas de Melo Pimenta Sistemas de Ponto e Acesso Ltda., e pela empresa Strazdas e Martins Ferreira Engenharia Ltda., com denominação alterada para SMF Engenharia Ltda.;

c) ante a comunicação judicial, em 05.07.17 a Procuradoria da República no Estado de São Paulo, autoridade impetrada, instaurou a Notícia de Fato n. 1.34.001.007314/2017-46, e, em 21.08.17, por identificar condutas em tese tipificadas nos arts. 297, § 4º, e 337-A, I, do Código Penal, determinou o encaminhamento da notícia de fato à Polícia Federal, requisitando a instauração de inquérito policial, tendo sido expedido o Ofício n. 12643/17 à Superintendência Regional em São Paulo – Departamento de Polícia Federal;

d) em 22.12.17, a Delegacia de Repressão a Crimes Previdenciários – DELEPREV, em atendimento à requisição ministerial, instaurou o Inquérito Policial n. 669/17, e a oitiva do paciente foi designada para o dia 19.02.19, às 16h30;

e) a requisição ministerial ora impugnada fere o direito constitucional da liberdade de locomoção e as garantias fundamentais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da legalidade, ante a absorção do crime de falsificação de documento público (crime-meio) pelo crime de sonegação de contribuição previdenciária (crime-fim), e consequente não tipificação, nem mesmo em tese, da sonegação, por ausência de lançamento definitivo do crédito tributário;

f) o primeiro argumento lançado pelo Ministério Público Federal para requisitar a instauração do inquérito policial foi de que a materialidade delitiva do crime previsto no art. 337-A do Código Penal seria comprovada pela sentença trabalhista, pois a contribuição previdenciária que incide sobre as verbas trabalhistas é calculada pelo contador judicial e não pelo Fisco, advindo da sentença trabalhista a constituição do crédito tributário;

g) o segundo argumento consistiu no entendimento de que as condutas encontrariam adequação típica nos arts. 297, § 4º, e 337-A, I, do Código Penal, e, conforme reiterado entendimento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, os crimes tipificados nos artigos destacados não são passíveis de aplicação do princípio da absorção ou consunção, e ambos merecem persecução penal no âmbito da Justiça Federal;

h) quanto ao primeiro argumento, no entanto, a Lei n. 9.430/96 estabeleceu como condição objetiva de punibilidade o lançamento definitivo do crédito tributário pelo INSS, reconhecendo-se a natureza tributária do delito de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A), muito embora não incluído na Lei n. 8.137/90, com a aplicação, por analogia, da Súmula Vinculante n. 24, conforme jurisprudência e doutrina consolidadas;

i) a sentença trabalhista não constitui o crédito tributário nem comprova a materialidade delitiva, pois a competência da Justiça do Trabalho para "a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, e seus acréscimos legais" (CR, art. 114, VIII), refere-se exclusivamente àquelas "decorrentes das sentenças que proferir", de forma que o pressuposto de exigibilidade é a constituição do crédito pela própria sentença trabalhista;

j) "A questão alegada no presente *writ*, no entanto, não reside em apurar quem deve ou pode averiguar sua exigibilidade, mas sim em saber se o crédito tributário é ou não devido, não se tipificando, por óbvio, o crime de sonegação de contribuição previdenciária enquanto perdurar tal dúvida" (Id n. 28776518, p. 9);

k) tampouco prospera o segundo argumento ministerial, pois a jurisprudência e a doutrina são pacíficas no sentido de que o crime de sonegação de contribuição previdenciária (crime-fim) absorve o crime de falso (crime-meio) quando no primeiro esgota-se a potencialidade lesiva do segundo, e no caso concretou não houve qualquer ação autônoma e independente de falsificar documento público, apenas o ato de sonegar tributo, "que tem na fraude fase de preparação ou de execução para a sua realização, o que pode ser verificado de plano, sem a necessidade de se adentrar no exame do conjunto fático-probatório" (Id n. 28776518, p. 19);

l) "de acordo com a própria requisição ministerial, ora impugnada, *in verbis*, 'a contratação (...) foi realizada por intermédio de (...) empresa jurídica (...), com a' única 'finalidade de dissimular a relação de emprego e, consequentemente, eximir as partes de recolhimentos fiscais e previdenciários'" (Id n. 28776518, p. 18);

m) "a absorção do crime de falsificação de documento público pelo delito de sonegação de contribuição previdenciária, tendo em vista tratar-se o primeiro de crime-meio para o segundo, crime-fim, e a sua consequente não tipificação, nem mesmo em tese, pelo não lançamento definitivo do crédito tributário, impõem-se como medidas imperiosas" (Id n. 28776518, p. 18);

n) requer-se a suspensão da oitiva do paciente, designada para o dia 19.02.19, às 16h30, atentando-se "à imensurável, inegável e, até mesmo, irreversível lesão à imagem do paciente, pai de família e empresário trabalhador e honesto, de grande prestígio no meio familiar, social e profissional, de ser investigado e, ainda mais, prestar depoimento, nos autos de Inquérito Policial Federal – IPL instaurado para a apuração de fatos atípicos, de modo a gerar lesão grave e irreversível ao seu *status libertatis* e *status dignitatis*" (Id n. 28776518, p. 21);

o) no mérito, requer-se a concessão da ordem para o trancamento do inquérito policial instaurado (Id n. 28776518, pp. 1-22).

Foram juntados documentos.

A liminar foi indeferida (Id n. 29157858).

Foram prestadas informações (Ids ns. 30701645 e 31072907).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Márcio Domene Cabrini, manifestou-se em parecer pela denegação da ordem de *habeas corpus* (Id n. 33020358).

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 é ato que não se sujeita ao juízo de discricionariedade da autoridade policial, uma vez que consiste em determinação que por ela não pode ser descumprida, sob pena de cometer o delito de prevaricação (art. 319 do Código Penal) ou sujeitar-se a sanções de ordem administrativa.

Destarte, a requisição para instauração de inquérito policial por membro do Ministério Público Federal retira da autoridade policial qualquer juízo a respeito da necessidade de instauração do procedimento, devendo atender de pronto a determinação.

Nessa ordem de ideias, deve figurar como autoridade impetrada o membro do *Parquet* Federal que requisitou a instauração do inquérito policial:

> PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO MEDIANTE REQUISIÇÃO DO PROCURADOR DA REPÚBLICA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU. EXTINÇÃO DO PROCESSO. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. Habeas corpus impetrado perante o Juízo Federal, apontando como autoridade coatora o representante do Ministério Público Federal e o Delegado da Policia Federal que instaurou o inquérito policial para apurar o delito do artigos 337-A do Código Penal.
> 2. O inquérito policial foi instaurado mediante requisição do Ministério Público Federal. Assim, o suposto constrangimento ilegal não teria partido de ato da autoridade policial que instaurou o inquérito, mas de ato da autoridade requisitante, ou seja, o membro Ministério Público Federal.
> 3. A requisição para instauração de inquérito policial por membro do Ministério Público Federal retira da autoridade policial qualquer juízo a respeito da necessidade de instauração do procedimento, devendo atender de pronto a determinação.
> (...)
> (TRF da 3ª Região, ACr n. 200961810050382, Rel. Des. Fed. Márcio Mesquita, j. 19.01.10)
>
> PENAL - RECURSO EM HABEAS CORPUS - REMESSA OFICIAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - REMESSA DE PEÇAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO - REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO - AUTORIDADE COATORA - COMPETÊNCIA - NULIDADE RECONHECIDA - PAGAMENTO DA DÍVIDA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO - REMESSA OFICIAL CONHECIDA E PROVIDA.
> 1. A ordem de remessa de peças ao Ministério Público para verificação da ocorrência de delito, com a requisição de instauração de inquérito por seu representante, faz dele a autoridade coatora na hipótese da impetração da ordem de "habeas corpus".
> (...)
> (TRF da 3ª Região, RCCr n. 200361110006758 , Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 27.10.03)

Quanto à competência dos Tribunais Regionais Federais para conhecer e julgar *habeas corpus* contra ato praticado por membro do Ministério Público Federal, ela é prevista no art. 108, I, a, da Constituição da República:

> Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:
> I - processar e julgar originariamente:
> a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (...).

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 n. 377.356, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07.10.08, *Informativo STF* n. 523).

Trancamento. Inquérito policial. Ação penal. Exame aprofundado de provas. Inadmissibilidade. O trancamento do inquérito policial ou da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, ausência de provas da materialidade e autoria, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. PECULATO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. FRAUDE A LICITAÇÃO. AUTORIA COLETIVA. DESCRIÇÃO FÁTICA GENÉRICA. SUFICIÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.
1. O trancamento de inquérito ou de ação penal só se justifica em face de prova cabal que torne evidente faltar-lhe justa causa, quer pela total ausência de provas sobre a autoria e materialidade, quer pela atipicidade da conduta, ou pela ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade. Precedentes do STF e desta Corte.
(...)
8. Ordem denegada.
(STJ, HC n. 292858, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.11.15)

Sonegação. Falsidade. Absorção. Casuística. A questão da absorção ou não do delito de falsidade material ou ideológica pelo delito de sonegação fiscal não pode ser resolvida abstratamente pelo mero confronto dos tipos penais. É certo que o delito de sonegação fiscal implica a fraude, o que envolve por vezes a prática do delito de falso e, nessa medida, este é absorvido por aquele. Mas pode suceder, também, que a par de o documento falso render ensejo à sonegação, remanesce a ofender a fé pública, passível de ser empregado para iludir terceiros de boa-fé. Conclui-se que o delito de falsum é absorvido pela sonegação se neste exaure sua potencialidade lesiva; e, ao contrário, subsiste como crime autônomo se sua potencialidade lesiva transcende a prática da sonegação.

Daí que os delitos de falso podem ser considerados como absorvidos pela sonegação:

"HABEAS CORPUS". DELITO DE SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, I E IV, DA LEI Nº 8.137/90. CRIME-FIM. FALSIDADE IDEOLÓGICA E ESTELIONATO. CRIMES-MEIO. ABSORVIDOS. CONFLITO DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. RECEBIMENTO. FINALIDADE DE SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. CONCESSÃO DA ORDEM.
1. Se o contribuinte comete falsidade ideológica com o propósito específico de suprimir ou reduzir tributo, obtendo, assim, vantagem indevida, resulta que tanto o crime de falsidade como de estelionato (crimes-meio) são pressupostos do crime de sonegação fiscal (crime-fim), restando por esse absorvidos.
2. Aplica-se, em situações como essa, o princípio da consunção, que se dá "quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração" (Bitencourt, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. Vol. 1. 6ª ed., Ed. Sarai-va. São Paulo. 2000, p. 132).
3. Nada obstante, a Lei nº 8.137/90, em seus arts. 1º e 2º, prevê que uma das maneiras para o cometimento do crime de sonegação fiscal é a falsificação. Assim, não seria lógico, nem tampouco coerente com os princípios penais modernos, no qual se destaca o do direito penal mínimo, imputar ao agente, além da sonegação fiscal, as condutas intermediárias igualmente delituosas.
4. O recebimento da restituição do imposto de renda, nesse contexto, não acarreta a configuração do delito de estelionato de maneira autônoma. É dizer, o agente que se utiliza de documentos falsificados para receber maior restituição, mediante o abatimento das despesas inexistentes, visa, na realidade, à supressão ou redução de tributos.
5. Ordem concedida, determinando o trancamento da ação penal, com relação aos crimes de falsidade ideológica e de estelionato.
(TRF da 3ª Região, HC n. 200503000663112, Rel. Juiz Fed. Conv. Higino Cinacchi, j. 28.11.05)

Mas os delitos de falso inversamente subsistem autonomamente quando apresentarem potencial lesivo autônomo:

> Crimes contra a ordem tributária, quadrilha e falsidade ideológica.
> 1. O aperfeiçoamento do delito de quadrilha ou bando não depende da prática ou da punibilidade dos crimes a cuja comissão se destinava a associação criminosa.
> 2. Por isso, a suspensão da punibilidade de crimes contra a ordem tributária imputados a membros da associação para delinqüir, por força da adesão ao REFIS II (L. 10684/03), não se estende ao de quadrilha.
> 3. O crime contra a ordem tributária absorve os de falsidade ideológica necessários à tipificação daqueles; não, porém, o falsum cometido na organização da quadrilha.
> (STF, HC n. 84453, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.08.04)

> *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ABSORÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.
> 1. A suposta falsidade ideológica não foi perpetrada em documento exclusivamente destinado à prática, em tese, do crime de sonegação tributária, em relação ao qual a ação penal foi trancada.
> 2. A falsidade nos documentos de registro de automóvel apresenta potencial lesivo autônomo, independentemente da prática do crime contra a ordem tributária. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Precedentes.
> 3. Ordem denegada.
> (STF, HC n. 91469, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.05.08)

> Penal. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Crime de uso de documento falso. Código Penal, art. 304 c/c art. 297, parágrafo único, e art. 92, I. Lei 8.137/90, art. 2º, I.
> I. - Inquérito STJ nº 300: ação penal STJ nº 238/SP: uso de documento falso. Inquérito STJ nº 281: apuração de eventual enriquecimento ilícito no exercício do cargo.
> II. - O documento falso foi apresentado numa investigação que poderia resultar, em tese, em mais de um delito: o delito contra a ordem tributária e possível ou possíveis delitos decorrentes de enriquecimento ilícito no exercício de cargo público. O pagamento do tributo não elide o crime de falso, por isso que, da investigação, em que o documento falso teria sido apresentado, poderia originar-se outro ou outros delitos, decorrentes de enriquecimento ilícito, que o pagamento do tributo não elidiria.
> III. - Prematuro concluir, ademais, no julgamento do habeas corpus, que o crime de falso não pode ser tratado como crime autônomo.
> IV. - Exame de provas: impossibilidade no processo de habeas corpus.
> V. - H.C. indeferido.
> (STF, HC n. 83115, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04.05.04)

> FALSIDADE IDEOLÓGICA - AUTONOMIA. Constando da denúncia que, mediante falsidade ideológica, logrou-se a obtenção de certidões negativas de débitos sem quitação de dívidas, cumpre admitir a autonomia do crime, no que desvinculado da sonegação fiscal.
> (STF, HC n. 80801, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.05.01)

Consunção. Em regra, a incidência do princípio da consunção não é passível de análise em sede de *habeas corpus*, pois necessária a análise aprofundada dos fatos para averiguar a eventual autonomia delitiva e a potencialidade lesiva de cada conduta (STJ, HC n. 380.695/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20.04.17; AgRg no HC n. 380.761/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 09.03.17; AREsp n. 611.237/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02.09.16).

Sentença trabalhista. Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal. Admissi-

bilidade. A sentença trabalhista constitui título executivo judicial das contribuições sociais a dispensar a instauração de procedimento administrativo para a formação do título extrajudicial (STJ, REsp n. 200902395252, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.08.13; TRF da 3ª Região, ApReeNec 00016084420104036117, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 21.07.15), de modo que igualmente faz prova da materialidade delitiva em atendimento à Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal (TRF da 3ª Região, ACr n. 2016.61.15.003851-0, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, j. 07.05.18).

Do caso dos autos. Conforme documentos que acompanham a impetração, na sentença trabalhista proferida nos Autos n. 1001641-58.2016.5.02.0068 foi decidido o quanto segue:

> ISTO POSTO, a 68ª Vara do Trabalho de São Paulo, resolve, declarar prescritas as parcelas vencidas e exigíveis anteriores a 02.09.2011, exceto dos depósitos do FGTS das verbas pagas, extinguindo, nesta parte, o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015; pronunciar a prescrição total do pedido relativo a diferenças salariais decorrentes da alteração contratual quanto ao percentual e base de cálculo das comissões, extinguindo, com resolução de mérito, o pedido do item III, do rol da inicial, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015; julgar PROCEDENTES EM PARTE, os pedidos, reconhecendo o vinculo de emprego entre os litigantes no período de 03.10.2005 a 02.07.2016, condenando a reclamada, Dimas de Melo Pimenta Sistemas de Ponto e Acesso Ltda., a efetuar o registro na CTPS e a pagar ao reclamante, Althayr José Martins Ferreira Filho, nos termos da fundamentação que integra este decisum, observadas as determinações e limitações ali impostas o que resultar apurado em liquidação de sentença a título de: a) 60 dias de aviso prévio e integração desse período no seu tempo de serviço; b) 13º salário/2011, 13º salário/2012, 13º salário/2013, 13º salário/2014, 13º salário/2015 e 8/12 de 13º salário/2016; c) férias com o acréscimo de 1/3, em dobro, dos períodos aquisitivos 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014; férias com o acréscimo de 1/3 do período aquisitivo 2014/2015 e 11/12 de férias com o acréscimo de 1/3 do período de 2015/2016.
>
> Condeno a reclamada a efetuar o registro e anotar a CTPS obreira, após o trânsito em julgado, nos oito dias subsequentes à sua intimação, consignando a data de admissão e a saída com a projeção do período do aviso prévio, observando a IN Nº 15 de 14.07.2010 do Ministério do Trabalho e Emprego, na função de Gerente de Filiais com salário mensal variável. Na omissão patronal as anotações serão efetuadas pela Secretaria da Vara que comunicará o fato à DRT/SP para a aplicação das multas administrativas cabíveis.
>
> No mesmo prazo acima deverá também, a reclamada, promover e comprovar nos autos os depósitos do FGTS com o acréscimo de 40% de todo o período contratual. Os cálculos deverão observar os valores mensais pagos ao autor, além das verbas acima deferidas a título de aviso prévio e 13º salário, liberando-os ao autor, por meio da entrega das guias TRCT, código 01, sob pena de execução direta pelo valor equivalente, na constatação de ausência ou insuficiência de depósitos.
>
> Ainda no mesmo prazo a reclamada deverá entregar ao autor as guias CD para habilitação ao seguro desemprego, arcando com o pagamento da indenização substitutiva, na hipótese de lhe ser imputável a impossibilidade do recebimento do benefício pelo obreiro.
>
> São de natureza salarial as verbas objeto da condenação a título de 13º salários. As demais verbas são de natureza indenizatória.
>
> Juros de mora de 1% calculados a partir do ajuizamento da ação (artigo 883 da CLT) sobre o valor da condenação já corrigida monetariamente (Súmula 200 do C. TST). Correção monetária considerando-se como época própria o mês subsequente ao da prestação dos serviços (Súmula 381 do C. TST) e para as verbas rescisórias a data limite para pagamento fixada no artigo 477, § 6º, alínea "b", da CLT.
>
> Recolhimentos previdenciários, mês a mês, obedecendo-se ao teto máximo de contribuição,

nos termos da legislação vigente (artigo 276, § 4" do Decreto 3.048/99 e Provimento 01/96 do C. TST). Recolhimentos fiscais, na forma da Lei 7.713, de 22.12.1988, artigo 12-A, incluído pela Lei nº 12.350/2010 – DOU 21.12.2010 e Instrução Normativa nº 1.127 da Receita Federal de 07.02.2011.
Os juros de mora são de natureza indenizatória e não integram a base de cálculo do imposto de renda (OJ nº 400 da SDI-I/TST).
Autorizo a retenção, sobre o crédito do autor (artigo 46 da Lei 8.541/92, Provimento 03/2005 da CG - TST e Súmula 368, II, do TST) dos valores relativos ao imposto de renda e contribuições previdenciárias.
Após o trânsito em julgado deverá a Secretaria da Vara expedir ofícios à DRT/SP e ao INSS noticiando o reconhecimento do vinculo de emprego para as providências cabíveis.
Independente do trânsito em julgado, com fundamento no artigo 40 do Código de Processo Penal, determino a expedição de ofício ao Ministério Público Federal instruído com o inteiro teor do presente processo, incluindo a sentença, para apuração de possíveis ilícitos praticados pelo reclamante, Althayr José Martins Ferreira Filho (CPF-MF nº 043.847.788-05), reclamada, Dimas de Melo Pimenta Sistemas de Ponto e Acesso Ltda. (CNPJ Nº 61.099.008/0001-41) e empresa Strazdas e Martins Ferreira Engenharia Ltda. CNPJ Nº 19.129.696/0001-89 (com denominação alterada para SMF Engenharia Ltda. ID. 2612d68) e oferecimento de denúncia se entender cabível.
Custas processuais, a cargo da reclamada, calculadas sobre o valor da condenação de RS 600.000,00, ora arbitrado para tal fim, no importe de R$ 12.000,00. Intimem-se. NADA MAIS. (Id n. 28776518, pp. 34-35)

A partir do ofício expedido pelo Juízo da 68ª Vara do Trabalho de São Paulo (SP), a Procuradoria da República em São Paulo (SP) proferiu o seguinte despacho, nos autos da Notícia de Fato n. 1.34.001.007314/2017-46:

A presente notícia de fato foi autuada a partir de ofício expedido pelo Juízo da 68ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, por meio do qual foi encaminhada cópia da sentença referente à reclamação trabalhista nº 1001641-58.2016.5.02.0068, haja vista a identificação de condutas supostamente criminosas, notadamente aquelas condutas tipificadas no art. 297, § 4º, e no art. 337-A, I, do Código Penal (fls. 3/8).
Em suma, de acordo com as informações constantes na peça que forma o presente feito, ALTHAYR JOSÉ MARTINS FERREIRA FILHO foi contratado pela reclamada, DIMAS DE MELO PIMENTA SISTEMAS DE PONTO E ACESSO LTDA., para a função de gerente de filiais. Porém, a contratação do reclamante foi realizada por intermédio de sua empresa jurídica, STRAZDAS E MARTINS FERREIRA ENGENHRARIA LTDA., com a suposta finalidade de dissimular a relação de emprego e, consequentemente, eximir as partes de recolhimentos fiscais e previdenciários.
Assim, as condutas noticiadas encontram possível adequação típica nos arts. 297, § 4º, e 337-A, I, do Código Penal. Conforme reiterado entendimento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, os crimes tipificados nos artigos destacados não são passíveis de aplicação do princípio da absorção ou consunção e ambos merecem persecução penal no âmbito da Justiça Federal (cf. enunciados 26 e 27, 2ª CCR).
Nesse contexto, a contribuição previdenciária que incide sobre as verbas trabalhistas é calculada pelo contador do juízo, e não pelo Fisco. É a sentença

> trabalhista, homologatória de acordo, ou condenatória (neste caso, sujeita à revisão pelo TRT) que constitui o crédito tributário neste caso, sendo impossível à Receita Federal efetuar lançamento sobre estes valores com base nos documentos encaminhados pela Justiça do Trabalho.
> Portanto, a materialidade delitiva no caso do art. 337-A do CP será comprovada com a sentença trabalhista e o memorial de liquidação dos cálculos.
> Dessa forma, considerando os fatos descritos e visando esclarecer melhor as suas circunstâncias, determino o encaminhamento da presente notícia de fato à Polícia Federal, requisitando a instauração de Inquérito Policial, sugerindo, como diligência inicial, a expedição de ofício ao Juízo da 68ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, solicitando cópia integral da reclamação trabalhista nº 1001641-58.2016.5.02.0068, bem como a oitiva de ALTHAYR JOSÉ MARTINS FERREIRA FILHO e do responsável legal pela empresa DIMAS DE MELO PIMENTA SISTEMAS DE PONTO E ACESSO LTDA. (Id n. 28776518, pp. 40-41).

O Inquérito Policial n. 0669/2017-5 – SR/PF/SP foi instaurado em 22.12.17 (Id n. 28776518, pp. 48-49).

Em 20.12.18 foi certificada a expedição de mandado de intimação para comparecimento do paciente à Superintendência Regional de Polícia Federal em São Paulo, agendado para o dia 19.02.19, às 16h30 (Id n. 28776518, p. 51).

Ao prestar informações, o Ilustre Procurador da República consignou o seguinte:

> Ora, conforme entendimento jurisprudencial consolidado, as contribuições previdenciárias decorrentes de condenação em sentença trabalhista independem de procedimento administrativo para fins de lançamento tributário e constituição do respectivo crédito, pois a própria sentença trabalhista constitui o crédito tributário. Dessa forma, os créditos tributários decorrentes dessas condenações nunca são lançados pela Receita Federal.
> Assim, não há que se falar em necessidade de constituição definitiva do crédito tributário na via administrativa no caso em exame.
> Quanto à subsunção do crime previsto no artigo 297, § 4º, do Código Penal, pelo delito de sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A, inciso I, do Código Penal), tem-se que as condutas em tela tutelam bens jurídicos e a primeira não é meio necessário, nem suficiente, para que a segunda seja alcançada.
> A falta de anotação de vínculo em CTPS tem efeitos na seara trabalhista que vão além da mera sonegação de contribuições previdenciárias, o que é sugerido pela própria topografia da norma em questão, inserida entre os crimes contra a fé pública. (Id n. 30701645, p. 3)

O Ilustre Delegado de Polícia Federal, a seu turno, informou o quanto segue:

> Tratando-se de requisição do órgão ministerial, houve a regular instauração do IPL 0669/2017, sendo que, como medida inicial, foi expedido ofício ao Juízo Trabalhista competente, visando confirmar se as verbas previdenciárias apuradas nos autos da ação trabalhista 1001641-58.2016.5.02.0068, movida por ALTHAYR JOSÉ MARTINS FERREIRA FILHO contra DIMAS DE MELO PIMENTA SISTEMAS DE PONTO E ACESSO LTDA, possuía valor líquido, certo e exigível do crédito previdenciário, bem como se houve pagamento e se ocorreu o transito em julgado. Houve resposta da 68ª Vara de São Paulo em 08.02.2018, informando que a citada ação estava pendente de julgamento de recurso na instância superior e que dessa forma, ainda não havia trânsito em julgado e homologação de cálculos, nem o pagamento.

> Destarte, a presente investigação, seguindo a posição da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, passou a perscrutar quanto a ocorrência do crime tipificado no artigo 297 § 4º do CP. Assim, houve a regular intimação de ALTHAYR JOSÉ MARTINS FERREIRA FILHO, que compareceu e prestou esclarecimentos em 30.08.18, prestando as seguintes declarações: (...).
> Seguindo a linha investigativa, era necessário realizar, dentre outras diligências, a audiência de DIMAS DE MELO PIMENTA III, responsável pela empresa DIMAS DE MELO PIMENTA SISTEMAS DE PONTO E ACESSO LTDA, o que vem ocorrendo desde 15.10.2018. Em 20.12.2018, houve nova tentativa em realizar a oitiva do investigado, agendando nova audiência para 19.02.2019. Convém ressaltar que o ato destina-se a concessão do exercício à autodefesa do investigado. Por fim, diante do tempo transcorrido entre a resposta da 68ª Vara do Trabalho de São Paulo, restou necessário a expedição de novo ofício, para verificar se o crédito previdenciário já foi constituído definitivamente. Com a efetivação da audiência de DIMAS DE MELO PIMENTA III, e resposta da 68ª Vara do Trabalho de São Paulo, serão os autos relatados e encaminhados ao ministério público federal, para eventual prosseguimento na persecução criminal. (Id n. 31072907)

Nos termos do art. 114, VII, da Constituição da República, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar "a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir".

Logo, especificamente em relação às contribuições previdenciárias decorrentes de condenação em sentença trabalhista, desnecessário o procedimento administrativo para fins de lançamento tributário e constituição do respectivo crédito, pois a própria sentença trabalhista constitui o crédito tributário, conforme entendimento jurisprudencial.

Conforme informações prestadas pela Autoridade Policial, reportando-se à resposta recebida pela 68ª Vara do Trabalho de São Paulo (SP), a Reclamação Trabalhista n. 1001641-58.2016.5.02.0068 encontra-se em fase recursal, de modo que, ao menos até 08.02.18, não havia trânsito em julgado nem homologação de cálculos. Não há notícias, portanto, de constituição definitiva do crédito tributário.

No entanto, ainda que não comprovada a materialidade em relação ao crime do art. 337-A, I, do Código Penal, não há ilegalidade no prosseguimento das investigações quanto à notícia de prática de crime do art. 297, § 4º, do Código Penal.

Considerando que a absorção ou não do crime de falso pelo delito de sonegação de contribuição previdenciária depende de análise aprofundada das circunstâncias do caso concreto, a revelar o grau de potencialidade lesiva da falsidade, não se revela cabível, em sede de *habeas corpus*, a incidência do princípio da consunção.

Não se verifica, portanto, a manifesta atipicidade alegada na impetração, a justificar excepcional trancamento de inquérito policial pela via do *habeas corpus*.

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0011626-54.2005.4.03.6100

Apelantes: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) E TROMBINI PAPEL E EMBALAGENS S/A
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2019

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. IPI. INDUSTRIALIZAÇÃO MODALIDADE RENOVAÇÃO OU RECONDICIONAMENTO. APARAS DE PAPEL E PAPELÃO. DIREITO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. STF. RE Nº 398.365/RS. REPERCUSSÃO GERAL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS. CRÉDITOS ESCRITURAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº 20.910/1932. APELAÇÃO DA AUTORA CONHECIDA EM PARTE E PROVIDA PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DE MULTA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Cerne da questão que reside em aferir qual a espécie de industrialização a autora realiza com as aparas e o papelão no fabrico de papel: transformação ou recondicionamento, a autorizar, neste caso, a aplicação da norma do artigo 7º do Decreto-Lei nº 400, de 30/12/1968.

2. Perícia técnica aproveitada para fins de comprovação da escrituração fiscal da autora em relação à efetiva aquisição das aparas de papel e papelão, comprovando, ainda, que fabrica papel a partir da industrialização da celulose, considerada transformação, bem assim a partir do processamento das aparas de papel e papelão, que consiste na matéria em julgamento. Utilização como prova indireta, em observância ao artigo 465 do CPC (art. 421, § 2º, do CPC/1973).

3. O aspecto material da hipótese de incidência do IPI tem como núcleo a operação de colocação do produto industrializado na cadeia de consumo, cujo processo prevê que determinada matéria-prima seja submetida a processo industrial e, após, siga até o consumidor final, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 46 do CTN.

4. O parágrafo único artigo 3º da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, prevê que a industrialização é entendida, basicamente, como um processo que altera o produto inicial em sua natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto.

5. O Regulamento do IPI (RIPI) vigente à época da propositura da ação fora editado pelo Decreto nº 2.367, de 25/07/1998, que descreve em seu artigo 4º (assim como o vigente) a partir das diretrizes previstas pelo parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, as modalidades de industrialização.

6. O elemento quantificativo do IPI é computado em determinados períodos de tempo, mediante a aplicação do princípio da não cumulatividade, por força do disposto pelo artigo 153, parágrafo 3º, inciso II, do Texto Magno, e do artigo 49 do CTN.

7. A técnica não cumulativa aplica-se a toda a cadeia de produção e tem como objetivo evitar a incidência em cascata e prevenir a verticalização, afastando-se o direito ao creditamento do IPI se não ocorreu a incidência na entrada e na saída, o que não

implica o desprovimento do pedido inicial, eis que a tese aqui discutida não cuida do creditamento fictício na entrada, mas, apenas da consideração da possibilidade de cálculo da base de cálculo do IPI na saída mediante o abatimento do valor pago a título de matéria-prima na entrada.
8. Necessário considerar que a referência a papel e papelão usados deve remeter, necessariamente, à fibra de celulose da qual a sucata de papel é composta. Não se trata de renovação ou recondicionamento da mesma folha de papel, nem tampouco do papel cartão ou do papelão descartado. O processo industrial de reciclagem de papel (renovação ou recondicionamento) tem por objetivo precípuo salvar a fibra de celulose contida no papel usado (e não o papel propriamente dito). Nesse processo, a matéria prima é a fibra de celulose contida na sucata de papel, que é triturada e retorna ao seu formato de papel ou papelão. Ao contrário, quando se trata de fabricação originária de papel, na modalidade transformação, parte-se da madeira das árvores para dela extrair as fibras de celulose, de preferência longas, para a produção de papel.
9. Existência de inúmeras campanhas realizadas para reciclagem, destinadas a preservar a natureza, evitando-se a derrubada de árvores para uso da matéria-prima: fibra de celulose, mediante a industrialização na modalidade transformação. Insta-se todo o cidadão a conservar a natureza mediante o descarte consciente do papel e papelão, pois estes podem ser reaproveitados, não exatamente o papel que foi picado e descartado, mas a fibra de celulose nele contida, por meio de industrialização do tipo reaproveitamento.
10. No caso dos autos se trata de industrialização na modalidade renovação ou recondicionamento, por meio do qual se obtém, após o processo industrial, o mesmo produto que ingressou, qual seja: a fibra de celulose.
11. A matéria-prima é, no presente caso, um produto usado ou parte dele, o qual será renovado ou recondicionado (reciclado), mantida a sua classificação na Tabela do IPI (TIPI), diferenciando-se da transformação, porquanto nesta obtém-se um produto totalmente distinto da matéria-prima que ingressou no processo, o qual foi transmutado num novo produto, classificado em alínea diversa na TIPI. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
12. A diferenciação entre transformação e recondicionamento também é definida a partir da classificação da matéria-prima e do produto final. Neste caso, o uso da matéria-prima pasta de celulose das aparas de papel e papelão do papel revela que tanto a matéria-prima como os produtos finais possuem a mesma classificação e, portanto, ao serem submetidos à reciclagem, sofrem processo de industrialização de renovação ou recondicionamento, pois permanecem classificados no mesmo capítulo da TIPI.
13. Admitida a possibilidade de aproveitamento dos créditos do IPI, na forma preconizada pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº 400, de 30/12/1968, que prevê a possibilidade de reduzir a base de cálculo do IPI, de modo que o montante a ser submetido à alíquota incidente sobre o produto final, na saída do estabelecimento produtor, deve ser reduzido do valor de sua aquisição. A mesma previsão foi inserida nos diversos RIPIs editados, a saber: artigo 67 do Decreto nº 87.981/1982; artigo 122 do Decreto nº 2.637/1998; artigo 135 do Decreto nº 4.544/2002; artigo 194 do Decreto nº 7.212/2010, o atual.
14. Comprovação pela perícia que as aparas e papelão adquiridos são contabilizados como matérias-primas utilizadas no processo de industrialização das caixas de papelão, bem como que a tributação é calculada pelo preço total da saída, desconsiderando-

se o diferencial de preço entre aquisição e revenda.
15. Não existe direito ao crédito do IPI decorrente da utilização de matéria-prima (aparas de papel ou papelão) desonerada, pois o princípio da não cumulatividade, na forma do artigo 153, § 3º, II, da Constituição da República, prestigia a compensação do que "*for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores*", de forma a evitar a incidência em cascata.
16. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.134.903/SP (2009/0067536-9), submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e o Supremo Tribunal Federal no REX nº 398.365/RS, com Repercussão Geral pacificaram a questão.
17. Direito do contribuinte que consiste na redução da base de cálculo do IPI, decorrente da subtração dos valores pagos a título de aparas de papel e papelão a cada competência mensal, conforme o artigo 7º do Decreto-Lei nº 400, de 30/12/1968. Precedente desta Egrégia Sexta Turma.
18. Cabe à UNIÃO a aferição de cada uma das notas fiscais referidas na relação apresentada com o laudo pericial, no sentido de perscrutar, todos os dados indicados na relação do laudo pericial, especialmente, considerados para efeito de cálculo dos créditos pretendidos.
19. Afastamento da anulação do crédito do IPI, na forma do § 3º do artigo 25, da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, requerida pela UNIÃO, pois não se cuida de saída desonerada, eis que, conforme mostrou o laudo judicial, a autora subsome-se à norma do *caput* do artigo 25 da referida lei.
20. Afastamento das normas do artigo 150, § 6º, da Constituição da República, eis que não se trata de caso de concessão de crédito presumido.
21. Incidência da prescrição quinquenal na forma do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932. Afastada a aplicação da prescrição prevista no Código Tributário Nacional, pois se cuidam de créditos escriturais. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.
22. A correção monetária dos créditos escriturais de IPI incide na forma preconizada pela Súmula nº 411 do Superior Tribunal de Justiça: "*É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco*", que foi extraída de julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, REsp. nº 1.035.847/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24/06/2009.
23. Compensação que deve observar a legislação vigente na data da propositura da ação, em razão da pacificação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.137.738/SP, submetido ao regime do artigo 543-C, a ser realizada com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
24. Observância, ainda, dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, bem assim do artigo 170-A do CTN para a realização da compensação.
25. Afastamento da incidência de multa de 1% (um por cento) em sede de embargos de declaração, em razão de restar configurada omissão na sentença por não haver referência expressa à base normativa aplicável à fixação do prazo prescricional.
26. Remessa oficial e apelação da UNIÃO desprovidas.
27. Apelação da autora conhecida em parte, e na parte conhecida, provida para fins de afastar a incidência da multa aplicada em sede de embargos declaratórios.

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 remessa oficial e à apelação da União e conhecer em parte da apelação da autora e, na parte conhecida, dar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA (Relatora):

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) e apelação pela autora, TROMBINI PAPEL E EMBALAGENS S.A. em face da r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo o direito ao creditamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), relativo aos produtos utilizados no processo de industrialização, especialmente *aparas de papel e papelão* (sucata), no período de cinco anos anteriores a propositura da ação, com a condenação da ré em custas e honorários no valor de R$ 5.000,00. Os embargos de declaração interpostos pela autora foram rejeitados, e aplicada a multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

A autora pleiteia (fls.2/14) o direito de aproveitar os créditos do IPI decorrentes dos "materiais usados", consistente em aparas de papel e papelão (sucata), que utiliza em seu processo de fabricação de papel novo e reciclado. Afirma que os créditos decorrentes desses produtos, na forma do artigo 122 do Decreto nº 2.637, de 25/06/1998, o Regulamento do IPI (RIPI), decorrem de processo industrial de reaproveitamento da sucata adquirida para a fabricação de papel. Pede sejam consideradas as operações verificadas no período dos 10 (dez) anos anteriores à distribuição da presente ação; a aplicação de juros de 1% (um por cento) ao mês a partir de cada um dos pagamentos indevido e atualizados monetariamente pela SELIC capitalizada a partir de 1996.

A inicial foi indeferida por sentença (fl. 39).

Apresentados embargos de declaração (fls. 53/57), estes foram recebidos como apelação pelo MM. Juízo *a quo* para, aplicando-se à espécie o princípio da fungibilidade dos recursos, reformar a sentença e determinar o prosseguimento do feito.

Na contestação (fls. 73/80), a UNIÃO aduz, em síntese, a ocorrência de prescrição com relação aos indébitos anteriores a cinco anos da data do ingresso da ação; rechaça a incidência de correção monetária sobre créditos do IPI; e requer a improcedência da ação.

Réplica (fls. 85/96).

Determinada a especificação de provas, a autora refere (fls. 160/161) o interesse de produzir prova técnica que demonstre o seu processo produtivo, bem assim que evidencie os documentos relativos à sua escrita contábil. A UNIÃO, por quota (fl. 161) manifestou interesse sem, contudo, especificar a prova pretendida.

Deferida a produção de prova pericial contábil (fl. 162), foram apresentados quesitos pela autora (fls. 165/167) e pela UNIÃO (fls. 179/182).

O laudo pericial contábil foi apresentado (fls. 222/1317).

Manifestaram-se a autora (fl. 1326) e a UNIÃO (fls. 1336/1337).

A r. sentença foi prolata (fls. 1338/1354) constando de seu dispositivo:

> Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido da autora, para reconhecer o direito ao creditamento do IPI decorrente da utilização de produtos usados em seu processo de industrialização, nos termos do art. 122 do Decreto nº 2.637/1998 (RIPI) relativamente às operações realizadas nos últimos 5 (cinco) anos, a contar do ajuizamento da ação (09/06/2005). O valor deverá ser monetariamente atualizado, a partir da data em que o crédito poderia ter sido aproveitado até o trânsito em julgado da decisão judicial, corrigido pela taxa SELIC, a partir de 1º de janeiro de 1996, com exclusão de quaisquer outros índices de juros ou correção monetária.
> (...)
> Outrossim, ressalvo que o creditamento deverá ser realizado na forma prevista pela Lei nº 9.779/99, ficando assegurado à Fazenda Nacional exercer a fiscalização quanto à exatidão dos valores, bem como quanto à regularidade do creditamento.
> Em consequência, julgo extinto o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de processo Civil.
> Tendo em vista que a parte autora decaiu em parte mínima do pedido (haja vista que o pedido principal foi acolhido), condeno a ré ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, os quais fixo em R$5.000,00 (cinco mil reais), nos moldes do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Embargos de declaração interpostos pela autora (fls. 1359/1360), os quais foram rejeitados com imposição de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa (fls. 1361/1364).

Apelou a autora (fls. 1366/1373) pugnando pela reforma da sentença para que seja reconhecido o prazo prescricional de 10 (dez) anos, e, ainda, e afastada a multa imposta em sede de embargos de declaração.

A UNIÃO apela (fls. 1377/1387), requerendo a reforma integral da sentença, aduzindo em suas razões que:

a) a questão discutida nos autos depende da prova efetiva dos créditos, especialmente da real utilização das matérias-primas, bem assim conferência das notas fiscais, dos livros de registro do IPI;

b) não há indicação dos produtos empregados no processo de industrialização;

c) não consta da inicial que a autora pretende aproveitar créditos do IPI desonerados no momento da entrada, por se tratarem de insumos atingidos por não incidência, tratando-se de material "usado" não originado do processo de industrialização;

d) o princípio da não cumulatividade, aplicável ao IPI, pressupõe o direito de abater apenas créditos obtidos em operações anteriores com débitos correlatos à operação atual, de modo que somente existe abatimento quando houver efetivo recolhimento do IPI na etapa anterior;

e) se extrai da Constituição federal, do artigo 49 do CTN e do artigo 82 do RIPI, que nas compensações consideram-se os valores pagos ou cobrados nas anteriores, e, na ausência destes, nada há que compensar;

f) não existe direito ao crédito nas operações seguintes quando a mercadoria é adquirida com alíquota zero, não tributada ou com isenção fiscal.

g) nessas hipóteses não se apresenta o efeito cascata, porque o que não foi cobrado não pode ser considerado acumulado;

h) aplica-se na espécie o artigo 174 do RIPI, amparado no artigo 25, § 3º, da Lei nº 4.502/1964, que trata da anulação do crédito do IPI;

i) considerando-se que os insumos ingressaram na empresa autora sem incidência do IPI, não há que se falar em crédito (Precedentes);

j) o artigo 111 do CTN exige a interpretação literal no que se refere à outorga de isenção, sendo que o artigo 150, § 6º, prevê a necessidade de lei específica;

l) a matéria-prima não tributária não gera direito ao crédito do IPI, pois não cabe falar em créditos presumidos (Precedentes do E. STF);

m) por essas razões pede reforma da sentença.

Contrarrazões da UNIÃO (fls. 1393/1401) e da autora (fls. 1414/1421).

Recebidas as apelações em ambos os efeitos (fl. 1403), subiram os autos a esta Egrégia Corte Regional.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA (Relatora):

Cuida-se de ação de conhecimento, sob o rito comum, por meio da qual a autora busca o reconhecimento do direito ao creditamento do IPI decorrente da utilização, em seu processo fabril, de produtos usados, especialmente *aparas de papel e papelão* (sucata), relativamente às operações realizadas nos dez anos anteriores à propositura da presente ação, mediante compensação.

O cerne da questão reside em aferir qual a espécie de industrialização a autora realiza com as aparas e o papelão no fabrico de papel: transformação ou recondicionamento. Pois essa constatação concederá ou não autorização para a aplicação da norma do *artigo 7º do Decreto-Lei nº 400, de 30/12/1968*, que permite ao contribuinte a redução da base de cálculo integral e, assim, o creditamento do imposto pago a maior. Não se trata, portanto, de discussão a respeito do creditamento do IPI incidente na entrada, até porque esses insumos são desonerados.

Da prova técnica dos autos

Ressalte-se que a perita judicial indicada tem especialidade em Contabilidade, de forma que o laudo técnico produzido pode ser aproveitado para fins de comprovação da escrituração fiscal a respeito da efetiva aquisição das aparas de papel e papelão. Isso porque, na elaboração do exame, conforme afirma (fls. 223), aferiu os registros contábeis da autora, especialmente os livros de entrada e saído do IPI das unidades fabris da Divisão de Celulose e Papel de Canela-RS, Curitiba-PR, Fraiburgo-SC e Ponte Nova-PR, tendo feito diligência para examinar a documentação na sede localizada na Rua Ermelino Mariano Ribas, 200, bairro de Vista Alegre, Curitiba/Paraná, objetivando relacionar todos os produtos usados adquiridos (aparas e papelão) utilizados no processo de industrialização (fls. 233/1317).

Portanto, em observância ao artigo 465 do CPC (art. 421, § 2º, do CPC/1973) é de rigor considerar a manifestação da experta do juízo como prova indireta, na medida em que conferiu a contabilidade da autora e constatou a espécie de matéria-prima utilizada.

Asseverou a experta, em resposta ao *quesito 1* formulado pela autora, quanto ao processo de sua *industrialização* mediante a utilização de aparas de papel e papelão: *"O processo*

produtivo da Empresa tem por base exclusivamente papel, em suas diversas fases. Inicia-se com o uso do papel, que é agrupado para a formação do denominado papel corrugado, cujas chapas são cortadas em forma de caixas de embalagens. Desse processo resultam aparas, que são os restos dos contornos que formam as caixas. Após o respectivo ciclo de utilização, tanto as aparas como as caixas (papel recortado em forma de caixas) retornam ao processo de produção, sendo então dissolvidas em água, e secas em esteiras, assumindo a forma de papel em bobinas. Em seguida são mais uma vez agrupadas para a formação do papelão ondulado (papel agrupado), e voltam a ser cortados em forma de caixa, retomando-se o processo. Portanto, o papel apenas muda de forma, não havendo alteração ou mudança. É papel, que é corrugado e cortado em forma de caixa, voltando a ser papel após ser diluído em água e seco. Esse processo produtivo da EMPRESA AUTORA, que se inicia com a renovação do papel, dando-lhe FORMA de caixa de papel, a qual volta a ser, depois de renovada, caixa de papel." (fl. 228).

A UNIÃO argumenta em sua apelação que não há indicação dos produtos empregados no processo de industrialização. Além disso, formulou à perita judicial o quesito nº 5 (fl. 232), nos seguintes termos: "*Esclarecer se a empresa efetua o recondicionamento de caixas de papelão velhas ou sacos de papel ou produz produtos novos a partir do emprego de capas/folhas de papel (oriundas da industrialização de celulose) e de papel miolo - corrugado ou folha central (oriundo da industrialização reciclagem de embalagens velhas-caixas ou sacos)*".

Em resposta a experta assegurou (fl. 232) que: "*Produz produtos novos a partir do emprego de capaz/folhas de papel (oriundas da industrialização de celulose) e de papel miolo - corrugado ou folha central (oriundo da industrialização reciclagem de embalagens velhas - caixas ou sacos)*".

Essa constatação é exatamente o que consta da petição inicial (fl. 03), eis que afirma a autora: "(...) *que é empresa industrial que se dedica precipuamente à produção de celulose, papel, embalagens de papelão ondulado e sacos de papel e, nessa condição, utiliza como insumo de produção, entre outras matérias-primas que não interessam á presente discussão, aparas de papel e papelão (sucata)".* E prossegue: "(...) *em suas unidades de processamento de papel, produz tanto papel novo, a partir de celulose, quanto papel reciclado, o qual resulta da renovação de papel anteriormente usado, em operação de industrialização prevista no artigo 3º, inciso V, do regulamento do imposto sobre produtos Industrializados - RIPI*".

Portanto, corrobora com o que foi constatado pelo laudo, eis que autora fabrica papel a partir da industrialização da celulose, considerada transformação, bem assim a partir do processamento das aparas de papel e papelão, que consiste na matéria em julgamento.

Da espécie de industrialização consistente no fato gerador do IPI

O IPI tem natureza de imposto de consumo, e com essa nomenclatura fora instituído inicialmente, ainda sob a égide da Constituição de 1946, pela Lei nº 4.502, de 30/11/1964, que naquela ocasião criou o chamado Imposto sobre Consumo, incidente sobre os produtos industrializados. No ano seguinte, com o advento da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, que estabeleceu a denominada Reforma Tributária, o então imposto sobre o consumo foi convolado no imposto sobre produtos industrializados (IPI). Assim, continuou durante a Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1, de 1969. E, da mesma forma, o referido diploma legal foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, eis que a competência para a instituição do IPI permaneceu com a UNIÃO, nos termos das normas insertas no artigo 153, inciso IV.

O aspecto material da hipótese de incidência do IPI tem como núcleo a operação de

colocação do produto industrializado na cadeia de consumo. Esse processo prevê que determinada matéria-prima seja submetida a processo industrial e, após, siga até o consumidor final, conforme foi estabelecido pelo parágrafo único do artigo 46 da Lei nº 5.172, de 25.10.66, o Código Tributário Nacional, *in verbis:*

> Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:
> (...)
> Parágrafo único - Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

O parágrafo único artigo 3º da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, prevê a industrialização é entendida, basicamente, como um processo que altera o produto inicial em sua *natureza*, *funcionamento*, *utilização*, *acabamento* ou *apresentação do produto*. Eis o texto do artigo, *in verbis*:

> Art. 3º Considera-se estabelecimento produtor todo aquele que industrializar produtos sujeitos ao imposto.
> Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se industrialização qualquer operação de que resulte alteração da natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto, (...)

O Regulamento do IPI (RIPI) vigente à época da propositura da ação, fora editado pelo Decreto nº 2.367, de 25/07/1998, que descreve em seu artigo 4º (assim como o vigente) a partir das diretrizes previstas pelo parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, as modalidades de industrialização, nos seguintes termos:

> Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único):
> I - a que, exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe na obtenção de espécie nova (*transformação*);
> II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (*beneficiamento*);
> III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (*montagem*);
> IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (*acondicionamento ou reacondicionamento*);
> V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (*renovação ou recondicionamento*).
> Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.

O elemento quantificativo é computado em determinados períodos de tempo, mediante a aplicação do princípio da não cumulatividade, por força do disposto pelo artigo 153, parágrafo

3º, inciso II, do Texto Magno, e do artigo 49 do Código Tributário Nacional, que dispõem, *in verbis*:

> CF - Art. 153 - (...)
> "§ 3º - O imposto previsto no inciso IV:
> I - (...)
> II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores".
> CTN - "Art. 49. O imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.
> Parágrafo único. O saldo verificado, em determinado período, em favor do contribuinte transfere-se para o período ou períodos seguintes".

A técnica não cumulativa aplica-se a toda a cadeia de produção, até porque tem como objetivo evitar a incidência em cascata e prevenir a verticalização. Daí porque se afasta o direito ao creditamento do IPI se não ocorreu a incidência na entrada e na saída, sob o fundamento que tão somente ao consumidor final cabe arcar com o custo total do produto adquirido. O que não implica o desprovimento do pedido inicial, eis que a tese aqui discutida não cuida do creditamento fictício na entrada, mas, apenas da consideração da possibilidade de cálculo da base de cálculo do IPI na saída mediante o abatimento do valor pago a título de matéria-prima na entrada.

Pois bem.

Do processo industrial da autora - renovação ou recondicionamento

É preciso considerar que a referência a papel e papelão usados deve remeter, necessariamente, à fibra de celulose da qual a sucata de papel é composta. Evidentemente não se trata de renovação ou recondicionamento da mesma folha de papel, nem tampouco do papel cartão ou do papelão descartado. O processo industrial de reciclagem de papel (*renovação ou recondicionamento*) tem por objetivo precípuo salvar a fibra de celulose contida no papel usado (e não o papel propriamente dito). Nesse processo, a matéria prima é a fibra de celulose contida na sucata de papel, que é triturada e retorna ao seu formato de papel ou papelão. Ao contrário, quando se trata de fabricação originária de papel, na modalidade *transformação*, parte-se da madeira das árvores para dela extrair as fibras de celulose, de preferência longas, para a produção de papel.

Daí as inúmeras campanhas realizadas para reciclagem, destinadas a preservar a natureza evitando-se a derrubada de árvores para uso da matéria-prima: fibra de celulose, mediante a industrialização na modalidade transformação. Insta-se todo o cidadão a conservar a natureza mediante o descarte consciente do papel e papelão, pois estes podem ser reaproveitados, não exatamente o papel que foi picado e descartado, mas a fibra de celulose nele contida, por meio de industrialização do tipo reaproveitamento. Esses conceitos podem ser colhidos de diversos sítios na *internet*, de forma que o assunto é de conhecimento público. Veja-se, por todos, o endereço eletrônico: *https://portalresiduossolidos.com/reciclagem-de-papel-2/*.

No que toca à aferição do tratamento fiscal do assunto, é de rigor constatar que se trata de industrialização na modalidade *renovação ou recondicionamento*, por meio do qual se obtém, após o processo industrial, o *mesmo produto* que ingressou, qual seja: a fibra de celulose. A matéria-prima é, no presente caso, um produto usado ou parte dele, o qual será renovado ou recondicionado (reciclado), mantida a sua classificação na Tabela do IPI (TIPI).

Essa modalidade diferencia-se da transformação, porquanto nesta obtém-se um produto totalmente distinto da matéria-prima que ingressou no processo, o qual foi transmutado num novo produto, classificado em alínea diversa na TIPI.

Esse é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça conforme os seguintes excertos, *in verbis*:

> TRIBUTÁRIO. IPI. PRODUTO RECICLADO. PAPEL. SUCATA.
> 1. A fabricação de papelão através da reciclagem de sucata de papel caracteriza industrialização, ensejando o cálculo do IPI na forma do art. 67 do Decreto n. 87.981/82 (RIPI).
> 2. Recurso especial não-provido.
> (STJ, REsp nº 388.046/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, j. 14/02/2006, DJ 21/03/2006)

> TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. SUCATAS DE PAPEL. APLICAÇÃO DO ART. 67 DO RIPI/82.
> 1. A produção de papel higiênico a partir de sucatas de papel configura industrialização de produtos usados e o IPI deve ser apurado na forma do art. 67 do Decreto 87.981/82 (Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados), sendo facultado ao contribuinte calcular o tributo sobre 50% (cinqüenta por cento) do valor da revenda, conforme a disposição expressa do parágrafo único, do dispositivo em epígrafe.
> 2. Recurso Especial conhecido, porém, desprovido.
> (STJ, REsp nº 526.560/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, j. 02/03/2004, DJ 27/09/2004)

> TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. PAPEL SUCATA.
> - "A atividade de produção de papel higiênico a partir de sucatas de papel caracteriza industrialização e o IPI sobre produtos usados será calculado sobre a diferença do preço entre a aquisição e a revenda" (art. 67 do Decreto nº 87.981/82).
> - "Tratando-se de entrada de matéria-prima isenta, não se pode falar em creditamento ou compensação. O IPI, quando recolhido, é incluído no preço do produto industrializado e quem paga é o adquirente dos produtos." (REsp 409.364/SC-Garcia).
> (STJ, REsp nº 420.469/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, j. 18/02/2003, DJ 17/03/2003)

Destaque-se, ainda, que a diferenciação entre transformação e recondicionamento também é definida a partir da classificação da matéria-prima e do produto final. O Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias é a base da categorização utilizada pela Tabela do IPI (TIPI). Na atual, editada na forma do Decreto nº 8.950, de 29/12/2016 (a qual pode ser mencionada para referendar as anteriores), o papel e a pasta de celulose são tratados nos Capítulos 47 e 48.

O Capítulo 47 da TIPI dispõe sobre Pastas de madeira ou de outras matérias fibrosas celulósicas; papel ou cartão para reciclar (desperdícios e aparas). Trata-se o papel e pasta decorrentes do processamento da madeira.

De outra parte, o Capítulo 48 da TIPI é destinado à tributação de "Papel e cartão; obras de pasta de celulose, de papel ou de cartão". Consta das Notas iniciais ao capítulo que:

> 3.- Ressalvado o disposto na Nota 7, consideram-se incluídos nas posições 48.01 a 48.05 o papel e cartão que, por calandragem ou por qualquer outro processo, se apresentem lisos, acetinados, lustrados, polidos ou com qualquer outro acabamento semelhante, ou ainda com

> falsa filigrana ou engomados *e também o papel, cartão, pasta (ouate) de celulose e mantas de fibras de celulose, corados ou marmorizados na massa (isto é, não na superfície), por qualquer processo*. Todavia, o papel, cartão, pasta (ouate) de celulose e mantas de fibras de celulose que tenham sofrido outro tratamento não se incluem nessas posições, salvo disposições em contrário da posição 48.03.

Neste caso, o uso da matéria-prima pasta de celulose das aparas de papel e papelão do papel revela que tanto a matéria-prima como os produtos finais possuem a mesma classificação e, portanto, ao serem submetidos à reciclagem, sofrem processo de industrialização de renovação ou recondicionamento, pois permanecem classificados no mesmo capítulo da TIPI.

Assim, tratando-se de industrialização na modalidade renovação ou recondicionamento, é admissível, em princípio, a possibilidade de aproveitamento dos créditos do IPI, na forma preconizada pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº 400, de 30/12/1968.

Da disciplina do direito ao crédito de materiais usados

Assim, constatado que o processo de industrialização desenvolve-se segundo a modalidade renovação ou recondicionamento, a questão seguinte reside no reconhecimento do direito ao creditamento do IPI decorrente da aquisição de matérias-primas usadas (aparas de papel e papelão).

Com efeito, a comprovação de que se cuida de processo fabril de renovação (e não de transformação) assegura a subsunção das operações à norma do artigo 7º do Decreto-Lei nº 400, de 30/12/1968, que prevê o direito ao crédito, o qual foi inserido nos diversos RIPIs editados, a saber: artigo 67 do Decreto nº 87.981/1982; artigo 122 do Decreto nº 2.637/1998; artigo 135 do Decreto nº 4.544/2002; artigo 194 do Decreto nº 7.212/2010, o atual.

Eis a redação do artigo 7º do Decreto-Lei nº 400, de 30/12/1968:

> Art. 7º O imposto incidente sobre produtos usados, adquiridos de particulares ou não, que sofrerem processo de industrialização, será calculado sobre a diferença de preço entre a aquisição e a revenda.
> Parágrafo único. Ficam cancelados os débitos fiscais relativos às operações de que trata este artigo efetuados até a data deste Decreto-lei.

Veja-se, a redação dos regulamentos do IPI vigentes à época dos fatos (considerando a prescrição quinquenal, conforme referida adiante):

> Art. 122 do Decreto n. 2.637/1998 (revogado):
> Art. 122. O imposto incidente sobre produtos usados, adquiridos de particulares ou não, que sofrerem o processo de industrialização, de que trata o inciso V do art. 4º (renovação ou recondicionamento), será calculado sobre a diferença de preço entre a aquisição e a revenda (Decreto-Lei nº 400, de 1968, art. 7º).
> Art. 135 do Decreto n. 4.544/2002 (revogado):
> Art. 135. O imposto incidente sobre produtos usados, adquiridos de particulares ou não, que sofrerem o processo de industrialização, de que trata o inciso V do art. 4º (renovação ou recondicionamento), será calculado sobre a diferença de preço entre a aquisição e a revenda (Decreto-Lei nº 400, de 1968, art. 7º).

A regra do artigo 7º do Decreto-Lei nº 400, de 30/12/1968, prestigia, portanto, a possibilidade de reduzir a base de cálculo do IPI, de modo que o montante a ser submetido à alíquota

incidente sobre o produto final, na saída do estabelecimento produtor, deve ser reduzido do valor de sua aquisição.

No que diz respeito à contabilização refere a perita judicial que: "*Os produtos adquiridos (aparas e papelão) são contabilizados como matérias-primas utilizadas no processo de industrialização das caixas de papelão. A tributação é calculada pelo preço total da saída, desconsiderando-se o diferencial de preço entre aquisição e revenda*" (fl. 229).

Foi juntada pela experta a relação pormenorizando de cada uma das operações mediante a indicação do número da nota fiscal (NF), da data e nome da empresa fornecedora, do valor da base de cálculo, da alíquota e do respectivo valor do crédito pretendido.

Nesta etapa, insista-se, que não existe direito ao crédito do IPI decorrente da utilização de matéria-prima (aparas de papel ou papelão) *desonerada*, pois o princípio da não cumulatividade, na forma do artigo 153, § 3º, II, da Constituição da República, prestigia a compensação do que "*for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores*", de forma a evitar a incidência em cascata.

Esse entendimento foi pacificado pelo C. STF, no julgamento do RE nº 398.365, sob a sistemática da repercussão geral, fez prevalecer a tese jurídica no sentido não cabe o creditamento de IPI na aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos á alíquota zero, tendo em vista a ausência de cobrança do imposto na operação de entrada, razão por que não há que se falar em compensação de crédito inexistente na saída do produto. Eis o aresto, *in verbis*:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Tributário. Aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 3. Creditamento de IPI. Impossibilidade. 4. Os princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição Federal, não asseguram direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Precedentes. 5. Recurso não provido. Reafirmação de jurisprudência.
> (STF, RE nº 398.365 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/08/2015, DJe-188 - 22/09/2015)

Foi, então, definido o tema 844 (Possibilidade de creditamento de IPI pela aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero), mediante a seguinte tese: "*O princípio da não cumulatividade não assegura direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados, isentos ou sujeitos à alíquota zero*".

Com efeito, o direito do contribuinte consiste na redução da base de cálculo do IPI, decorrente da subtração dos valores pagos a título de aparas de papel e papelão a cada competência mensal, conforme o artigo 7º do Decreto-Lei nº 400, de 30/12/1968.

Esse entendimento já foi referendado por esta Egrégia Sexta Turma, nos termos do seguinte aresto:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. IPI. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO A 50%. EMPRESA QUE SE DEDICA À RENOVAÇÃO OU RECONDICIONAMENTO DE PRODUTO. RECONHECIMENTO DO CRÉDITO. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. COMPENSAÇÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
> 1. A sentença proferida contra a União Federal submete-se ao reexame necessário, por força da disposição contida no art. 475, I do CPC.
> 2. Nos termos do art. 166 do CTN somente o contribuinte de direito, ou seja, aquele que tem obrigação legal de recolher o tributo, pode pedir a sua restituição.

3. O Ato Declaratório nº 21/96 e o art. 122 do RIPI/98 restringiram indevidamente a possibilidade de utilização do benefício da redução da base de cálculo do IPI, prevista no art. 7º do Decreto-lei nº 400/68, às operações de industrialização consistentes na renovação ou recondicionamento do produto, em ofensa o princípio da legalidade.
4. Comprovação nos autos de dedicar-se a autora à renovação ou recondicionamento de produtos, que é a operação que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente do produto inutilizado ou deteriorado, o renova ou restaura para utilização, sem que haja transformação química, ou seja, criação de outra espécie de produto.
5. O lapso prescricional deve ser computado a partir do recolhimento dos valores devidos, estando atingidas pela prescrição a pretensão relativa aos períodos anteriores ao qüinqüênio antecedente à propositura da ação, nos termos do art 168, I do CTN.
6. Possibilidade de compensação do IPI com o própro IPI e demais tributos e contribuições administrados pela SRF, conforme entendimento majoritário firmado na sessão de julgamento.
7. Honorários advocatícios arbitrados em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º do CPC. (TRF3, AC nº 0058160-66.1999.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO, SEXTA TURMA, j. 14/08/2008, DJF3 03/11/2008)

Esse v. acórdão foi desafiado por meio de recurso especial, julgado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos da v. decisão monocrática da lavra do Eminente Ministro HUMBERTO MARTINS, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.375.613 - SP (2013/0080808-7)
RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : KIMBERLY CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA
ADVOGADOS : ADEMIR BERNARDO DA SILVA JÚNIOR E OUTRO(S) REGIS EGASHIRA LIMA
TRIBUTÁRIO. IPI. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RENOVAÇÃO OU RECONDICIONAMENTO DE PRODUTOS. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA
DA SÚMULA 7/STJ. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. REGIME JURÍDICO VIGENTE NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. RESP 1.137.738/SP. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.
DECISÃO
Vistos.
Cuida-se de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. O julgado deu parcial provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação da recorrente nos termos da seguinte ementa (fl. 2539, e-STJ):
"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. IPI. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO A 50%., EMPRESA QUE SE DEDICA À RENOVAÇÃO OU RECONDICIONAMENTO DE PRODUTO. RECONHECIMENTO DO CRÉDITO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. COMPENSAÇÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
1. A sentença proferida contra a União Federal submete-se ao reexame necessário, por força da disposição contida no art. 475, 1 do CPC.
2. Nos termos do art. 166 do CTN somente o contribuinte de direito, ou seja, aquele que tem obrigação legal de recolher o tributo, pode pedir a sua restituição.

3. O Ato Declaratório nº 21/96 e o art. 122 do RIPI/98 restringiram indevidamente a possibilidade de utilização do beneficio da redução da base de cálculo do IPI, prevista no art. 70 do Decreto-lei nº 400/68, às operações de industrialização consistentes na renovação ou recondicionamento do produto, em ofensa o princípio da legalidade.
4. Comprovação nos autos de dedicar-se a autora à renovação ou recondicionamento de produtos, que é a operação que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente do produto inutilizado ou deteriorado, o renova ou restaura para utilização, sem que haja transformação química, ou seja, criação de outra espécie de produto.
5. O lapso prescricional deve ser computado a partir do recolhimento dos valores devidos, estando atingidas pela prescrição a pretensão relativa aos períodos anteriores ao qüinqüênio antecedente à propositura da ação, nos termos do art 168, 1 do CTN.
6. Possibilidade de compensação do IPI com o próprio IPI e demais tributos e contribuições administrados pela SRF, conforme entendimento majoritário firmado na sessão de julgamento.
7. Honorários advocatícios arbitrados em conformidade com o disposto no art. do CPC."
Os embargos de declaração opostos pela recorrida foram acolhidos em parte, tão somente para sanar o erro material apontado (fl. 2594, e-STJ):
"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO MATERIAL - ACOLHIMENTO - OMISSÕES - AUSENTES
1. Assiste razão à embargante quanto ao vício apontado, referente à equívoco na ementa do acórdão, passando o resultado do julgamento constar nos seguintes termo: 'DECIDE a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, em menor extensão, para reconhecer a prescrição relativamente aos valores recolhidos anteriormente ao qüiinqüênio que antecede a propositura da ação, nos termos do voto da Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, vencido o Relator que dava parcial provimento à apelação e à remessa oficial, também para restringir a compensação do IPI com valores do próprio IPI e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.'
2. Quanto às questões remanescentes ausentes os vícios apontados, rejeito os embargos de declaração opostos.
3. Embargos de declaração acolhidos tão-somente para afastar o erro material apontado."
No presente recurso especial, a recorrente alega que o acórdão regional contrariou as disposições contidas nos artigos 7º do Decreto-lei n. 400/68, 67 do Decreto n. 89.981/82, 122 do Decreto n. 2637/90 e nos artigos 166 do CTN e 66 da Lei n. 8383/91.
Aduz, outrossim, que "as regras relativas ao valor tributável de produtos usados, constantes do art. 67 e seu parágrafo único, -do Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 87.981, de 23 de dezembro de 1982, aplicam-se exclusivamente, aos produtos submetidos à operação de industrialização prevista no artigo 30, inciso V, do mesmo Regulamento (renovação ou recondicionamento). o Ato Declaratório nº 21/96, não extrapolou os ditames da lei, uma vez que tão somente elucidou a regra do benefício veiculado através do art. 67, RIPl." (fl.2571 , e-STJ).
Alega, ainda, a impossibilidade de repetição de indébito por aquele que não tenha suportado o ônus do pagamento que se reputa indevido, nos termos do art. 166 do CTN.
Por fim, sustenta que "a compensação, 'in casu', só poderia ser efetivada com o próprio IPI, obedecendo-se estrito termos legais, estando o V. Acórdão, quanto a esse aspecto, divorciado das exatas prescrições legais e do entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência." (fl. 2576, e-STJ).
Apresentadas as contrarrazões (fls. 2696/2704, e-STJ), sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 2723/2729, e-STJ).
É, no essencial, o relatório.
Não merecem prosperar as alegações da Fazenda Nacional.
DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.
Alega a recorrente que "as regras relativas ao valor tributável de produtos usados, constantes

do art. 67 e seu parágrafo único, do Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 87.981, de 23 de dezembro de 1982, aplicam-se exclusivamente, aos produtos submetidos à operação de industrialização prevista no artigo 30, inciso V, do mesmo Regulamento (renovação ou recondicionamento)" e no caso dos autos as "aparas de papel não poderiam ter o mesmo tratamento dispensado aos produtos usados e sucatas, pois seriam insumos (fragmentos de papel) adquiridos de terceiros que seriam utilizados na industrialização de produtos novos, no caso toalhas de papel, guardanapos, papel higiênico e etc" (fl. 2571, e-STJ).

O Tribunal de origem, ao analisar a matéria, assim se manifestou (fls. 2531/2532, e-STJ):

"A União Federal sustenta que as aparas não poderiam ter o mesmo tratamento dispensado aos produtos usados e sucatas, por serem insumos (fragmentos de papel) adquiridos de terceiros que seriam utilizados na industrialização de produtos novos, no caso toalhas de papel, guardanapos e papel higiênico. Todavia, não prospera a assertiva, visto que as aparas de papel são pedaços ou sobras de papel já utilizados que passam por processo de limpeza e recuperação da fibra de celulose para fabricação de novos produtos. A reciclagem é o processo de recuperação da fibra de celulose a partir da utilização de papel velho e usado, sem que haja transformação química, tão-somente recuperação da fibra de celulose para criação de outros produtos que não deixam de ser papel, in casu, papel higiênicos, papel toalha e guardanapo, mas não outra espécie de produto, de molde a afastar a hipótese de transformação.

O laudo pericial demonstra que a autora utiliza aparas e sucatas de papel no processo produtivo, os quais sofrem processo de industrialização para recuperação de seu estado original, podendo se reutilizados para fabricação de novos produtos.

Constatou às fis. 1.308 que essas aparas entram em processo industrial de recuperação da fibra de celulose que posteriormente passará a incorporar um novo produto, que no caso são o papel higiênico e o papel toalha.

Transcrevo a conclusão:

Na opinião deste Perito, as aparas de papel é um produto reciclável, pois perdeu a sua finalidade original. Também, são pedaços, tiras, sobras de papéis de escritórios que já foram utilizados, e que os únicos caminhos agora são a deterioração natural pela natureza ou a recuperação por processo industrial das fibras de celulose que a compõe. Destas aparas, depois de recuperadas as fibras de celulose, estas serão utilizadas na fabricação de um novo produto a forma de mantas de celulose, que será a nova matéria-prima, resultante de reciclagem de produtos velhos e usados.

Portanto, as aparas de papel, é um produto reciclável, que é processado industrialmente para a recuperação de suas fibras de celulose, servindo assim como matéria-prima para a fabricação de novos produtos de papel." Por conseguinte, o laudo 'apresentado pelo IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas), em parecer emitido mediante requerimento da autora demonstra o seguinte:

"O processo utilizado pela Klabin Kimberly S.A - unidade de Cruzeiro sobre os papéis velhos e usados é de limpeza e renovação das características físicas das fibras, não ocorrendo transformação química das mesmas e, portanto, não se entende que pela aplicação do referido processo se obtenha uma nova espécie ou produto que não seja papel (fis 77)." "Define-se papel reciclado como aquele que contêm fibras secundárias, ou seja, fibras que passaram pelo menos uma vez por uma máquina formadora de folhas de papel. Deste modo, entende-se que os papéis para fins secundários são papéis reciclados, pois possuem fibras provenientes de papéis velhos ou usados que foram renovados através de processos de limpeza, estando prontas para passar por uma máquina de papel novamente."

Portanto, está comprovado enquadrar-se a autora no dispositivo legal, assegurando-se o direito de utilização da base de cálculo reduzida na saída dos produtos industrializados partir de aparas e sucata de papel.

Por essa razão, assiste-lhe o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, ou seja, sem a redução de 50%, observando-se, contudo a prescrição qüinqüenal.

Da análise das razões do acórdão recorrido, observa-se que este delineou a controvérsia dentro do universo fático-comprobatório. Caso em que não há como aferir eventual violação dos dispositivos infraconstitucionais alegados sem que se abram as provas ao reexame, em especial os laudos periciais.
Todavia, a pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é induvidosa no caso sob exame.
O exame do arcabouço fático-probatório constante nos autos é defeso a este Superior Tribunal, uma vez que lhe é vedado atuar como terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada. (Precedente: AgRg no Ag 1414470/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/2/2012, DJe 23/2/2012).
Da mesma forma, não merece conhecimento o presente recurso quanto a alegada violação do art. 166 do CTN.
Entre as várias classificações, os tributos podem ser direitos ou indiretos. Em síntese, os tributos diretos são aqueles tem caráter pessoal e recai em uma só pessoa, no caso, o próprio contribuinte responsável pela obrigação. Já os indiretos são aqueles recolhidos pelo contribuinte de direito, mas suportados financeiramente pelo contribuinte de fato, há o repasse do ônus.
Em se tratando dos denominados "tributos indiretos" (aqueles que comportam, por sua constituição jurídica, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (art. 166 do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.
In casu, o Tribunal de origem expressamente consignou que ora recorrida juntou aos autos documentos que comprovam estar autorizada a requerer a restituição dos valores indevidamente recolhidos, in verbis (fl. 2526, e-STJ):
"In casu, a impetrante trouxe aos autos autorizações que a legitimam a postular em juízo a restituição dos valores recolhidos, nos moldes do art.166 do CTN (fis. 108/180). Outrossim, o consumidor não é sujeito passivo indireto da exação e não suporta, ao. Menos juridicamente, o encargo financeiro do imposto."
Desse modo, desconstituir tal premissa requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, em recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.
Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:
"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. REPETIÇÃO. ART. 166 DO CTN. ALEGAÇÃO DE NÃO TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO REFERENTE AO IMPOSTO. TESE RECHAÇADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. REEXAME DE PROVA.
1. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).
2. Agravo regimental não provido."
(AgRg no AREsp 471.947/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014)
"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131 E 535 DO CPC. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
1. Percebe-se, na leitura do acórdão recorrido, que o Tribunal *a quo* analisou todas as questões levantadas em Embargos de Declaração. Não há falar, portanto, em ofensa ao art. 535 do CPC em razão de ausência de omissão, contradição ou obscuridade.
2. Ao julgador é dado apreciar o pedido formulado com fundamento em provas que entender suficientes para a formação de seu convencimento, não havendo, portanto, indícios de nulidade processual na espécie.
3. A Primeira Seção do STJ definiu, sob o regime do art. 543-C do CPC, que o ISS é espécie tributária que, a depender do caso concreto, pode se caracterizar como tributo direto ou

indireto (REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 1.2.2010).
4. No caso dos autos, o fato gerador é a locação de bens móveis e se enquadra perfeitamente nessa orientação. Aplicável, portanto, a regra do art. 166 do CTN.
5. O Tribunal de origem concluiu que não ficou comprovado que foi o autor quem efetivamente suportou o ônus do tributo. A revisão desse entendimento implica nova análise de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.
6. Agravo Regimental não provido."
(AgRg no AREsp 398.896/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013)
DA COMPENSAÇÃO.
A compensação é uma das modalidades extintivas do crédito tributário (art. 156 do CTN), que ocorre quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do sujeito ativo, sendo necessária, entretanto, sua autorização por lei e que seja entre créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública, nos termos do disposto no art. 170 do CTN.
A compensação tributária passou por diversas regulamentações legislativas, sendo a Lei n. 8.383/91 o primeiro ato normativo que tratou do instituto.
No seu art. 66, § 1º, autorizava-se a compensação apenas entre tributos da mesma espécie e sem autorização da Secretaria da Receita Federal. Tal instituto teve nova regulamentação em 1996 com a Lei n. 9.430/96 que, na sessão de "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determinou que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal.
O procedimento a ser obedecido pela Secretaria da Receita Federal ficou disciplinado pelo Decreto 2.138/97. Com efeito, sob a égide da redação primitiva do art. 74 da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração da Secretaria da Receita Federal, todos compensáveis entre si, a autorização do aludido órgão público constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte.
Com o advento das Lei 10.637/2002, Lei 10.833/2003 e Lei 11.051/2004, o art. 74 passou a ter nova redação. Verifica-se que, em virtude das alterações legislativas, não há mais a exigência de compensação entre tributos da mesma espécie, uma vez que a Lei de regência não mais alberga esta limitação.
Dessa forma, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, é possível a compensação, ainda que o destino de suas respectivas arrecadações não seja o mesmo.
Pelo regime atual, estando os tributos sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal, podem ser objeto de compensação com outros tributos e contribuições arrecadados e fiscalizados por aquele órgão, sendo exigida tão somente a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, momento a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação que se deve dar no prazo de cinco anos.
A jurisprudência desta Corte é pacífica ao estabelecer que, tratando os autos de compensação tributária, deve ser observada a lei de vigência no momento da propositura da ação, ressalvando-se o direito do contribuinte em compensar o crédito tributário pelas normas posteriores na via administrativa.
Tal entendimento foi consolidado pela Primeira Seção do STJ na assentada de 9.12.2009, no julgamento do REsp 1.137.738/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8 do STJ.
A ementa do julgado guarda o seguinte teor:
(...)
Dessa forma, a análise do caso deve observar o regime jurídico vigente à época da propositura da ação.

> In casu, a ação foi proposta em momento anterior à Medida Provisória n. 66, de 29.8.2002, que foi convertida na Lei n. 10.637/2002, de 30.12.2002, não sendo possível a compensação entre tributos de espécies diferentes como determinado pelo Tribunal de origem.
> Assim, reformo o acórdão recorrido por estar em desconformidade com a atual jurisprudência do STJ.
> Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou provimento apenas para determinar a compensação tributária somente entre tributos da mesma espécie, nos termos do art. 66, § 1º, da Lei 8.383/91.
> Publique-se. Intimem-se.
> Brasília (DF), 17 de dezembro de 2014.
> MINISTRO HUMBERTO MARTINS
> Relator

Destaque-se que caberá a aferição pela UNIÃO de cada uma das notas fiscais referidas na relação apresentada com o laudo pericial, no sentido de perscrutar, todos os dados indicados na relação do laudo pericial, especialmente, considerados para efeito de cálculo dos créditos pretendidos.

Assim, é de se repelir, portanto, a menção da UNIÃO à anulação do crédito do IPI, na forma do § 3º do artigo 25, da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, pois não se cuida de saída desonerada, eis que, conforme mostrou o laudo judicial, a autora subsome-se à norma do *caput* do artigo 25 da referida lei, não havendo que se falar na hipótese de anulação. Eis os enunciados:

> Art. 25. A importância a recolher será o montante do imposto relativo aos produtos saídos do estabelecimento, em cada mês, diminuído do montante do imposto relativo aos produtos nele entrados, no mesmo período, obedecidas as especificações e normas que o regulamento estabelecer. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.136, de 1970)
> (..)
> § 3º. O Regulamento disporá sobre a anulação do crédito ou o restabelecimento do débito correspondente ao imposto deduzido, nos casos em que os produtos adquiridos saiam do estabelecimento com isenção do tributo ou os resultantes da industrialização estejam sujeitos à alíquota zero, não estejam tributados ou gozem de isenção, ainda que esta seja decorrente de uma operação no mercado interno equiparada a exportação, ressalvados os casos expressamente contemplados em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.798, de 1989)

Aliás, também não há razão para se cogitar da aplicação das normas do artigo 150, § 6º, da Constituição da República, eis que não se trata de caso de concessão de crédito presumido.

Do prazo de prescrição

A autora pede a reforma da sentença para que, afastada a prescrição quinquenal, seja-lhe garantido o decênio prescricional, na forma do preconizada pelos artigos 150, § 4º, e 174 do Código Tributário Nacional, pois, conforme alude, ingressou em juízo em 09/06/2005, antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005.

Todavia, não há supedâneo jurídico para ser beneficiada pelo prazo decenal. Convém notar que, conforme preconizado pelo REsp nº 1.269.570/MG, da lavra do Eminente Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado segundo a técnica dos repetitivos, consta que: "(...) *para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN(...)"* (PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012). De forma que, tendo

ingressado exatamente em 09/06/2005, estaria, necessariamente, inserta no novel regramento e, consequentemente, abarcada pelo teor do precedente judicial.

Entretanto, na verdade, não cabe a aplicação da prescrição prevista no Código Tributário Nacional, pois se cuidam de créditos escriturais, submetidos à prescrição quinquenal, na forma do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.

Nesse sentido, manifestou-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. RESSARCIMENTO. LEGALIDADE DO ART. 17, §1º, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF N. 313/2003. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA N. 411/STJ. TERMO INICIAL DA MORA E CONSEQUENTE CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 24 DA LEI N. 11.457/2007. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO HOMOLOGA A COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA OU MAJORAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ.
> 1. O art. 2º, § 2º, da Instrução Normativa n. 23/97, impôs limitação ilegal ao art. 1º da Lei n. 9.363/96, quando condicionou gozo do benefício do crédito presumido do IPI, para ressarcimento de PIS/PASEP e COFINS, somente às aquisições efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições para o PIS/PASEP e COFINS. Tema já julgado pelo recurso representativo da controvérsia REsp. n. 993.164/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.12.2010.
> 2. O art. 17, §1º, da IN SRF n. 313/2003, não viola o art. 2º, da Lei n. 9.363/96, pois encontra guarida no art. 6º, da mesma lei, que admitiu que o conceito de "receita de exportação" (componente da base de cálculo do benefício fiscal) ficaria submetido a normatização inferior, podendo, inclusive, ser restringido ou ampliado, conforme a teleologia do benefício e razões de política fiscal.
> 3. O tema da correção monetária dos créditos escriturais de IPI é matéria sumulada neste STJ (Súmula 411/STJ: "É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco") e já foi objeto de julgamento pela sistemática para recursos repetitivos prevista no artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008, no REsp. Nº 1.035.847 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.6.2009.
> 4. Nas ações em que se objetiva o aproveitamento de créditos escriturais de IPI, presumidos ou não, o prazo prescricional é de cinco anos, por força do Decreto n. 20.910/32. A pretensão de cobrança dos valores pelo fisco apenas surge a partir do momento em que, exercendo seu dever de fiscalização, dentro do prazo previsto no § 5º do art. 74 da Lei 9.430/96, a autoridade reputa não homologada a compensação, conforme §§ 7 e 8º do mesmo dispositivo.
> 5. A aferição do quantitativo em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como da existência de sucumbência mínima ou recíproca, mostra-se inviável em recurso especial, tendo em vista o óbice disposto na Súmula 7 do STJ.
> 6. Agravo regimental não provido.
> (STJ, AgRg nos EDcl no REsp nº 1473410/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 06/10/2015, DJe 16/10/2015)

Com efeito, o contribuinte tem direito a aproveitar os créditos de IPI decorrentes dos recolhimentos realizados no período de 09/06/2000 a 09/06/2005, observado o quinquênio retroativo ao ajuizamento da ação, na forma do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.

Da correção monetária dos créditos de IPI

A incidência de correção monetária sobre os valores dos créditos escriturais de IPI é

reconhecida apenas nos casos em que seja verificada resistência por parte da FAZENDA NACIONAL, conforme foi pacificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº 1.035.847/RS, sob a técnica dos recursos repetitivos, nos termos da seguinte ementa, *in verbis*:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.
> 1. A correção monetária não incide sobre os créditos de IPI decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal.
> 2. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito oriundo da aplicação do princípio da não-cumulatividade, descaracteriza referido crédito como escritural, assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil.
> 3. Destarte, a vedação legal ao aproveitamento do crédito impele o contribuinte a socorrer-se do Judiciário, circunstância que acarreta demora no reconhecimento do direito pleiteado, dada a tramitação normal dos feitos judiciais.
> 4. Consectariamente, ocorrendo a vedação ao aproveitamento desses créditos, com o consequente ingresso no Judiciário, posterga-se o reconhecimento do direito pleiteado, exsurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 490.547/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.09.2005, DJ 10.10.2005; EREsp 613.977/RS, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 09.11.2005, DJ 05.12.2005; EREsp 495.953/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006; EREsp 522.796/PR, Rel.Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.11.2006, DJ 24.09.2007;EREsp 430.498/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; e EREsp 605.921/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008).
> 5. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.
> (STJ, REsp nº 1.035.847/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 24/06/2009, DJe 03/08/2009)

Esse posicionamento foi cristalizado na Súmula nº 411:

> *É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco. (Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 16.12.2009)*

Registre-se que o laudo pericial indica que a autora "*calcula o preço da saída, desconsiderando-se o diferencial de preço entre aquisição e revenda*" (fl. 229). Além disso, é de se considerar a solução de consulta nº 10880.026377/99-33, referida pela UNIÃO (fl.181), tudo no sentido de caracterizar a resistência do Fisco.

Nesse sentido, manifestou-se a Egrégia Segunda Seção desta Corte, *in verbis*:

> PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. IPI. CRÉDITO ESCRITURAL. INVIABILIDADE DE COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DE ISENÇÃO DE PIS E COFINS AFASTADOS. EMABRGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE PROVIDOS.
> - A preliminar de não conhecimento do recurso quanto ao pedido de reconhecimento de que

indevido o direito à compensação na hipótese (art. 166 do CTN) não comporta acolhimento. Observa-se a fls. 109 que a sentença, de parcial procedência, decidiu ser inviável a restituição de valores na forma de compensação ou de execução contra a Fazenda Pública, ressalvando a viabilidade do aproveitamento dos créditos escriturais. Por sua vez, o acórdão proferido pela E. Terceira Turma desta Corte, que por maioria deu parcial provimento ao recurso da autora, estabeleceu a possibilidade de compensação com tributos da mesma espécie, aplicando-se a Lei nº 8383/91, enquanto o voto vencido estabeleceu que o crédito presumido de IPI de que trata a Lei nº 9.363/96 tem natureza escritural, não ensejando compensação nos moldes da Lei nº 8383/91, devendo ser vertido na escrita fiscal da autora para respectivo aproveitamento.
- Uma vez que o voto vencido negava provimento ao recurso da autora nesse sentido, resta evidente que o acórdão proferido reformou, por maioria, o referido tópico, comportando análise em sede de embargos infringentes, nos termos do art. 530 do CPC/1973.
- Às hipóteses de crédito escritural de IPI inviável a compensação ou restituição, devendo ser reconhecido o direito de aproveitamento do crédito em virtude da regra da não-cumulatividade, prevista na Constituição Federal, como estabeleceu o voto vencido. Precedentes. Tal conclusão reforça-se pela circunstancia de que a repetição e a compensação dependeriam de providência não cumprida pela embargada, no sentido de que provar que assumiu o encargo financeiro ou que, quem o assumiu, expressamente a autorizou a recebê-la (art. 166 do CTN).
- Pacífica a orientação da 1ª Seção do STJ no sentido da desnecessidade de comprovação da não-transferência do ônus financeiro correspondente ao tributo, como decorrência do mecanismo da não-cumulatividade e do creditamento escritural (RESP 672.195/SC, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, Dje 22.10.2008, RESP 702.325/AL, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 02.08.2007, RESP. 640.773/SC, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ. de 30.05.2005 e RESP 502.260/PR, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09.02.2004).
- Por sua vez, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento sobre a possibilidade de correção monetária de créditos escriturais de IPI. A questão foi julgada sob o rito da Lei dos Recursos Repetitivos (REsp 1035847/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009). Tem a embargada direito à correção monetária de seus créditos, durante os mencionados períodos em que se viu impedida de aproveitá-los por oposição oficial.
- (...)
- Embargos infringentes parcialmente providos para se reconhecer que o crédito presumido de IPI deverá ser objeto de creditamento escritural, bem como para se afastar o reconhecimento da isenção do PIS e COFINS no período compreendido entre os meses de junho e dezembro de 2000.
(TRF3, EI nº 0003362-88.2005.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, SEGUNDA SEÇÃO, j. 04/12/2018, e-DJF3 11/12/2018)

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. IPI. INSUMOS TRIBUTADOS. PRODUTO FINAL NÃO TRIBUTADO. PRESCRIÇÃO. LEI Nº 9.779/99. CREDITAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRELIMINAR REJEITADA, REMESSA E RECURSOS DESPROVIDOS.
- As questões relativas à prescrição quinquenal, à aplicação da correção monetária sobre os créditos de IPI e do artigo 170-A do CTN, suscitadas sem sede de apelação não foram conhecidas, uma vez que a sentença foi favorável à fazenda pública na análise destas matérias.
- Não prospera a preliminar de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, dado que o autor juntou aos autos documentos comprobatórios da aquisição de insumos destinados ao desenvolvimento da sua atividade.
- O direito ao creditamento do imposto pago na aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na produção dos produtos sujeitos ao pagamento do IPI foi reconhecido a partir da edição da Lei nº 9.779/99
- Conforme entendimento firmado pelo STF, no julgamento de recurso representativo da

controvérsia, a possibilidade de creditamento estabelecido pela Lei nº 9.779/99 não se aplica as situações a ela anteriores (RE 562980, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ a.córdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2009).
- À prescrição do eventual direito ao creditamento do IPI não é aplicável o artigo 168 do CTN, independentemente das alterações promovidas pela LC nº 118/05, uma vez que não se questiona recolhimento indevido ou a maior do tributo e, sim, a possibilidade de aproveitamento do crédito, decorrente do princípio da não cumulatividade. Cabível, neste caso, a aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/32.
-A questão referente à aplicação da correção monetária dos créditos escriturais de IPI já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.035.847/RS, representativo da controvérsia, ao entendimento de que é devida a correção apenas nas hipóteses em que a autoridade fazendária tenha impedido o aproveitamento do crédito: REsp 1035847/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. 24.06.2009, DJe 03.08.2009.
- No tocante à forma de aproveitamento dos créditos, ressalta-se que deve ser observado o disposto no artigo 11 da Lei nº 9.799/99, que estabelece que a compensação deverá ser efetuada nos termos dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96. Aplicável, ainda, a norma prevista no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, que exige o trânsito em julgado para fins de compensação do crédito, uma vez que a norma não estabelece diferenciação entre a natureza, origem ou causa do crédito a ser aproveitado.
- Preliminar rejeitada. Remessa oficial e apelações desprovidas.
(TRF3, ApReeNec nº 0002599-33.2009.4.03.6124, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, QUARTA TURMA, j. 15/08/2018, e-DJF3 17/09/2018)

Da compensação

O direito à compensação decorre do encontro de contas consistente, de um lado, nos créditos de IPI em função dos recolhimentos realizados no período de 09/06/2000 a 09/06/2005, observado o quinquênio retroativo ao ajuizamento da ação, na forma do artigo 1º do Decreto n. 20.910, de 1932, e, de outra parte, é de se submeter novamente à análise o regime da compensação aplicável à espécie, observando-se o preconizado pelo REsp nº 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, cuja ementa dispõe, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART.543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART.170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.
1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, *caput*), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo *a quo* a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. *In casu*, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu *in casu*; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no

> REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).
> 15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel.Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)
> 16. O art. 535 do CPC resta incólume se 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.
> 17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
> (STJ, REsp nº 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Deveras, a UNIÃO insurgiu-se quanto à impossibilidade de compensação dos créditos com outros tributos. Entretanto, aplica-se o regime de compensação vigente na data da propositura da ação, em 09/06/2005, o qual, na forma da Lei nº 9.430/96, com as alterações da Lei nº 10.637/02, admitia a compensação entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

Ademais, é de rigor que, por força do disposto na norma do artigo 11 da Lei nº 9.799/99, o procedimento de compensação observe os artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96. (*AgRg no REsp 1344735/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 14.10.2014, DJe 20.10.2014; REsp 1292723/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 02.02.2012, DJe 10.02.2012*).

Há ainda que se mencionar a regra do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, conforme entendimento cristalizado pelo E. STJ no REsp nº 1.164.452/MG, da lavra do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado segundo a sistemática dos repetitivos*, in verbis:*

> TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.
> 1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
(STJ, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

Ressalte-se que os documentos que concederam suporte ao laudo pericial que consta dos autos deverão ser examinados pelo Fisco, quanto à sua validade formal e substancial, por ocasião da compensação.

Da multa imposta nos embargos de declaração

Por fim, afasto a incidência de multa de 1% (um por cento) em sede de embargos de declaração, tidos por protelatórios pelo MM. Juízo *a quo*, uma vez que não restou configurada a hipótese.

Evidentemente, os embargos de declaração não se prestam ao reexame de questões de fato ou de direito, conforme já decidido por esta Egrégia Sexta Turma na AC nº 0002385-02.2009.4.03.6105 (Rel. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, j. 08/11/2018, e-DJF3 22/11/2018).

Entretanto, o exame do recurso revela que, não obstante a então embargante, ora apelante, tenha requerido manifestação sobre os honorários e custas, cuja fixação já constava expressamente no dispositivo da sentença, pediu, ainda, a declaração quanto à contagem do prazo de prescrição, referindo o cabimento da técnica dos cinco mais cinco, pois teria ingressado com a ação em 09/06/2005, antes, portanto, da vigência da Lei Complementar nº 118/2005.

Verifica-se que tanto na fundamentação quanto no dispositivo da sentença que há referência ao prazo de prescrição de cinco anos, a contar de 09/06/2005. Nota-se, ainda, que a jurisprudência trazida à colação contém um aresto citando o Decreto nº 20.910/32. Todavia, não houve referência expressa à base normativa aplicável à fixação do prazo prescricional, razão por que restou caracterizado um dos pressupostos autorizadores dos embargos de declaração consistente na omissão, o que possibilita seja afastada a multa imposta.

Ante o exposto, *nego provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal e conheço em parte da apelação da autora e, na parte conhecida, dou-lhe provimento* para afastar a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

É o meu voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0001559-50.2012.4.03.6111

Apelante: EMPRESA DE DESENVOLVIMENTO URBANO E HABITACIONAL DE MARÍLIA - EMDURB
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2019

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA PÚBLICA. NATUREZA JURÍDICA. PENHORA. BENS AFETADOS ATIVIDADE FIM (SERVIÇO PÚBLICO). NÃO COMPROVADO. REMESSA OFICIAL PROVIDA. APELO IMPROVIDO.
1. Empresas públicas não se incluem no conceito de Fazenda Pública, não gozam de privilégios fiscais, submetendo-se à execução com a respectiva penhora de seus bens (art. 173, §§ 1º e 2º, CF): RE 713731 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17/12/2013.
2. O regime de pagamento por precatório (art. 100 da CF) deve ser reconhecido nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro (RE 627242, Rel. MIN LUÍS ROBERTO BARROSO, DJE 25/05/2017).
3. A empresa embargante (EMDURB) tem por finalidade desenvolver atividades de caráter econômico-social, comercial, industrial e de prestação de serviços; suas atividades não são exercidas com exclusividade; autonomia financeira com objetivos empresarias permite auferir lucro e receitas advindas de juros e amortizações de financiamentos ou de operações financeiras (Lei Municipal nº 3.216/87).
4. O STJ vem admitindo a penhora de bens de empresas públicas (em sentido lato) prestadoras de serviço público apenas se estes não estiverem afetados à consecução da atividade-fim (serviço público) ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometer o desempenho da atividade. (AgRg no RE Nº 1.070.735 - RS).
5. A simples alegação de que os veículos penhorados são afetados à consecução da atividade-fim (serviço público), não se mostra suficiente a comprovar a utilidade imprescindível ao regular e completo funcionamento do serviço público. Penhora subsistente. Jurisprudência.
6. O Egrégio Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que o Decreto-Lei nº 1.025/69 é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios (Súmula n. 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos). Assim, execução fiscal, tem por finalidade não só substituir a verba honorária, mas cobrir as despesas com o aparelhamento da cobrança judicial da dívida ativa.
7. Remessa oficial provida. Apelo 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, dar provimento a remessa oficial e negar provimento ao apelo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de abril de 2019.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por EMPRESA DE DESENVOLVIMENTO URBANO HABITACIONAL DE MARILIA -EMDURB em face da execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional para fins de cobrança de IRPJ, CDA's nºs 80211051653-08, 80211051655-61, 80211051662-90, 80611092772-90, 80611092773-71, 80611092774-52, 80611092775-33, 80611092777-03, 80611092778-86, 80711019808-36, 80711019809-17 e 80711019815-65.

Os embargos foram julgados parcialmente procedentes para reconhecer a impenhorabilidade dos bens constritos que estejam afetos à prestação de serviço público e desconstituir a penhora efetuada sobre tais bens. Sucumbência recíproca. Sentença sujeita ao reexame (fls. 242/243).

Apela a embargante requerendo a reforma parcial da sentença sob os seguintes argumentos (fls. 246/256):

1. A EMDURB é uma empresa pública de administração pública indireta devendo receber o mesmo tratamento jurídico conferido aos órgãos e entes públicos, nos moldes insculpidos no art. 100 da CF/88, cuja cobrança do débito deve ser processada por meio de precatório e não pela constrição de bens que servem a prestação de serviços públicos, atividades-fins desenvolvidas pela recorrente.

2. Pede a redução dos honorários de 20% para 2% porque a execução foi movida mediante simples petição, não havendo necessidade de observância do limite de 10% e 20%, em respeito ao princípio da razoabilidade e adequação.

Com as contrarrazões subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

Nos termos do artigo 173, §1º da Constituição Federal as empresas públicas estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Assim, não se incluem no conceito de Fazenda Pública, não gozam de privilégios fiscais, submetendo-se à execução com a respectiva penhora de seus bens (art. 173, § 2º).

Acerca do tratamento jurídico dispensado à empresa pública, o C. STF decidiu : "não é o simples fato de a empresa pública contemplar, dentre suas atividades, a prestação de serviço público que lhe garante, por si só, o tratamento dado à Fazenda. Para tanto, faz-se necessária previsão expressa em lei, bem como a ausência de qualquer possibilidade de atuação em regime de concorrência com os empreendedores do setor privado" (RE 713731 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17/12/2013).

Segue julgado desta Corte :

> EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - APELO INOVADOR: NÃO CONHECIMENTO - PENHORA DE BENS DE EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL: POSSIBILIDADE - LEGALIDADE DO ENCARGO DO DECRETO-LEI 1.025/69, MATÉRIA PACIFICADA AO RITO DO ART. 543-C, CPC/73 - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO, NO QUE CONHECIDA.
> 1. (...)
> 5. Registre-se que o mérito envolvendo a penhora de bens da parte apelante já foi apreciado por esta C. Terceira Turma, nos autos 0002871-61.2012.403.6111, em voto de lavra deste Relator, na Sessão do dia 03/04/2014.
> 6. Esta C. Corte a assentar não se escuse empresa pública, como na espécie, da constrição de seus bens, aliás a própria Lei Maior ordenando seja o seu tratamento equiparado ao dos entes privados em geral, § 2º de seu art. 173, de tal modo que a incidir sobre as cobranças, nas quais devedora, a execução fiscal, tal como positivada pela Lei 6.830/80, portanto no bojo da qual natural a garantia patrimonial da instância, via elementar penhora. Precedentes.
> 7. Observante a r. sentença, no que alvejada por este apelo, ao dogma da processual legalidade, inciso II do art. 5º Lei Maior, nenhum reparo a sofrer.
> 8. A respeito do que sustentado recursalmente quanto ao tema sucumbencial nos embargos, legítima a incidência do encargo de 20% previsto pelo Decreto-Lei nº 1.025/69, matéria já solucionada ao rito dos Recursos Repetitivos, REsp 1143320/RS. Precedente.
> 9. Parcial conhecimento da apelação e, no que conhecida, improvida.
> (AC 0002035-25.2011.4.03.6111/SP, 3ª Turma, Juiz Federal Convocado Silva Neto, D.E. 05/06/2017)

Decidiu, ainda, aquela C. Corte Constitucional que o regime de pagamento por precatório (art. 100 da CF) deve ser reconhecido nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro.

Segue julgado neste sentido:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPANHIA ESTADUAL DE SANEAMENTO BÁSICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. EXECUÇÃO PELO REGIME DE PRECATÓRIOS.
> 1. Embora, em regra, as empresas estatais estejam submetidas ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios" (RE 592.004, Rel. Min. Joaquim Barbosa).
> 2. É aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro.

> 3. Provimento do agravo regimental e do recurso extraordinário.
> (RE 627242, Rel. MIN LUÍS ROBERTO BARROSO, DJE 25/05/2017)

A Empresa de Desenvolvimento Urbano Habitacional de Marília - EMDURB possui natureza jurídica de empresa pública municipal, constituída pela Lei Municipal nº 3.216/87, reestruturada pela Lei Municipal n. 4.258/97, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio, *autonomia administrativa, técnica e financeira com objetivos empresariais* nas áreas de atividade econômico-sociais de habitação, transporte, implantação de distritos industriais, imóveis para atividades comerciais e prestação de serviços, entre outros (fls. 238/239).

Em resumo, a empresa embargante tem por finalidade desenvolver atividades de caráter econômico-social, comercial, industrial e de prestação de serviços; suas atividades não são exercidas com exclusividade, vez que não exclui empreendedores do setor privado; a título de exemplo na área habitacional, comercializa lotes, loteamentos urbanos, conjuntos habitacionais (art. 3º, I, da LM); no âmbito industrial, implanta distritos industriais e comercializa estas unidades (art. 3º, II, da LM); sua autonomia financeira com objetivos empresarias lhe permite auferir lucro e receitas advindas de juros e amortizações de financiamentos ou de operações financeiras (artigo 10, "e" da Lei Municipal nº 3.216/87).

Assim, ainda que prestadora de serviços públicos, seu patrimônio é passível de penhora, *cabendo uma ressalva apenas na hipótese da constrição verificada sobre determinado bem comprometer o desempenho da atividade-fim (serviço público).* Segue ementa do C. STJ :

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PÓLO PASSIVO OCUPADO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PENHORA DE IMÓVEIS. SUBSTITUIÇÃO DE IMÓVEIS POR VEÍCULOS. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE. ART. 678 DO CPC.
> 1. A aplicação dos arts. 10, 11 e 15 da Lei n. 6.830/80 e 656 do CPC deve ser feita com razoabilidade, especialmente quando está em jogo a consecução do interesse público primário (transporte), incidindo na espécie o art. 678 do CPC.
> 2. Por isso, esta Corte Superior vem admitindo a penhora de bens de empresas públicas (em sentido lato) prestadoras de serviço público apenas se estes não estiverem afetados à consecução da atividade-fim (serviço público) ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometer o desempenho da atividade. Essa lógica se aplica às empresas privadas que sejam concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (como ocorre no caso). Precedentes.
> 3. O Tribunal de origem, soberano para avaliar o conjunto fático-probatório, considerou que eventual restrição sobre os bens indicados pela agravante comprometeria a prestação do serviço público, o que é suficiente para desautorizar sua penhora.
> 4. Agravo regimental não-provido.
> (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.070.735 - RS (2008/0135288-0)

No que tange a penhora que recaiu sobre 16 (dezesseis) veículos automotores, a simples alegação de que tais bens são afetados à consecução da atividade-fim (serviço público), sem os quais a prestação do serviço público restou comprometida, não se mostrou suficiente a comprovar a utilidade imprescindível ao regular e completo funcionamento do serviço público. Há que se manter a penhora.

A propósito, deixo assentado que esta E. Corte já decidiu embargos à execução opostos pela mesma empresa em face da execução fiscal n. 0000524-55.2012.4.03.6111, cuja penhora recaiu sobre os mesmos bens:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA PÚBLICA. PENHORA DE BENS. POSSIBILIDADE. CONSTRIÇÃO QUE NÃO AFETA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA.
- As situações jurídicas consolidadas e os atos processuais impugnados pelos recorrentes serão apreciados, em conformidade com as normas do Código de Processo Civil de 1973, consoante determina o artigo 14 da Lei n. 13.105/2015.
- Acerca da penhora efetivada na execução fiscal subjacente, faz-se necessário consignar que, às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, não são atribuidos os mesmos privilégios e prerrogativas próprios das empresas que prestam serviços públicos, conforme preceitua o artigo 173, §2º, da Constituição.
- O Supremo Tribunal Federal já afirmou que não é o simples fato de a empresa pública ou a sociedade de economia mista prestar serviços públicos que, por si só, já atrairia o tratamento de Fazenda Pública. Para tanto, faz-se necessária previsão expressa em lei, bem como a ausência de qualquer possibilidade de atuação em regime de concorrência com os empreendedores do setor privado (RE 713731 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17/12/2013).
- É possível a penhora do patrimônio da empresa pública executada, havendo como único impedimento o eventual prejuízo à prestação do serviço público.
- No caso em apreço foram penhorados veículos de propriedade da embargante que não logrou comprovar nos autos serem eles imprescindíveis ao seu regular e completo funcionamento ou à escorreita prestação do serviço público.
- Apelação a que se nega provimento.
(TRF3, AC 0002205-60.2012.4.03.6111/SP, Décima Primeira Turma, Juíza Federal em Auxílio NOEMI MARTINS, D.E. 29/11/2016)

Logo, considerando que não restou comprovado que os bens objeto da constrição comprometeu o desempenho da atividade-fim (serviço público), não há como acolher o pleito formulado na inicial.

Do encargo de 20% previsto no decreto-lei n. 1.025/69.

Também não há que se falar em ilegalidade do aludido encargo legal.

De início, ressalte-se que o encargo de 20% previsto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.025/69 presta para cobrir todas as despesas relativas à arrecadação de tributos não recolhidos, não sendo mero substituto da verba honorária.

Com efeito, dispõe o artigo 1º do DL nº 1.025, de 21.10.1969 :

Art.1º - É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União.

Depreende-se, pois, da leitura do artigo 1º do DL nº 1.025/69 que esse dispositivo, além de fixar encargo a ser pago pelo executado, em montante equivalente a 20% (vinte por cento), esclarece que esse pagamento se faz a título de renda do Estado, e não de honorários advocatícios.

Como bem esclareceu o e. Ministro Humberto Gomes de Barros, quando do julgamento do REsp nº 154.765/MG, "*...Como se percebe, o acréscimo determinado pelo DL 1.025 /69 constitui uma sanção, cominada ao devedor recalcitrante, em percentagem legalmente fixada. Não se confunde com os honorários de sucumbência, previstos no Art. 20 do Código de Processo Civil. Não é lícito ao juiz reduzir-lhe a alíquota*". (DJ de 1º.06.98)

Outrossim, resta assentado no E. Superior Tribunal de Justiça que, após a edição da Lei nº 7.711/88, cujo artigo 3º disciplinou a questão acerca da cobertura de despesas destinadas a atos judiciais referentes à propositura ação, o encargo previsto no DL nº 1.025/69 passou a cobrir despesas com a arrecadação da dívida ativa da União, abrangendo inclusive honorários advocatícios.

Legítima, pois, a cobrança do encargo de 20% previsto no artigo 1º do Decreto-lei 1.025 /69, o qual serve, conforme de depreende do artigo 3º da Lei nº 7.711/88, para cobrir as despesas relativas à arrecadação dos tributos não recolhidos, além de substituir, nos embargos, a condenação do devedor em honorários, conforme estabelece a Súmula 168, do extinto Tribunal Federal de Recursos, *in verbis* :

> Súmula 168. O encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios.

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial e nego provimento ao apelo.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5002978-78.2016.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravado: GUARD CAR COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ESTACIONAMENTO LTDA – ME
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2019

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – PARCELAMENTO DE DÉBITO FISCAL – SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – EFEITOS IMEDIATOS MESMO ANTES DA CONSOLIDAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA – RECURSO DESPROVIDO.
1. O magistrado do primeiro grau deferiu parcialmente a liminar para reconhecer a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários de nºs 32.456.876-2, 32.456.877-0 e 32.459.878-9, até o momento da consolidação do parcelamento na esfera administrativa, em razão de que embora o impetrante não esteja sob os efeitos dos benefícios fiscais estabelecidos na Lei nº 11.941/09 (reabertura pela Lei nº 12.865/2013) em virtude da inércia da Administração em consolidar o parcelamento requerido, e não restando comprovada a sua culpa, tendo em vista a regular adesão ao parcelamento fiscal e pagamento das prestações, afigura-se legítima a pretensão de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, independentemente da consolidação da dívida objeto do parcelamento aderido pelo impetrante, entendeu que os débitos mencionados na inicial, a exemplo do que já ocorre com o de nº 32.456.875-4 devem contar em seu sistema informatizado como suspenso para inclusão em parcelamento especial.
2. O art. 12, II, da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, estipula que cumpridas às condições estabelecidas no art. 11, desta Lei, o parcelamento será: "(omissis) - considerado automaticamente deferido quando decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, contado da data do pedido de parcelamento sem que a Fazenda Nacional tenha se pronunciado. (omissis)".
3. Considerando que em 21/10/2013, a impetrante aderiu a reabertura do parcelamento da Lei-11.941/2009, parcelando todo o seu passivo tributário e previdenciário, constituído ou não junto ao Governo Federal e que desde a sua adesão vem recolhendo pontualmente em dia todas as prestações de cada um dos 08 parcelamentos assumidos.
4. Considerando que o agravante aderiu ao parcelamento instituído pela Lei nº 12.865/2013, bem como vem efetuando os pagamentos das parcelas acordadas entendo preenchida a exigência mencionada acima de 90 dias, e considerando, ainda que o parcelamento do débito permita a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151, VI, do CTN. Não se tratando de extinção de débito, situação em que o parcelamento a qualquer momento pode ser interrompido, pelo deixar de observar os seus requisitos, ensejando a retomada do curso da execução fiscal, com a respectiva dedução de valores eventualmente pagos.
5. Colaciono excerto do REsp 1686843/RS da lavra do i. Min. Mauro Campbell Marques: "A concessão do parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário

(CTN, art. 151, VI). A adesão ao parcelamento produz de imediato, efeitos jurídicos, tanto que o devedor deve desde logo pagar a primeira parcela e as que se forem vencendo até a consolidação. Dessa forma, incompatível a paralela execução do crédito parcelado. Trata-se, na verdade, de um ato jurídico sob condição resolutiva, ou seja, só não prevalecerá se o contribuinte for formalmente excluído do parcelamento pela autoridade competente.". Grifei.

6. A adesão a parcelamento de débito tributário configura hipótese de suspensão da exigibilidade, ou se já houver ajuizamento de execução fiscal, esta não deverá ser extinta enquanto não adimplido todo o crédito tributário parcelado.

7. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL em face de decisão proferida pelo MM. Juízo da 24ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP que deferiu em parte o pedido liminar para reconhecer a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários de nºs 32.456.876-2, 32.456.877-0 e 32.459.878- 9, até o momento da consolidação do parcelamento na esfera administrativa.

Em suas razões, a parte Agravante pugna seja dado provimento ao presente recurso, reformando-se em definitivo a r. decisão recorrida, para determinar o restabelecimento da exigibilidade dos créditos tributários de nºs 32.456.876-2, 32.456.877-0 e 32.456.878-9, até que se ultimem as etapas de consolidação de tais débitos em parcelamento fiscal.

Em juízo sumário de cognição (ID 382510) foi indeferido pelo Relator o efeito suspensivo pleiteado.

Contraminuta ofertada pela agravada (ID 401593).

É o sucinto relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Como se vê o magistrado do primeiro grau deferiu parcialmente a liminar para reconhecer a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários de nºs 32.456.876-2, 32.456.877-0 e 32.459.878-9, até o momento da consolidação do parcelamento na esfera administrativa, em razão de que embora o impetrante não esteja sob os efeitos dos benefícios fiscais estabelecidos na Lei nº 11.941/09 (reabertura pela Lei nº 12.865/2013) em virtude da inércia da Adminis-

tração em consolidar o parcelamento requerido, e não restando comprovada a sua culpa, tendo em vista a regular adesão ao parcelamento fiscal e pagamento das prestações, afigura-se legítima a pretensão de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, independentemente da consolidação da dívida objeto do parcelamento aderido pelo impetrante, entendeu que os débitos mencionados na inicial, a exemplo do que já ocorre com o de nº 32.456.875-4 devem contar em seu sistema informatizado como suspenso para inclusão em parcelamento especial.

O art. 12, II, da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, estipula que cumpridas às condições estabelecidas no art. 11, desta Lei, o parcelamento será:

> *(omissis)*
> - considerado automaticamente deferido quando decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, contado da data do pedido de parcelamento sem que a Fazenda Nacional tenha se pronunciado.
> *(omissis)*

Assim sendo, considerando que em 21/10/2013, a impetrante aderiu a reabertura do parcelamento da Lei-11.941/2009, parcelando todo o seu passivo tributário e previdenciário, constituído ou não junto ao Governo Federal e que desde a sua adesão vem recolhendo pontualmente em dia todas as prestações de cada um dos 08 parcelamentos assumidos.

Dessa forma, considerando que o agravante aderiu ao parcelamento instituído pela Lei nº 12.865/2013, bem como vem efetuando os pagamentos das parcelas acordadas entendo preenchida a exigência mencionada acima de 90 dias, e considerando, ainda que o parcelamento do débito permita a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151, VI, do CTN. Não se tratando de extinção de débito, situação em que o parcelamento a qualquer momento pode ser interrompido, pelo deixar de observar os seus requisitos, ensejando a retomada do curso da execução fiscal, com a respectiva dedução de valores eventualmente pagos.

Nesse sentido, colaciono excerto do REsp 1686843/RS da lavra do i. Min. Mauro Campbell Marques, verbis:

> A concessão do parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, VI). A adesão ao parcelamento produz de imediato, efeitos jurídicos, tanto que o devedor deve desde logo pagar a primeira parcela e as que se forem vencendo até a consolidação. Dessa forma, incompatível a paralela execução do crédito parcelado. Trata-se, na verdade, de um ato jurídico sob condição resolutiva, ou seja, só não prevalecerá se o contribuinte for formalmente excluído do parcelamento pela autoridade competente. Grifei.

Por fim, a adesão a parcelamento de débito tributário configura hipótese de suspensão da exigibilidade, ou se já houver ajuizamento de execução fiscal, esta não deverá ser extinta enquanto não adimplido todo o crédito tributário parcelado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
5002062-76.2018.4.03.6110

Agravante: CENTER CELL COMÉRCIO E SERVIÇOS SOROCABA LTDA.
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: CENTER CELL COMÉRCIO E SERVIÇOS SOROCABA LTDA.
Apelado: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DO IPI NA OPERAÇÃO DE REVENDA DE PRODUTO IMPORTADO. LEGALIDADE DA EXAÇÃO. ART. 543-C DO CPC/73. EREsp nº 1.403.532/ SC. AGRAVO DESPROVIDO.
1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Em julgamento nos autos dos EREsp 1.403.532/SC, submetido ao rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil". Precedentes.
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 interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Trata-se de agravo interno interposto por., com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 4414706) que, nos termos do artigo 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação da impetrante, mantendo a r. sentença que denegou a segurança, objetivando obter a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue ao recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidente na venda no mercado interno dos produtos que adquire mediante importação.

Sustenta a agravante, em síntese, que em que pese a existência de jurisprudência do E.

Superior Tribunal de Justiça sobre o tema da incidência do IPI em operações de revenda de produtos importados, como o mencionado EREsp n. 1.403532-SC, ainda pende de julgamento o Recurso Extraordinário nº 946.648/SC, com repercussão geral reconhecida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Alega que a tributação sobre produtos industrializados em duas oportunidades, uma no momento do desembaraço aduaneiro e outra na saída da mercadoria para o mercado interno, apesar de não sofrer nenhum processo de industrialização, viola o princípio constitucional da isonomia tributária, constante no artigo 150, inciso II, da Constituição da República, e afronta as hipóteses de incidência presentes nos incisos I a III, do artigo 46 do Código Tributário Nacional, bem como o aspecto pessoal do contribuinte de Imposto sobre Produtos Industrializados, estabelecido no artigo 51, inciso I, da mesma Lei, que equipara o importador/comerciante de produtos industrializados importados ao industrial nacional.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 3235548), a União Federal sustenta, em síntese, que inexiste qualquer violação ao princípio da isonomia pela cobrança do IPI na saída do produto importado, ao contrário, essa exigência busca justamente equalizar a carga tributária brasileira incidente sobre o produto nacional com a do produto importado que circula no mercado interno logo após a importação. Alega que a cobrança do IPI na saída do produto importado do estabelecimento importador não configura *bis in idem*, porque um de seus requisitos (haver apenas um fato sendo tributado duplamente) não se encontra presente.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Em que pese o reconhecimento da repercussão geral da matéria no RE nº 946.648, o E. Relator não determinou a suspensão de todos os feitos a ela relacionados, mas, ao contrário, expressamente afastou a incidência do inciso II do art. 1037 do CPC/15. Assim, não há que acolher o sobrestamento do feito nesta fase processual.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que em julgamento nos autos dos *EREsp 1.403.532/SC*, submetido ao *rito dos recursos repetitivos*, *a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça* firmou entendimento no sentido de que "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Sexta Turma:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. INCIDÊNCIA DO IPI NA OPERAÇÃO DE REVENDA DE PRODUTO IMPORTADO. LEGALIDADE DA EXAÇÃO. ART. 543-C DO CPC/73. EREsp Nº 1.403.532/SC. APELAÇÃO DESPROVIDA.
> 1. No julgamento dos autos dos EREsp 1.403.532/SC, submetido ao rito dos recursos repeti-

tivos, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil". Precedentes.
2. Apelação desprovida.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2190634 - 0014921-50.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 29/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/12/2018)

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. IPI. IMPORTAÇÃO. REVENDA NO MERCADO INTERNO. NOVA INCIDÊNCIA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STJ EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.
1. Reconsideração do v. acórdão recorrido para seguir orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EResp 1.403.532/SC, representativo da controvérsia.
2. Aquela Corte, ao analisar a questão do fato gerador do IPI na revenda de produtos importados, firmou posicionamento acerca de uma nova incidência do imposto quando da saída do estabelecimento importador, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil:
3. Juízo de retratação exercido. Apelação e remessa oficial providas.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 357494 - 0019381-17.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 11/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/05/2017)

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE 946.648. JULGALMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. IPI. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DO REFERIDO IMPOSTO TANTO NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO QUANTO NA SAÍDA DO COMÉRCIO ATACADISTA. EQUIPARAÇÃO ENTRE ATACADO E INDÚSTRIA. AGRAVO IMPROVIDO.
1. Com base no Decreto nº 7.212/2010, a União Federal passou a exigir da autora o pagamento do IPI sobre mercadorias importadas, tanto na sua entrada (nacionalização), quanto na saída de seu estabelecimento, ainda que as mesmas não tenham sido submetidas a qualquer processo de industrialização nesse segundo momento, o que se mostra irrelevante.
2. A equiparação da impetrante a estabelecimento industrial, por meio de decreto regulamentar, mostra-se plenamente compatível com o disposto no art. 4º, I da Lei nº 4.502/64.
3. Não se deve olvidar que a equiparação entre estabelecimentos industriais e estabelecimentos atacadistas ou varejistas, encontra-se prevista, atualmente, em diversos dispositivos legais, como se pode notar da transcrição do art. 13 da Lei nº 11.281/2006 e do art. 79 da Medida Provisória nº 2.158-35 de 2001.
4. Tratando-se a impetrante de pessoa jurídica de direito privado cujo objeto social abrange as atividades de comércio e de importação para posterior revenda no mercado interno, o fato gerador ocorre não apenas no desembaraço aduaneiro, sendo plenamente possível nova cobrança de IPI na saída dos produtos do estabelecimento durante o ato de sua comercialização.
5. A E. 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça afirmou a legitimidade da incidência de IPI no desembaraço aduaneiro de produtos importados e, novamente, na saída da mercadoria do estabelecimento, quando for comercializado. Tal entendimento restou consolidado no julgamento do EREsp 1403532, apreciado sob o rito dos recursos repetitivos, Rel. p/ acórdão Mauro Campbell, j. 14/10/2015.
6. Ainda, a agravante aduz que o Excelso Pretório reconheceu a repercussão geral da matéria no RE nº 946.648. Em consulta ao sistema de andamento processual do Excelso Pretório constato que, embora a matéria tenha sido reconhecida de repercussão geral, no RE nº 946.648, não houve determinação para a suspensão do trâmite dos feitos que versam sobre o tema nele invocado, até seu julgamento. Destarte, se mantem incólumes os fundamentos esposados na monocrática recorrida, não havendo óbice ao julgamento do apelo na forma do

art. 932 do CPC/2015.
7. De qualquer sorte, em consulta ao andamento daquele recurso excepcional verifico que foi proferida, em 10/09/2016, decisão pelo eminente Relator do feito, Ministro Marco Aurélio, afastando a aplicação do art. 1.037, inciso II, do CPC/2015, aduzindo que não se trata de hipótese para a suspensão, de forma linear e seja qual for a fase, de todos os processos pendentes que versem sobre o tem em debate (DJe 19/09/2016).
8. Portanto, não há óbice instransponível à apreciação monocrática deste feito. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pelo agravante e o teor dos julgados colacionados às razões recursais, não identifico motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
9. Agravo interno improvido.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 364997 - 0001842-67.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 02/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/03/2017)

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IPI NA IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E POSTERIORMENTE EM SUA REVENDA NO MERCADO INTERNO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. AFASTADA A INCIDÊNCIA DO ART. 1.037, II DO CPC/15 POR DECISÃO MONOCRÁTICA EXARADA NO RE 946.648/SC. LEGALIDADE DA EXAÇÃO, CONFORME PRECEDENTE FIRMADO PELO STJ SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC/73 (EREsp 1403532 / SC). COMPATIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO PERANTE OS FATOS GERADORES PREVISTOS NO ART. 46 DO CTN, CUJA DISTINÇÃO PERMITE A INCIDÊNCIA DO IPI NAS DUAS OPERAÇÕES. RESPEITO À ISONOMIA ENTRE OS PRODUTOS NACIONAIS E DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA, AO PERMITIR O ABATIMENTO DO IPI RECOLHIDO NA IMPORTAÇÃO QUANDO DO RECOLHIMENTO NA OPERAÇÃO DE REVENDA. RECURSO DESPROVIDO.
1. Inexiste óbice ao presente julgamento, porquanto, nada obstante o reconhecimento da repercussão geral da matéria ora discutida em sede do RE 946.648/SC, o E. Relator expressamente afastou a aplicação do art. 1.037, II, do CPC/15.
2. O STJ já firmou entendimento pela legalidade da exação (EREsp 1403532 / SC / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO / DJe 18.12.2015), tendo por pressuposto a compatibilidade dos fatos geradores ocorridos na importação de produtos industrializados e sua posterior revenda no mercado interno com aqueles previstos no art. 46 do CTN, mais precisamente o desembaraço aduaneiro (inciso I) e a saída daquele produto do estabelecimento importador (inciso II). Sendo diversos os fatos geradores do IPI naquelas operações, afastou-se com acerto a tese do *bis in idem* tributário.
3. Consignou-se no voto condutor do julgado paradigma que "(o) fato de o tributo incidir sobre o produto industrializado significa somente que é necessário e relevante que essa operação de industrialização em algum momento tenha ocorrido, pois a circulação que se tributa é de um produto industrializado, mas não que ela tenha que ocorrer simultaneamente a cada vez que se realize uma hipótese de incidência do tributo (fato gerador)".
4. A possibilidade de abatimento do IPI recolhido na operação de importação no cálculo do mesmo imposto devido pela saída do produto importado em razão da revenda afasta o argumento de privilégio descabido à produção nacional. Ao contrário. Procura-se submeter a mercadoria estrangeira à mesma tributação do IPI caso sua industrialização se desse em território nacional, fazendo incidir sobre a revenda também a alíquota interna do imposto, descontado o montante já recolhido.
5. Precedentes deste Tribunal.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 364671 - 0020800-38.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 16/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/03/2017)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5017401-72.2018.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravado: DABI ATLANTE S/A INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSON DI SALVO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/05/2019

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMA "REINTEGRA". BENEFÍCIO FISCAL. DECRETO Nº 9.393/2018. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE 2% PARA 0,1%. MAJORAÇÃO INDIRETA DE TRIBUTO. PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE, DA ANTERIORIDADE ANUAL E NONAGESIMAL: NÃO OBSERVÂNCIA. REVISÃO DE ENTENDIMENTO PESSOAL ANTERIOR. RECURSO DESPROVIDO.
1. O sistema REINTEGRA tem como objetivo restituir parcial ou integralmente o resíduo tributário remanescente na cadeia de produção de bens exportados. O contribuinte poderá apurar crédito mediante a aplicação de um percentual que será estabelecido em ato do Ministro da Fazenda, sobre a receita auferida com a exportação desses bens para o exterior.
2. Trata-se de benefício fiscal com lastro no art. 21 da Lei nº 13.043/2014 (antiga Medida Provisória nº 540/2011), para possibilitar ao contribuinte/exportador receber parcial ou integralmente o resíduo tributário remanescente na cadeia de produção de bens exportados (tratados no art. 23); seu cenário é delineado no art. 22, onde está dito que cabe ao Poder Executivo estabelecer percentual sobre a receita auferida com a exportação dos bens tratados no art. 23 destinados, podendo esse percentual variar entre 0,1% e 3%.
3. De acordo com essa alteração feita pelo Governo (Decreto nº 9.393), para apuração do crédito – que é um benefício fiscal – no âmbito do Reintegra, será aplicado o percentual de um décimo por cento, a partir de 1º de junho de 2018. Ou seja, o decreto reduziu a alíquota do benefício de 2,0% para 0,1%, valendo já a partir de 1º de junho.
4. Apreciando anterior alteração de alíquota do Reintegra, o STF já havia apontado a falta de respeito à noventena (STF – RE nº 983.821 AgR, Rel(a) Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. em 03/04/2018, .p. em 16/04/2018; RE nº 1.081.041/SC, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 27/4/18). Mas a 1ª Turma do STF foi mais além, reclamando ainda a anterioridade anual (RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018; RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018).
5. Esse entendimento mostra-se em consonância com o pensar que se pacificou na Suprema Corte, no sentido de que atrai a incidência do princípio da anterioridade a majoração indireta de tributo proveniente da redução ou extinção de benefício fiscal, conforme voto de lavra do Min. Marco Aurélio, proferido no julgamento da MC-ADI 2.325/DF, DJ 6.10.2006.

6. Ora, se - conforme dito pelo STF - a redução da alíquota que impactou a cadeia de importação resultou no aumento de carga tributária - o certo é que incida a limitação constitucional referente a anterioridade anual (art. 150, III, "b", CF), porquanto houve alteração da base de cálculo com o expurgo na apuração de crédito pela pessoa jurídica exportadora. Observo, *obter dictum*, que na verdade as três alíneas do inc. III do art. 150 incidem ao mesmo tempo (irretroatividade - anterioridade - anterioridade nonagesimal) salvo as exceções da própria Magna Carta.
7. Aliás, cumpre observar que a redução da alíquota para 0,1% é o mesmo que anular o benefício/incentivo fiscal; não tem cabimento um "incentivo" para a cadeia exportadora que seja inferior à grandeza unitária, muito próximo de zero.
8. Nesse cenário jurisprudencial – ao qual adiro, revendo entendimento pessoal anterior – deveria ser assegurado até o fim de 2018 o percentual de 2,0%. *Porém*, a decisão agravada *deferiu* a medida liminar para afastar os efeitos do Decreto nº 9.393/18 *até 31 de agosto de 2018*. Interposto agravo de instrumento pela União Federal, o caso é de desprovimento do instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL contra decisão que *deferiu* medida liminar requerida em mandado de segurança para afastar os efeitos do Decreto nº 9.393/18 até 31 de agosto de 2018, garantindo à impetrante o aproveitamento dos benefícios do REINTEGRA à alíquota de 2%.

Considerou o MM. Juízo da causa que houve violação ao princípio da anterioridade.

Nas razões deste recurso (ID 3617290), sustenta a agravante que os valores apurados no REINTEGRA não implicam aumento ou majoração de tributo, concessão de isenção ou desoneração em relação a nenhuma espécie tributária em particular, tampouco envolvem em seu cálculo aspectos relativos à alíquota ou à base de cálculo dos tributos envolvidos na operação. Diante disso, aduz que não se cogita de ocorrência de violação aos princípios da não-surpresa, da proteção da boa-fé, da anterioridade de exercício ou anterioridade nonagesimal.

Contraminuta da parte agravada (ID 3878103).

Parecer da Procuradoria Regional da República pelo prosseguimento do feito (ID 6184805).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

VOTO

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

O sistema REINTEGRA tem como objetivo restituir parcial ou integralmente o resíduo tributário remanescente na cadeia de produção de bens exportados. O contribuinte poderá apurar crédito mediante a aplicação de um percentual que será estabelecido em ato do Ministro da Fazenda, sobre a receita auferida com a exportação desses bens para o exterior.

Trata-se de benefício fiscal com lastro no art. 21 da Lei nº 13.043/2014 (antiga Medida Provisória nº 540/2011), para possibilitar ao contribuinte/exportador receber parcial ou integralmente o resíduo tributário remanescente na cadeia de produção de bens exportados (tratados no art. 23); seu cenário é delineado no art. 22, onde está dito que cabe ao Poder Executivo estabelecer percentual sobre a receita auferida com a exportação dos bens tratados no art. 23 destinados, podendo esse percentual variar entre 0,1% e 3%.

Trata-se de benefício fiscal em que a lei autoriza o Poder Público a "abrir mão" de receitas públicas, deixando-lhe um *espaço discricionário* para o manejo das alíquotas.

Foi publicado na edição extra do Diário Oficial da União, de 30 de maio de 2018, o Decreto nº 9.393/2018 alterando o Decreto nº 8.415/2015, que regulamenta a aplicação do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras – Reintegra. Como já foi dito, o Reintegra - que impacta PIS/COFINS - permite a apuração de crédito pela pessoa jurídica que *exporte bens*, mediante a aplicação de percentual sobre a receita auferida com a exportação, desde que, cumulativamente: a) o produto tenha sido industrializado no País; b) esteja classificado em código da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) e relacionado no anexo do Decreto nº 8.415/2015; e c) tenha custo total de insumos importados que não seja superior ao limite percentual do preço de exportação estabelecido no referido anexo.

Conforme mais essa alteração feita pelo Governo (Decreto nº 9.393), para apuração do crédito – que é um benefício fiscal – no âmbito do Reintegra, será aplicado o percentual de um décimo por cento, a partir de 1º de junho de 2018. Ou seja, o decreto reduziu a alíquota do benefício de 2,0% para *0,1%*, valendo já a partir de 1º de junho.

Sucede que bem pouco antes, apreciando anterior alteração de alíquota do Reintegra, o STF já havia apontado a falta de respeito à noventena. *Verbis*:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. PROGRAMA REINTEGRA. PIS E COFINS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA. MAJORAÇÃO INDIRETA DE TRIBUTO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. CONSONÂNCIA DA DECISÃO AGRAVADA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.
> 1. O entendimento assinalado na decisão agravada não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Ao julgamento da ADI 2.325-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, esta Suprema Corte decidiu que a revogação de benefício fiscal, quando acarrete majoração indireta de tributos, deve observar o princípio da anterioridade nonagesimal.
> 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.
> 3. Em se tratando de mandado de segurança, inaplicável o artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015.

> 4. Agravo interno conhecido e não provido.
> (STF – RE nº 983.821 AgR, Rel(a) Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. em 03/04/2018, .p. em 16/04/2018)
>
> Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. REINTEGRA. Decreto nº 8.415/15. Princípio da anterioridade nonagesimal.
> 1. O entendimento da Corte vem se firmando no sentido de que não só a majoração direta de tributos atrai a aplicação da anterioridade nonagesimal, mas também a majoração indireta decorrente de revogação de benefícios fiscais.
> 2. Negativa de provimento ao agravo regimental. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem (Súmula 512/STF).
> (RE nº 1.081.041/SC, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 27/4/18)

Mas a 1ª Turma do STF foi mais além, reclamando ainda a *anterioridade anual*. Confira-se:

> REINTEGRA – DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006.
> (RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018)
>
> AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA).
> 2. Nesse sentido, o RE 964.850 AgR, desta 1ª Turma, Relator o ilustre Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 8/5/2018; e o RE 1.081.041 AgR, 2ª Turma, Relator o ilustre Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 27/4/2018. 3. Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.
> (RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018)

Esse entendimento mostra-se em consonância com o pensar que se pacificou na Suprema Corte, no sentido de que atrai a incidência do princípio da anterioridade a majoração *indireta* de tributo proveniente da redução ou extinção de benefício fiscal, conforme voto de lavra do Min. Marco Aurélio, proferido no julgamento da *MC-ADI 2.325/DF, DJ 6.10.2006*.

No voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no RE 1105918 AGR/SC, 2ª Turma, julgado em sessão virtual de 8.6.2018 a 14.6.2018, considerou-se que "*... ao reduzir o percentual para apuração do crédito a ser compensado no âmbito do Reintegra, implicou aumento indireto*

da carga tributária do agravado. Isso porque, na medida em que restringiu a extensão de incidência do incentivo, acabou por onerar indiretamente a operação da cadeia de exportação. Desse modo, inafastável na espécie a incidência do princípio da anterioridade nonagesimal".

No mesmo sentido pode-se apontar decisões monocráticas (RE 970.955/SC, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 775.181/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 1.026.463/RS, Rel. Min. Rosa Weber; ARE 985.209/RO, Rel. Min. Marco Aurélio, RE *1053254/RS, Rel. Min. Luis Barroso*) que se orientam pela incidência da anterioridade já que a súbita revogação de benefício fiscal implica em aumento indireto de carga tributária.

Ora, se - conforme dito pelo STF - a redução da alíquota que impactou a cadeia de importação resultou no aumento de carga tributária - o certo é que incida a limitação constitucional referente a anterioridade anual (art. 150, III, "b", CF), porquanto houve alteração da base de cálculo com o expurgo na apuração de crédito pela pessoa jurídica exportadora. Observo, *obter dictum*, que na verdade as três alíneas do inc. III do art. 150 incidem ao mesmo tempo (irretroatividade - anterioridade - anterioridade nonagesimal) salvo as exceções da própria Magna Carta.

Alias, cumpre observar que a redução da alíquota para *0,1%* é o mesmo que anular o benefício/incentivo fiscal; não tem cabimento um "incentivo" para a cadeia exportadora que seja inferior à grandeza unitária, muito próximo de zero.

Nesse cenário jurisprudencial – ao qual adiro, revendo entendimento pessoal anterior – *deveria ser assegurado até o fim de 2018 o percentual de 2,0%. Porém,* a decisão agravada *deferiu* a medida liminar para afastar os efeitos do Decreto nº 9.393/18 *até 31 de agosto de 2018*. Interposto agravo de instrumento pela União Federal, o caso é de desprovimento do instrumento.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5022250-87.2018.4.03.0000

Agravante: APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI, ALPHABUSINESS PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES - SPE LTDA.
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2019

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI 8.397/1992, ARTIGO 2º, INCISOS III, V, B, VII E IX. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO EM FACE DE QUEM NÃO CONSTOU DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DÉBITOS ALEGADOS DE MAIS SETENTA E TRÊS MILHÕES DE REAIS. DETALHADO RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO. INDÍCIOS DE PRÁTICA DE ATOS COM INTUITO DE FRUSTRAR A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E CONFUSÃO PATRIMONIAL, POR MEIO DE ATUAÇÃO PESSOAL DOS ADMINISTRADORES. CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE VOLTADA EM TESE À BLINDAGEM PATRIMONIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS. MEDIDA EXCEPCIONAL. CABIMENTO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. A circunstância de não constar no processo administrativo não impede que a pessoa tenha contra si ajuizada a presente medida cautelar fiscal. O "*art. 4º, §2º, da Lei n. 8.397/92, autoriza o requerimento da medida cautelar fiscal contra terceiros, desde que tenham adquirido bens do sujeito passivo (contribuinte ou responsável) em condições que sejam capazes de frustrar a satisfação do crédito pretendido*" (REsp 962.023/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 16/03/2012).

2. Não é pressuposto da medida cautelar fiscal, proposta com fundamento no artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 8.397/1992, que o crédito esteja constituído definitivamente. Para as ações que têm como finalidade o acautelamento, não é necessário que se encontre o crédito exigível, apenas que haja prova literal da dívida líquida e certa e prova documental de uma das hipóteses mencionadas no artigo 2º da Lei nº 8.397/1992. Desnecessário o exaurimento do litígio administrativo, com a definitividade do crédito tributário, para fim de ajuizamento da cautelar fiscal, pois eventual causa suspensiva dos débitos não afasta a possibilidade da medida.

3. A fiscalização tributária promoveu ampla inspeção envolvendo as pessoas jurídicas e naturais que compõem o polo passivo, analisando documentação contábil, movimentação financeira, contratos e outros documentos tributários, concluindo pela existência de simulações, unidade gerencial e confusão patrimonial com objetivo de lesar o pagamento dos tributos.

4. Diferentemente daquilo aventado pelo recurso, a questão não se resume aos títulos da dívida pública. Como efeito, segundo a petição inicial, "*a fraude praticada pelos requeridos iniciava-se com a abordagem, por todo o Brasil, de empresas de pequeno e médio porte em dívida com o Fisco Federal, oferecendo-lhes, sob a roupagem de serviços de 'consultoria e assessoria tributária', a suspensão da exigibilidade de créditos*

tributários e a posterior quitação de suas dívidas fiscais mediante a compensação destas com títulos da dívida pública brasileira emitidos no início do século passado (...) . *A fim de viabilizar o esquema fraudulento e possibilitar o recebimento dos valores transacionados livres de impostos, o requerido Paulo constituiu inicialmente a empresa Consultec (atualmente denominada Lance Consultoria Empreendimentos e Gestão de Ativos)* (...). *Em uma etapa final do esquema criminoso, detectou-se a constituição de pessoas jurídicas especialmente destinadas à ocultação do patrimônio acumulado pelos fraudadores".*

5. De todo modo, em cognição sumária, a alegação de imprescritibilidade dos títulos dos títulos da dívida pública contraria a jurisprudência consolidada sobre a matéria: AgRg no AREsp 35.786/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013.

6. Não possui a relevância sugerida pelas recorrentes as alegações a respeito da regularidade na constituição de holdings, sociedades em conta de participação e da declaração de suas operações, uma vez que a petição inicial acena com o propósito de lesar os créditos tributários. CESAR SOUSA BOTELHO é proprietário da recorrente APPEX, anteriormente composta por sua esposa, sendo que tal empresa passou a atuar nas atividades envolvendo os títulos da dívida pública em questão, o que afasta, em cognição sumária, a relevância do argumento a respeito da constituição posterior das pessoas jurídicas. CESAR SOUSA BOTELHO já atuava no empreendimento envolvendo os títulos da dívida pública discutidos, inclusive com relação contratual com a LANCE e com recebimento de valores desta última. Não se pode esquecer ainda que CESAR SOUSA BOTELHO, mesmo após sua retirada de CBM ADMINISTRADORA DE BENS EIRELI, possui poderes para realizar movimentação financeira desta, que ainda utiliza conta de e-mail vinculada ao primeiro e à recorrente APPEX. Acresça-se igualmente que CAMILA BELO ALECRIM, esposa de CESAR SOUSA BOTELHO, possui acesso a contas bancárias de APPEX. Nota-se ainda a ausência de empregados nas empresas, o que se afigura incompatível com sua intensa movimentação patrimonial, até mesmo porque não há qualquer indício a respeito da estrutura operacional. CESAR SOUSA BOTELHO e a recorrente APPEX participam da recorrente ALPHABUSINESS, juntamente com ELMO DONIZETTI PIMENTA e a empresa por este dirigida, ALPHA ONE, havendo compartilhamento da estrutura entre todos os envolvidos. CESAR SOUSA BOTELHO recebeu comissões de ALPHA ONE, que igualmente participa do empreendimento voltado aos títulos da dívida pública ora discutidos. A recorrente ALPHABUSINESS, sem empregados, possui movimentação patrimonial incompatível com o recolhimento dos tributos realizado. ALPHA ONE também apresentou movimentação patrimonial incompatível com suas receitas, sendo certo ainda que efetuou pagamentos a PAULO BRUNETTI ADVOGADOS ASSOCIADOS e CESAR SOUSA BOTELHO.

7. O interesse comum no fato gerador decorre, pois, da estreita relação entre as empresas e seus sócios e administradores, que, em cognição sumária, atuam em empreendimento comum.

8. Em relação à alegação de sigilo bancário, "o *Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de o Fisco obter junto às instituições financeiras dados bancários no âmbito de fiscalização (ADI 2859, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016; RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno,*

julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)" (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 527369 0005976-75.2014.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017). Entre órgãos vinculados por finalidades fiscais, de um lado a Receita Federal e, de outro, a Procuradoria da Fazenda Nacional, não cabe, pois, a invocação de sigilo fiscal, quando o que se pretende é exatamente o exame do cumprimento de obrigações fiscais ou a apuração de responsabilidade tributária (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 579342 0006531-24.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2017).

9. Quanto à extensão da medida decretada, deve-se ter em vista que, embora o aludido dispositivo disponha que somente pode a indisponibilidade recair sobre bens do ativo permanente, o STJ possui entendimento consolidado no sentido de excepcionar tal regra na hipótese de não serem localizados bens em nome do devedor suficientes para garantir a futura execução dos créditos tributários (*AgInt no REsp 1584620/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016*).

10. Qualquer alegação de exagero em valores e bens indisponibilizados, a ser submetida evidentemente ao prévio crivo do contraditório, deve ser apreciada pelo Juízo *a quo*, sob pena de supressão de instância, já que isto não é objeto da decisão agravada.

11. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI e ALPHABUSINESS PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES-SPE LTDA, inconformadas com a decisão que concedeu em parte a liminar nos autos de medida cautelar fiscal de nº 5006996-55.2018.4.03.6182**,** em trâmite perante o Juízo Federal da 5ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP.

O Juízo *a quo* se manifestou nos seguintes termos:

Diante do exposto, com base no art. 7º da Lei 8.397/92, DEFIRO PARCIALMENTE a liminar requerida, determinando a indisponibilidade dos bens móveis e imóveis das pessoas físicas e jurídicas requeridas nos seguintes termos:

a) a indisponibilidade de todos os bens existentes em nome de Lance Consultoria Empreendimentos e Gestão De Ativos Eireli (CNPJ 02.342.260/0001-70), Appex Consultoria Tributária Eireli (CNPJ 15.511.847/0001-08), Alpha One Administração e Gestão De Ativos Eireli (CNPJ 57.787.087/0001-06), Alphabusiness Participações e Representações – SPE Ltda. (CNPJ

24.709.771/0001-10), Paulo Brunetti & Advogados Associados ME (CNPJ 08.215.053/0001-31), Agropecuária e Empreendimentos Teka S/A (CNPJ 09.084.165/0001-63), Pamev Administradora Empreendimentos Imobiliários S/A (CNPJ 11.148.869/0001-02), CBM Administradora de Bens Eireli (CNPJ 22.684.841/0001-06), Igaratec Participação e Consultoria Ltda. (CNPJ 69.127.041/0001-40), IGV Asset Bank S/A (CNPJ 24.666.206/0001-13), V.L.N. Administração de Bens Ltda. (CNPJ 22.739.942/0001-29), WN Administração e Participações S/A (CNPJ 19.381.537/0001-77), Gada Administradora de Bens Ltda. – ME (CNPJ 28.365.502/0001-35), LMSP Administradora de Bens Ltda. (CNPJ 25.530.675/0001-73), E. Quality Consultoria, Empreendimentos, Administração e Gestão de Ativos Eireli (CNPJ 03.120.858/0001-88), Paulo Roberto Brunetti (CPF 080.810.208-70), Luciana Mendonça Pernambuco (CPF 218.065.098-14), Cesar Sousa Botelho (CPF 277.450.008-74), Camila Belo Alecrim (CPF 320.561.018-07), Elmo Donizetti Pimenta (CPF 272.482.268-40), Vicente Lauriano Filho (CPF 980.901.278-00), Vicente Lauriano Neto (CPF 257.946.918-40) e Wanessa Melcher Lauriano (CPF 259.876.288-65), até o valor de R$ 73.392.504,93 (valor integral da dívida).
Comunique-se a indisponibilidade decretada, imediatamente, ao Banco Central do Brasil (através do sistema BACENJUD), à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), à Companhia Brasileira de Liquidação (CBLC), à B3 S.A, à Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), ao Departamento de Trânsito do Estado de São Paulo - DETRAN/SP (por meio do sistema RENAJUD), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), à Capitania dos Portos, ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nos termos do art. 4º, §3º, da Lei 8.397/92;
b) Oficie-se:
i. à Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – ARISP e o
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJ-SP, para que todos os Cartórios de Registros de Imóveis do Estado de São Paulo sejam comunicados da indisponibilidade de bens dos requeridos;
ii. se necessário, diante do pedido de indisponibilização de imóveis específicos, aos respectivos cartórios, para o registro da indisponibilidade nas matrículas dos imóveis listados às fls. 72/75 da petição inicial (Id 8434424);
iii. à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região, situada na Avenida Paulista, 1842 - 11º Andar Torre Sul – São Paulo -SP - CEP 01310-936, para que transmita a notícia às varas federais, objetivando o bloqueio de eventuais créditos em nome dos requeridos, decorrentes de ações que tramitam nos juízos;
iv. ao Banco do Brasil e Banco Santander – Zurich, especificamente para bloqueio dos ativos financeiros contidos nos planos de previdência de Paulo
Roberto Brunetti (CPF 080.810.208-70), César Sousa Botelho (CPF 277.450.008-74) e Elmo Donizetti Pimenta (CPF 272.482.268-40), respeitando-se o valor da dívida (R$ 73.392.504,93);
v. ao Juízo da Vara Única da Comarca de Auriflama – SP, a fim de que seja indisponibilizado o valor do depósito judicial a ser realizado nos autos do processo digital nº 1000363-57.2018.8.26.0060, ação de desapropriação por utilidade pública pelo Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de São Paulo/DER-SP proposta em desfavor de AGROPECUÁRIA E EMPREENDIMENTOS TEKA S/A., e tendo por objeto área parcial do imóvel de matrícula nº 7.708 do Registro de Imóveis da Comarca de Auriflama – SP (Id 8437029);
vi. ao INCRA para que informe as respeito de todas as propriedades rurais existente em nome dos requeridos.
(PJe originário – ID 9347824 – f. 23-24)

Sustentam as agravantes, em síntese, que:
a) não haveria crédito tributário constituído, assim como prova de instauração de inqué-

rito policial ou mesmo de "*sucessão pelas Agravantes da empresa LANCE ou qualquer suposto 'conluio' com o Sr. Paulo Roberto Brunetti como supõe a Agravada*" (ID 5942484 – f. 5);

b) "*não há provas concretas nos autos de que as empresas APPEX e ALPHABUSINESS tenham formado Grupo Econômico com os sujeitos passivos com o intuito de fraudar o fisco. O objeto social de todas as empresas é lícito e suas atividades em nada se encontram com as atividades destes, atuando de forma isolada no mercado*" (ID 5942484 – f. 5);

c) as próprias alegações da parte contrária revelariam a regularidade da atuação das recorrentes, pois confirmariam a declaração de suas operações, de sorte que não poderia prosperar a afirmação a respeito de ocultação patrimonial;

d) não haveria ilicitude nos títulos da dívida pública debatidos no caso, uma vez que "*a aquisição e utilização de títulos públicos para pagamento de créditos tributário é expressamente admitida pela legislação vigente*" (ID 5942484 – f. 11), inclusive conforme doutrina abalizada, segundo a qual "*os títulos da dívida pública: i) possuem embasamento legal ii) são imprescritíveis e iii) o crédito financeiro alocado na Secretaria do Tesouro Nacional pode ser utilizado com o escopo de extinguir a obrigação tributária*" (ID 5942484 – f. 15);

e) as "*empresas agravantes efetivamente não fazem a venda de títulos, ao contrário do alegado pela Agravada, mas sim cessão de direitos creditórios financeiros que tem por base o pedido de resgate de títulos da dívida externa abrangidos pelo Decreto-lei 6.019/43, cuja previsão orçamentária está contida em rubrica chamada unidade orçamentária 71.101, operação especial 0409 e 0367, onde estão alocados os recursos com a finalidade específica de resgatar títulos da dívida externa"* (ID 5942484 – f. 16);

f) *"o próprio ordenamento jurídico autoriza a utilização de tais títulos"* (ID 5942484 – f. 18), nos termos dos arts. 97, IV, 141, 156, II, 162, I e II, e 170 do Código Tributário Nacional, 835, II, do Código de Processo Civil, 11, II, da Lei nº 6.830/80, 1491 do Código Civil, 6º da Lei nº 10179/2001 e 49 e 74 da Lei nº 9.430/96;

g) os créditos consubstanciados nos títulos poderiam ser utilizados para efeito de da extinção da obrigação tributária por pagamento de direitos creditórios, não havendo notícia nos autos a respeito de reconhecimento pelo Poder Judiciário de sua falsidade;

h) *"não figuram como sujeito passivo de tais créditos"* ((ID 5942484 – f. 26), sendo certo ainda que não possuiria relação *"com o Sr. PAULO ROBERTO BRUNETTI ou suas empresas"* (ID 5942484 – f. 29), inclusive diante da diferença dos objetos sociais;

i) "*ALPHABUSINESS foi constituída tempos depois, em 2016, e a APPEX em meados de 2012, não havendo que se falar em qualquer interesse comum no fato gerador dos tributos*" (ID 5942484 – f. 27);

j) *"completamente incompatível a aplicação da hipótese do artigo 2º, inciso V, alínea 'b' da Lei 8.397/92 trazida no item 5.2.3 da inicial da Procuradoria. Isso porque o referido dispositivo faz menção à transferência de bens para terceiros e os ativos das empresas Agravantes são frutos de suas atividades operacionais explicitamente lícitas, sendo que, além não serem sujeitos passivos, não há qualquer prova de estariam se desfazendo de bens*" (ID 5942484 – f. 29);

k) a "*Agravada utiliza argumento genérico, alegando prática de 'outros atos' que dificultam a satisfação do crédito, porém o que se vê é que as pessoas físicas e jurídicas possuem relevante patrimônio, declaram seus bens e rendimentos e não ocultam nenhum patrimônio de quem quer que seja*" (ID 5942484 – f. 44);

l) *"não há qualquer prova que desencadeie a participação da Agravante em grupo*

econômico, tampouco abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial" (ID 5942484 – f. 30), além de igualmente não se evidenciar sucessão, de sorte que não seria responsável solidária;

m) *"são sediadas em São Paulo, em endereço totalmente distinto das demais; tem sócios e administradores distintos da Lance; atuam independentemente; enfim, não há elementos para se considerar a formação de grupo econômico"* ((ID 5942484 – f. 34);

n) "*perante as Agravantes é completamente descabida a aplicação do disposto no art. 133, inciso I, do CTN. Isso porque, em momento algum as empresas APPEX e ALPHABUSINESS sucederam/adquiriram a 'LANCE CONSULTORIA'"* (ID 5942484 – f.66);

o) "'*LANCE CONSULTORIA' está até a presente data com seu CNPJ ativo; e, tanto a 'APPEX CONSULTORIA' e a 'ALPHABUSINESS' não possuem qualquer participação societária na empresa do Sr. PAULO ROBERTO BRUNETTI"* (ID 5942484 – f. 66);

p) a *"constituição de Sociedade em Conta de Participação (SCP) aventada pela Agravada na inicial não é suficiente para configuração de grupo econômico. Ao contrário, as empresas podem celebrar o contrato de SCP e permanecerem totalmente autônomas em suas gestões, decisões, objetos sociais, deliberações e afins, não havendo de fato unidade de gestão empresarial"* (ID 5942484 – f. 32);

q) de todo modo, a formação de grupo econômico não implica responsabilidade solidária diante da ausência de interesse jurídico comum;

r) "*créditos tributários que se objetiva acautelar possuem como sujeitos passivos a empresa LANCE e o Sr. PAULO, os quais não são sócios e não possuem relação com as Agravantes, salvo eventual contrato de SCP que é totalmente lícito e não implica em configuração de grupo econômico ou interesse comum"* (ID 5942484 – f. 65);

s) *"não há que se falar em atos impeditivos da satisfação do crédito, pois não foram constituídos definitivamente estando, inclusive, pendentes de julgamento no CARF"* (ID 5942484 – f. 44), afastando a possibilidade de ajuizamento de medida cautelar fiscal;

t) inviável a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária;

u) verificado excesso no bloqueio, pois os bens indisponibilizados de outras pessoas jurídicas e naturais já seriam suficientes para se alcançar o débito indicado pela parte contrária;

v) as alegações da parte contrária decorriam de indevida quebra de sigilo bancário e fiscal, tendo em vista a ausência de autorização judicial para tanto.

Intimada, a parte contrária apresentou resposta, pugnando pelo desprovimento o agravo (ID 7727332).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Em primeiro lugar, frise-se que a medida cautelar proposta funda-se nos incisos III, V, b, VI e IX do art. 2º da Lei nº 8.397/92.

Prosseguindo, "*o art. 4º, §2º, da Lei n. 8.397/92, autoriza o requerimento da medida cautelar fiscal contra terceiros, desde que tenham adquirido bens do sujeito passivo (contri-*

buinte ou responsável) em condições que sejam capazes de frustrar a satisfação do crédito pretendido" (REsp 962.023/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 16/03/2012).

Assim, a circunstância de não constar no processo administrativo não impede que a pessoa tenha contra si ajuizada a presente medida cautelar fiscal.

A propósito, confira-se julgado deste E. Tribunal:

> AGRAVO LEGAL. AÇÃO CAUTELAR FISCAL. ART. 4º DA LEI Nº 8.397/92. SUCESSÃO EMPRESARIAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. GESTÃO FRAUDULENTA. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA AFASTADA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. COMPROVADO INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES E FRAUDE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A análise da pretensão nos limites de cognição autorizados nos artigos 1º e seguintes da Lei nº 8.397/92, teve em conta outros elementos de convicção que deram lastro as razões de decidir, não se justificando qualquer alegação de nulidade por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Arguição de nulidade da decisão recorrida afastada. 2. Como é cediço, a Lei nº 8.397/92 instituiu a medida cautelar fiscal para que a Fazenda Pública, diante da possibilidade de ver frustrado o pagamento de seus créditos fiscais, dela se utilizasse para resguardar o patrimônio dos responsáveis pela dívida. 3. Infere-se do comando normativo e da jurisprudência pátria consolidada que a medida cautelar fiscal pode ser direcionada não só contra o sujeito passivo do crédito expressamente indicado, mas também contra terceiro que, em princípio, não figurava na Certidão de Dívida Ativa. 4. Importante ressaltar que as questões de fundo, atinentes à efetiva responsabilidade dos réus, no que concerne à caracterização de grupo econômico e desconsideração da personalidade jurídica, demandam cognição ampla, devendo, portanto, ser discutidas no âmbito da execução fiscal, ou mesmo por meio de embargos à execução, a se considerar o caráter de instrumentalidade e precariedade que se reveste a medida cautelar. 5. No caso vertente, os fatos noticiados e corroborados pelos elementos probatórios que instruem os autos indicam, de forma inequívoca, a ocorrência de dissolução irregular da executada; a administração familiar das empresas envolvidas, que atuam no mesmo ramo e o esvaziamento patrimonial da devedora; a magnitude do valor da dívida perseguida, além do vínculo bancário entre o ex-sócio e a empresa executada, mesmo após seu desligamento. 6. Desse contexto, emerge situação a apontar a presença de fortes indícios de irregularidades e fraude, conforme relatado detalhadamente pela agravante e comprovado através de farta documentação acostada ao feito, que levam a considerar a existência de grupo econômico de fato, legitimando a concessão da medida cautelar. 7. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 8. Agravo legal improvido. 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. (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 454424 0030187-83.2011.4.03.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/02/2015)

No mais, o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 8.397/1992 estabelece que o procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa; e seu parágrafo único reza que o requerimento da medida cautelar, nas hipóteses dos incisos V, alínea "b", e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário.

É importante destacar que os dispositivos legais supracitados não aludem à constituição *definitiva* do crédito tributário, autorizando as seguintes conclusões: a) em regra, a me-

dida cautelar fiscal pressupõe a constituição do crédito, mas não a constituição definitiva; b) nas exceções previstas no parágrafo único do artigo 1º, a medida cautelar pode ser buscada e deferida até mesmo antes da constituição do crédito.

No caso presente, a medida cautelar fiscal fundou-se inclusive no inciso VI do artigo 2º da Lei nº 8.397/1992, ou seja, na situação em que o devedor "*possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido*".

Nessa hipótese, exige-se a constituição do crédito tributário, nos termos do *caput* do artigo 1º da Lei nº 8.397/1992; mas não se exige a constituição definitiva ou instauração de inquérito policial.

Neste sentido, é o entendimento deste E. Tribunal:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DE DÉBITO. IRRELEVÂNCIA. ARTIGO 2º, V, "B" E IX, DA LEI 8.397/1992. INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS SÓCIOS. REDIRECIONAMENTO EM AÇÃO EXECUTIVA. DESNECESSIDADE. FUNDADOS INDÍCIOS DE TRANSFERÊNCIA PATRIMONIAL E DE ATIVIDADE EMPRESARIAL FRAUDULENTA. URGÊNCIA APLICÁVEL A SUCESSORA E SUCEDIDA. OFENSA AO ARTIGO 4º, §1º, DA LEI 8.397/1992. CONTINUIDADE DA EMPRESA. MATÉRIA NÃO DECIDIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. 1. Embora grande parte dos débitos da EXECUTIVE estejam em fase administrativa, com apreciação de recursos pelas autoridades fiscais, irrelevante a alegação quanto à necessidade de constituição definitiva do crédito tributário, pois a indisponibilidade de bens foi decretada não apenas com fundamento no artigo 2º, VI, da Lei 8.397/1992, mas também, e principalmente, ante fortes indícios de ocultação de transferência patrimonial e da atividade empresarial, a dificultar a recuperação de créditos tributários, com fundamento no artigo 2º, V, "b" e IX, da Lei 8.397/1992. 2. Os próprios agravantes reconhecem que a integralização das quotas do capital dos sócios na LR decorreu de "doação" efetuada em 2007 por seus genitores, sócios da EXECUTIVE, havendo prova documental de não se tratar, pura e simplesmente, de doação de valores pelos genitores para tanto, mas de aquisição de quotas da LR pelo próprio sócio da EXECUTIVE, porém em nome de seu dependente, configurando aquisição, em verdade, de 99% do capital daquela empresa, e obtenção de poderes de gerência. 3. Embora aleguem os agravantes que à época da criação da LR o sócio da EXECUTIVE, que financiou a constituição da empresa, não figurasse como responsável em qualquer ação executiva em relação à EXECUTIVE, possível constatar que, ante a alegação da União de que a LR foi constituída logo após a lavratura de auto de infração da EXECUTIVE para cobrança de tributos devidos em razão de movimentação de recursos financeiros não declarados, e logo após o arrolamento administrativo de bens, ter sido antecipado pelo sócio da EXECUTIVE possível juízo de responsabilização solidário, o que demonstra os fundados indícios de transferência patrimonial e da atividade empresarial, de forma oculta. 4. Admitida pela jurisprudência medida cautelar fiscal para decretar indisponibilidade de bens de terceiros, pessoas físicas e jurídicas, quando presentes indícios probatórios de atos ilícitos ou fraude à execução, caso em que a responsabilidade deve ser discutida em embargos à execução fiscal. 5. Não se impugnou a constatação pela Fazenda Nacional de paulatina transferência das atividades empresariais da EXECUTIVE à LR, efetuada de forma oculta, tendo em vista: (1) o relevante decréscimo na movimentação financeira e faturamento da EXECUTIVE, ao contrário da LR; e (2) a LR funcionar com utilização da mesma marca comercial da EXECUTIVE, demonstrando a mascarada transferência do fundo de comércio que, obviamente, não exigiria a formalização de contrato de "tresspasse", como alegado pelos agravantes. 6. Havendo fortes indícios de confusão patrimonial entre as empresas e unidade gerencial, há urgência para a decretação de indisponibilidade, pela possibilidade de frustração da pretensão executiva da União, urgência que se aplica a ambas as empresas,

já que, transferido patrimônios da sucessora para a sucedida, de nada adiantaria, para fins de garantir a pretensão executória, o bloqueio de bens apenas daquela primeira. 7. A alegação de que o bloqueio de ativos financeiros, ao incidir sobre bens além do ativo permanente da empresa, contrariou o artigo 4º, §1º, da Lei 8.397/1992, e que inviabiliza a continuidade de suas atividades, deve ser efetuada perante o Juízo *a quo*, por se tratar de questão nova. 8. Agravo de instrumento desprovido.
(AI 00012444620174030000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI 8.397/1992, ARTIGO 2º, INCISOS VI E IX. GRUPO SCHAHIN. DÉBITOS SUPERIORES A TRINTA POR CENTO DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO DEVEDOR. AUTO DE INFRAÇÃO BILIONÁRIO, ACOMPANHADO DE VASTO E DETALHADO RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO. INDÍCIOS DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO FRAUDULENTO, PRÁTICA DE ATOS COM INTUITO DE FRUSTRAR A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO/PREVIDENCIÁRIO E CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE AS EMPRESAS, POR MEIO DE ATUAÇÃO PESSOAL DOS ADMINISTRADORES, NO BOJO DE CONTRATAÇÕES DA PETROBRAS. INDISPONIBILIDADE DE ATIVO FINANCEIRO. MEDIDA EXCEPCIONAL. CABIMENTO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE UMA DAS EMPRESAS DO GRUPO. SOBRESTAMENTO DE MEDIDAS CONSTRITIVAS JÁ DETERMINADO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO PREJUDICADO NESSA E DESPROVIDO NO RESTANTE.
1. Não é pressuposto da medida cautelar fiscal, proposta com fundamento no artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 8.397/1992, que o crédito esteja constituído definitivamente. Para as ações que tem como finalidade o acautelamento, não é necessário que se encontre o crédito exigível, apenas que haja prova literal da dívida líquida e certa e prova documental de um dos casos mencionados no artigo 2º da Lei nº 8.397/1992. Desnecessário o exaurimento do litígio administrativo, com a definitividade do crédito tributário, para fim de ajuizamento da cautelar fiscal, pois eventual causa suspensiva dos débitos não afasta a possibilidade da medida.
2. Parte agravante não nega que crédito apurado pela fiscalização supere trinta por cento do seu patrimônio conhecido, conforme exigido pelo art. 2º, VI, da Lei nº 8.397/1992. Razões recursais que não conseguem afastar a presunção de veracidade e legitimidade do auto de infração, cujo relatório fiscal aponta, de maneira vasta e detalhada, grupo econômico de fato fraudulento, voltado à prática de atos com intuito de frustrar a satisfação do crédito tributário/previdenciário e confusão patrimonial entre as empresas, inclusive offshores, por meio da atuação pessoal dos administradores, no bojo de contratos firmados com a PETROBRAS. O art. 4º da Lei nº 8.397/92 igualmente possibilita a extensão da indisponibilidade aos administradores.
.....
8. Agravo prejudicado em parte e, no restante, desprovido.
(AI 00248109220154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2017)

APELAÇÃO EM AÇÃO CAUTELAR FISCAL. PRELIMINARES DE INTEMPESTIVIDADE E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. MÉRITO. MEDIDA FISCAL FUNDAMENTADA POR TER O CRÉDITO TRIBUTÁRIO ULTRAPASSADO 30% DO PATRIMÔNIO CONHECIDO E POR TER OCORRIDO ALIENAÇÃO DE BEM ARROLADO ADMINISTRATIVAMENTE. PROVA TRAZIDA AOS AUTOS QUE NÃO PERMITE AFASTAR A PRESUNÇÃO DE QUE O VALOR DOS BENS ERA EFETIVAMENTE AQUELE DECLARADO EM DIRPF PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE, QUE AGORA "RECLAMA" CONTRA ESSE VALOR. A LEI 8.397/92 NÃO IMPÕE A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA O AJUIZAMENTO DA CAUTELAR FISCAL. CONDENAÇÃO DE HONORÁRIOS FIXADOS EM SENTENÇA QUE SE COADUNA COM A COMPLEXIDADE DA CAUSA. RECURSO DES-

PROVIDO. 1. Afasta-se a tese de intempestividade do apelo, porquanto a publicação do decisum deu-se em 09.03.2010, enquanto a protocolização do recurso via fax data de 22.03.2010. Em 25.03.10 foi juntada cópia do recurso, atendendo-se ao art. 2º da Lei 9.800/99. 2. Afasta-se a tese de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, vez que a medida fiscal adotada tomou por base o patrimônio declarado pelo próprio apelante em sua DIRPF. Para contrastar as informações por ele mesmo prestadas, o autor acostou aos autos laudos de avaliação do imóvel então alienado a terceiro e os registros dos contratos de compra e venda referentes ao imóvel. Os laudos apontam o valor imobiliário de R$ 1.430.553,00 e de R$1.402.100,00. Porém, o apelante adquiriu o bem em 15.10.08 pelo valor de R$ 150.000,00, vendendo-o pelo mesmo preço a FRANSCHESCO em 05.03.09. A manutenção do valor de compra do imóvel lança fundada dúvida sobre os laudos apresentados, não permitindo afastar a presunção de que seu patrimônio conhecido (mediante declaração) não supera a limitação de 30% prevista no art. 2º, VI, da Lei 8.397/92. 3.Presunção já foi chancelada pela jurisprudência deste Tribunal, seja para verificação de incompatibilidade entre o patrimônio declarado e o rendimento do agente público nas ações de improbidade (AI 00146198520154030000 / TRF3 - TERCEIRA TURMA / DES. FED. CARLOS MUTA / e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2015), seja para fins de apuração da necessidade da medida cautelar fiscal (AC 00042777920104036114 / TRF3 - TERCEIRA TURMA / DES. FED. ANTONIO CEDENHO / e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/11/2016, AI 00234344220134030000 / TRF3 - QUARTA TURMA / DES. FED. MARLI FERREIRA / e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2014 e AC 00057401720094036106 / TRF3 - QUARTA TURMA / DES. FED. ALDA BASTO / e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/09/2012). 4. No caso, o débito tributário lançado era de R$ 607.936,93 ao tempo da lavratura do auto de infração, em 05.12.06. Por seu turno, o patrimônio identificado pelo contribuinte em sua DIRPF objeto de arrolamento somava o importe de R$ 120.149,57, dando plena fundamentação à medida cautelar então pleiteada, por ter a dívida fiscal ultrapassado 30% do valor do patrimônio conhecido e por ter ocorrido a alienação de um dos bens arrolados administrativamente sem a devida comunicação (art. 2º, VI e VII da Lei 8.397/92). Ainda que se levasse em consideração o valor venal registrado de um dos imóveis (R$150.000,00) e o replicasse aos demais imóveis arrolados, não se alcançaria o valor do auto de infração, reforçando a correição da medida. 5. O fato de o lançamento encontrar-se impugnado, em fase de apreciação administrativa de recurso voluntário (proc. 10865.002529/2006-45 - fls. 15) não desconforma a legalidade da medida, vez que a Lei 8.397/92 não exige a constituição definitiva do crédito. Inclusive, deferida a cautelar fiscal, conferindo prazo de 60 dias a partir da irrecorribilidade do lançamento na esfera administrativa (com a constituição definitiva do crédito tributário) para o ajuizamento da execução, sob pena de extinção da cautela e de seus efeitos. Ainda, o par. único do art. 1º da Lei 8.397/92 identifica que nas hipóteses dos incisos V, b, e VII, do art. 2º não há necessidade nem de prévia constituição dos créditos tributários. 6. Inaplicabilidade, na espécie, do superveniente Decreto 7.573/11; ausência de qualquer oportuna alegação nesse sentido (que seria possível). Matéria que não é de ordem pública, não podendo ser aplicada ex officio. 7. Na singularidade, com base no princípio da causalidade e levando em consideração o tempo decorrido, a razoabilidade e a proporcionalidade, a natureza e complexidade da causa, os critérios do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, bem como os valores envolvidos, considera-se escorreita a condenação da ora apelante em honorários advocatícios no percentual de 10% do valor dos bens objeto do arrolamento. (AC 00258996820114039999, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/03/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. APLICAÇÃO DO ART. 557, § 1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI 8.397/1992, ARTIGO 2º, INCISO VI. DÉBITOS SUPERIORES A TRINTA POR CENTO DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO DEVEDOR. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE.

> SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO POR IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.
> .....
> 2. Não é pressuposto da medida cautelar fiscal, proposta com fundamento no artigo 2º, inciso VI, da Lei 8.397/1992, que o crédito esteja constituído definitivamente. Precedente desta Turma.
> 3. Para as ações que tem como finalidade o acautelamento, não é necessário que o crédito encontre-se exigível, apenas que haja prova literal da dívida líquida e certa e prova documental de um dos casos mencionados no artigo 2º da Lei 8.397/1992.
> 4. Agravo desprovido.
> (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, APELREEX 0000046-59.2012.4.03.6107, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 06/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/11/2014)
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECONSIDERAÇÃO PARCIAL DA DECISÃO. RECURSO PREJUDICADO EM PARTE. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI Nº 8.397/1992, ARTIGO 2º, INCISO VI. DÉBITOS SUPERIORES A TRINTA POR CENTO DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO DEVEDOR. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. IRRELEVÂNCIA.
> .....
> 2. A medida cautelar fiscal ajuizada com fundamento no inciso VI do artigo 2º da Lei nº 8.397/1992 - existência de débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do patrimônio conhecido do devedor - não pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário.
> 3. Sem a constituição definitiva do crédito tributário, a obrigação não é exigível e, como tal, não pode ser objeto de execução fiscal. Daí não resulta, porém, que seja inviável a medida cautelar fiscal, que não pressupõe a exigibilidade do crédito, apenas prova literal de sua constituição e prova documental de algum dos casos mencionados no artigo 2º da Lei nº 8.397/1992.
> 4. Agravo de instrumento parcialmente prejudicado e, quanto ao mais, desprovido. Agravo regimental prejudicado.
> (AI 00098535720134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/01/2014)

Desse modo, improcede a alegação de que é necessário o exaurimento do litígio administrativo, com a definitividade do crédito tributário, para fim de ajuizamento da cautelar fiscal.

Observem-se os termos do artigo 1º da Lei nº 8.397/1992:

> Art. 1º O procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias.
> Parágrafo único. O requerimento da medida cautelar, na hipótese dos incisos V, alínea "b", e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário.

Como se vê, via de regra, a cautelar fiscal exige a *"constituição do crédito"*. Tal ato administrativo é previsto de maneira específica e elucidativa no CTN:

> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa *constituir o crédito tributário pelo lançamento*, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a

aplicação da penalidade cabível.
Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A legislação não faz qualquer menção ao encerramento da fase litigiosa administrativa.

Inclusive, faleceria sentido que o fizesse: se o objetivo da medida cautelar fiscal é resguardar a satisfação do crédito tributário, sob fundado receio de que, anteriormente à execução judicial dos valores, sejam utilizados expedientes que inviabilizem a posterior quitação da dívida, representaria um contrassenso e verdadeiro esvaziamento da eficácia da cautelar permitir que a interposição de recursos administrativos pelo contribuinte - dilatando sem garantia do crédito tributário justamente o lapso de tempo em que possível a dissipação e ocultação patrimonial que a cautelar fiscal visa, em essência, impedir - obstasse seu ajuizamento. Dizer que a cautelar fiscal somente é possível depois da constituição definitiva significaria reduzir o alcance da tutela e presumir que não existe dano possível enquanto não configurada a coisa julgada administrativa, o que foge da realidade vivenciada no plano fático e considerada no plano normativo pelo legislador.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CABIMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. DECISÃO LIMINAR DEFERIDA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
1. Recurso especial que ataca a concessão de medida liminar em ação cautelar fiscal.
2. No caso dos autos, a propositura da ação cautelar fiscal mostra-se justificada, pois, além de ter sido ajuizada depois de constituído o crédito tributário pelo lançamento (REsp 466.723/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 22/06/2006), ostenta como causa de pedir o risco de esvaziamento do patrimônio do devedor, circunstância essa que possibilitaria a medida urgente antes mesmo da constituição do crédito tributário e até nos casos em que estivesse com a exigibilidade suspensa (REsp 1.163.392/SP, Rel.Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/08/2012).
.....
5. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1453963/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 16/09/2014)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE MONOCRÁTICA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. REQUISITOS PARA CONCESSÃO. SÚMULA 7/STJ. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO DEFINITIVO. PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES.
.....
4. O provimento da cautelar fiscal decorreu da análise dos fatos comprovados nos autos, onde foi constatado, conforme se infere dos autos, a real situação de sócio do recorrente, com poderes de gestão, bem como a utilização de "laranjas" para ocultar tal situação, além de promover a alienação de bens sem salvaguardar bens suficientes à garantia do crédito tributário, de modo que a modificação do julgado demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.
5. A alegação do recorrente de que a ausência de crédito tributário definitivamente constituído, porquanto pendente a análise de recurso administrativo, inviabilizaria o ajuizamento da medida cautelar fiscal não encontra amparo na jurisprudência do STJ, a qual reconhece no

> auto de infração forma de constituição tal crédito, cujo recurso administrativo não é óbice à efetivação da cautelar. Precedentes.
> Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1497290/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 20/02/2015)

Nem se alegue a impossibilidade do deferimento da cautelar ante a existência de causa suspensiva dos débitos.

Além do cabimento da cautelar fiscal em tais casos ser admitido, a teor da jurisprudência colacionada, não existe antinomia entre a norma do artigo 2º, V, alínea *a*, da Lei nº 8.397/1992, e as demais hipóteses do mesmo dispositivo. É que a exceção ao cabimento de cautelar fiscal em razão de suspensão de exigibilidade do crédito tributário restringe-se tão somente à hipótese do inciso V, alínea *a* (devedor que, notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal, deixa de pagá-lo no prazo legal), não se comunicando às demais. É por essa razão que tal previsão consta de uma *alínea a um inciso*, que prevê uma dentre várias hipóteses de cabimento de cautelar fiscal, e não de *um parágrafo ao artigo*, de modo a abranger todo o rol de situações em que a medida deve ser deferida.

Em outras palavras, pela análise da técnica legislativa do legislador, depreende-se que só se quis obstar o ajuizamento de medida cautelar se o contribuinte, incurso somente no inciso V, *a*, possuir a seu favor exceção ao direito de crédito do Fisco, pela sua suspensão, nos termos da lei tributária. Isto de maneira alguma obsta que, se de maneira concomitante, observada uma ou mais hipóteses de cabimento da cautelar, esta não possa ser requerida. Com efeito, sequer a alínea seguinte do inciso V (*"b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros"*) está abrangida pela previsão.

A liminar na cautelar foi concedida também à luz do artigo 2º, IX, Lei nº 8.397/92.

Conforme, indicado pela decisão agravada:

> A inicial foi capaz de clarificar o fumus boni iuris que sustenta a decisão, tendo em vista que os documentos retrataram a constituição não definitiva do crédito tributário, cumprindo o requisito do art. 3º, I da Lei 8.397/92.
> O amplo cenário de fraudes e práticas aparentemente ilícitas até o momento do ajuizamento da ação repousa em elementos de cognição respeitáveis. É claro que a situação retratada na cautelar pode vir a ser invalidada. No momento, todavia, o panorama fático é altamente desfavorável aos requeridos.
> Em juízo de cognição sumária, próprio da tutela cautelar, vislumbro primeiramente, em tese, a ocorrência de um grupo econômico entre as empresas e pessoas físicas citadas nesta decisão, na medida em fazem parte de uma mesma organização empresarial em virtude do ramo de atuação, da utilização de pessoas interpostas e efetivo poder de mando em diferentes graus e hierarquias. A conjunção de todos esses indícios leva a crer que, em análise preliminar, há um grupo econômico formado pelos requeridos que praticam/praticavam atos tendentes a dificultar ou impedir a satisfação do crédito tributário, amoldando-se à conduta descrita no art. 2º, IX, da Lei 8.397/92.
> Vislumbra-se a ocorrência de aparente confusão patrimonial entre os requeridos, mormente pela aparente ocultação dos verdadeiros proprietários dos bens, conduta que faz incidir o art. 2º, V, b, da Lei 8.397/92.
> (PJe originário - ID 9347824 – f. 18)

No que toca aos fatos alegados na inicial, importante pontuar que, diferentemente daquilo aventado pelo recurso, a questão não se resume aos títulos da dívida pública, como se

percebe da seguinte passagem:

> Ao longo de investigações realizadas pela Receita Federal do Brasil em conjunto com o Ministério Público Federal e a Secretaria do Tesouro Nacional, apurou-se que o esquema em questão foi idealizado e operacionalizado pelo requerido Paulo Roberto Brunetti, e contou com a determinante participação dos requeridos César Sousa Botelho, Elmo Donizetti Pimenta, Vicente Lauriano Filho e Vicente Lauriano Neto, os quais, além de auxiliarem ativamente na consecução da fraude, também atuaram como seus terceiros interpostos, a fim de dissimular a autoria das atividades fraudulentas, auferindo significativas vantagens pessoais a partir disso.
> A fraude praticada pelos requeridos iniciava-se com a abordagem, por todo o Brasil, de empresas de pequeno e médio porte em dívida com o Fisco Federal, oferecendo-lhes, sob a roupagem de serviços de "consultoria e assessoria tributária", a suspensão da exigibilidade de créditos tributários e a posterior quitação de suas dívidas fiscais mediante a compensação destas com títulos da dívida pública brasileira emitidos no início do século passado.
> Após convencerem as empresas da legitimidade da operação, os envolvidos as orientavam a adquirir com deságio as apólices dos aludidos títulos, cujo valor era superestimado em laudos de duvidosa legitimidade. Em um passo seguinte, eram apresentadas pelas empresas declarações ideologicamente falsas ao Fisco, informando que os tributos por elas devidos teriam sido compensados com os créditos representados pelos referidos títulos, e estariam com a exigibilidade suspensa por força de uma decisão judicial, jamais existente. Esse procedimento, de difícil detecção imediata pela fiscalização, possibilitava às empresas obter certidões de regularidade fiscal e, eventualmente, a extinção de sua dívida pelo decurso do prazo para homologação da compensação declarada.
> A fim de viabilizar o esquema fraudulento e possibilitar o recebimento dos valores transacionados livres de impostos, o requerido Paulo constituiu inicialmente a empresa Consultec (atualmente denominada Lance Consultoria Empreendimentos e Gestão de Ativos), através da qual passou a realizar as operações de cessão de títulos da dívida pública e a efetuar retiradas, para si e para terceiros, dos valores arrecadados com as operações. Utilizou-se, ainda, com o mesmo propósito, de seu próprio escritório de advocacia (Paulo Brunetti & Advogados), no qual figura, atualmente, como único sócio.
> Com o passar do tempo, observou-se a alteração do modo de operação adotado pelos autores da fraude. Em razão do alto endividamento da Lance, que subdeclarava e não recolhia os tributos incidentes sobre as receitas oriundas dos títulos negociados, e também das demandas reparatórias promovidas por terceiros vitimados pela fraude, os envolvidos promoveram o esvaziamento daquela empresa e constituíram novas empresas (Appex Consultoria Tributária, Alpha One Administração e Gestão de Ativos e Alphabusiness Participações e Representações) para sucedê-la no esquema ilícito, conferindo o seu comando a pessoas de confiança do requerido Paulo (César Sousa Botelho, Elmo Donizetti Pimenta, Vicente Lauriano Filho e Vicente Lauriano Neto), e com os quais este já possuía relações pessoais envolvendo a intermediação dos títulos da dívida pública.
> Além de atuarem diretamente na negociação dos títulos públicos, Paulo e seus parceiros arregimentaram intermediários para atuarem em seu nome. A fim de viabilizar essa faceta do esquema, os envolvidos constituíram diversas sociedades por conta de participação, nas quais figuravam como sócio ostensivo a empresa detentora dos títulos a serem negociados e como sócio oculto os intermediários da negociação com as empresas adquirentes. Essa configuração societária permitia não apenas a blindagem patrimonial dos intermediários envolvidos nas negociações, cujos nomes não figuravam nas transações, mas também o pagamento de suas comissões sem a incidência de impostos, sob a falsa roupagem de lucros societários.
> Em uma etapa final do esquema criminoso, detectou-se a constituição de pessoas jurídicas especialmente destinadas à ocultação do patrimônio acumulado pelos fraudadores (Agropecuária e Empreendimentos Teka, Pamev Administradora, CBM Administradora, Igaratec

> Participação, IGV Asset Bank, VLN Administração, WN Administração, Gada Administradora e LMSP Administradora). Essas sociedades, representadas legalmente por terceiros interpostos, registraram intensa movimentação financeira e diversas transações imobiliárias, embora não declarassem qualquer receita bruta decorrente de suas atividades. Averiguou-se, ainda, que os aportes financeiros realizados nas empresas eram posteriormente transferidos aos envolvidos com lastro em contratos de mútuo fictícios.
> Como se não bastasse, as autoridades identificaram, ainda, a transferência fraudulenta de parte substancial do patrimônio amealhado pelos fraudadores a seus próprios familiares (Luciana Mendonça Pernambuco, Camila Belo Alecrim, Wanessa Melcher Lauriano, Terezinha Sousa Botelho e Oliveiros Botelho), inclusive filhos menores de idade (Maria Eduarda e Valentina Pernambuco Brunetti), em nome dos quais foram detectadas inúmeras transações financeiras e aquisições imobiliárias incompatíveis com os seus bens e rendimentos.
> (PJe originário – ID 8434424 – f. 6)

De toda forma, em cognição sumária, a alegação de imprescritibilidade dos títulos dos títulos da dívida pública contraria a jurisprudência consolidada sobre a matéria:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CIVIL. ACÓRDÃO RECORRIDO. TÍTULOS DA DÍVIDA EXTERNA EMITIDOS NO INÍCIO DO SÉCULO XX (1902 A 1941).
> RESGATE. INCIDÊNCIA DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS ESTABELECIDOS PELOS DECRETOS-LEIS 263/67 E 396/68. POSSIBILIDADE.
> 1. Não prospera o argumento de que os títulos da dívida pública são imprescritíveis, pois representam obrigações advindas de negócios jurídicos que são, por excelência, sujeitos a prazos.
> 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os títulos da dívida pública emitidos no início do século XX que, diante da inércia dos credores, não foram resgatados nos prazos estipulados pelos Decretos-Leis 263/67 e 396/68, encontram-se prescritos e inexigíveis.
> 3. O acórdão recorrido está em perfeita consonância com a jurisprudência deste Tribunal, atraindo, à espécie, a incidência da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 35.786/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)

> APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE MURIBECA/SE. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA EXTERNA DO INÍCIO DO SÉCULO XX. TÍTULOS PRESCRITOS. OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. DOLO DOS AGENTES PÚBLICOS. MANIFESTA PRESCRIÇÃO DOS SUPOSTOS CRÉDITOS. AUSÊNCIA DE GARANTIA SOBRE A VIABILIDADE DOS TÍTULOS. NEGÓCIO JURÍDICO ESTRANHO À NORMALIDADE. CONSTRUÇÃO DE LICITAÇÃO. OCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DA EMPRESA CONSULTEC NAS COMPETÊNCIAS DE ABRIL A JUNHO DE 2011. OCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DE PAULO BRUNETTI. OCORRÊNCIA. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM GFIPS. OCORRÊNCIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO PREVIDENCIÁRIO PELO MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE DANO À UNIÃO. DANO AO MUNICÍPIO TÃO SOMENTE REFERENTE A EVENTUAL MULTA PELAS COMPENSAÇÕES INDEVIDAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXCLUSÃO DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E RESPECTIVA MULTA CÍVEL NO VALOR DAS COMPENSAÇÕES. NECESSIDADE. APLICAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E MULTA CÍVEL REFERENTE

A EVENTUAL OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA ORIUNDA DAS COMPENSAÇÕES INDEVIDAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. DESNECESSIDADE. MANUTENÇÃO DAS DEMAIS SANÇÕES. 1. Não ocorre cerceamento de defesa pelo não acompanhamento de procedimento administrativo quando ele, sendo peça meramente informativa, é juntado aos autos com a própria petição inicial, oportunidade na qual as partes podem impugnar a documentação dele oriunda. 2. Os títulos da dívida pública externa datados do começo do século passado e não resgatados até o início do presente século estão fulminados pela prescrição. No caso vertente, o título, que foi utilizado pelo Município de Muribeca/SE para fins de compensação de débitos de contribuições previdenciárias, eram do ano de 1903, não tendo sido resgatados até, pelo menos, 2011, pelo que inegavelmente prescritos. Precedentes do STJ e deste TRF5. 3. O dolo nas condutas perpetradas por Sandra Maria da Silva Conserva e Indyra Cleo da Silva Conserva, respectivamente, ex-prefeita e ex-secretária de saúde do Município de Muribeca-SE, consubstancia-se, além da manifesta prescrição do título utilizado nas compensações, na ausência de garantia quanto à viabilidade jurídica do título, o negócio realizado com os particulares, que envolvia um deságio de 35% (trinta e cinto por cento) no valor original do débito, a construção de um processo licitatório que teve como licitante somente os particulares demandados e a continuação das compensações mesmo após notificação da Receita Federal do Brasil sobre o início de Representação Fiscal, não assistindo razão àquelas em seus apelos. 4. A participação da empresa Consultec Serviços de Cobrança Administradora de Crédito Ltda nas compensações das competências de 04 a 06 de 2011 resta documentalmente comprovada, inclusive pelo fato de que suas respectivas guias integram o procedimento licitatório forjado entre ela e a municipalidade, pelo que não assiste razão ao apelante Geraldo Antônio Povoas, proprietário da empresa. 5. Ao apelante Paulo Roberto Brunetti foi imputado e comprovado o fato de ser um dos controladores das fraudes perpetradas pela empresa Consultec Serviços de Cobrança Administradora de Crédito Ltda, havendo testemunhos de ex-funcionários, sobretudo ex-representante e ex-contador, da empresa atestando a influencia de Paulo nos serviços, como a inserção de dados falsos nas GFIPs das competência de 04 a 06 de 2011, não assistindo razão àquele em seu apelo. 6. Parcelamento dos débitos previdenciários pelo Município de Muribeca/SE com recursos do FPM, tendo o Ministério da Fazenda expedido certidão positiva com efeitos negativas, circunstância trazida por Paulo Roberto Brunetti e Consultec Serviços de Cobrança Administradora de Crédito Ltda e que leva a inevitável conclusão de inexistência de dano ao erário à União, uma vez que o débito que ora compreendia as compensações esta sendo quitado e garantido. 7. Necessidade de reforma da sentença com a exclusão de dano ao erário federal e a respectiva multa cível com relação ao valor indevidamente compensado, face ao parcelamento do débito, tendo razão aos apelantes Paulo Roberto Brunetti e Consultec Serviços de Cobrança Administradora de Crédito Ltda neste ponto. 8. Aplicação da pena de ressarcimento ao erário no valor atribuído à RFB como multa pela compensação indevida e a respectiva multa cível no percentual de 10%(dez por cento) do referido valor, a ser apurado em liquidação do julgado, uma vez que a obrigação acessória tem sua razão de ser na fraude perpetradas pelos demandados, não podendo estes serem impelidos a pagarem o valor princípio, uma vez que débito legítimo do município. 9. A lei de improbidade, na cominação de suas sanções, busca afastar os agentes ímprobos, temporariamente, do vínculo com a Administração Pública. Na situação em tela, tendo em vista o não exercício pelos réus dos cargos públicos que ocupavam à época dos fatos, nem tampouco o exercício de qualquer outro cargo ou função pública à época da prolação da sentença, somado à aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 09 (nove) anos, torna-se desnecessária a aplicação da sanção de perda da função pública, uma vez que o referido objetivo da lei foi atingido, não merecendo acolhimento as razões do Ministério Público Federal. 10. Manutenção das demais sanções consistentes na devolução pela empresa do valor pago em razão do contrato de cessão de títulos prescritos, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 09 (nove) anos a todos os demandados e proi-

> bição de contratar ou receber benefício junto ao poder público pelo prazo de 10 (dez) anos, uma vez que proporcionais ao ato praticado. 11. Apelações de Paulo Roberto Brunetti, Geraldo Antônio Povoas, Sandra Maria da Silva Conserva, Indyra Cleo da Silva Conserva e Consultec Serviços de Cobrança Administradora de Crédito Ltda parcialmente providas e apelação do Ministério Público Federal improvida. UNÂNIME.
> (AC - Apelação Civel - 591912 0002598-39.2012.4.05.8500, Desembargador Federal André Luis Maia Tobias Granja, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::15/12/2017)

É bem verdade que a parte recorrente acena com previsão orçamentária para pagamento dos títulos da dívida ora debatidos, contudo a documentação carreada nos autos não possui o condão de afastar a conclusão da autoridade fiscal, dotada de presunção de veracidade e legitimidade.

De fato, ao menos por ora, não se pude concluir que a previsão orçamentária indicada diga respeito aos fatos debatidos nos autos, até mesmo porque orientação do Ministério Público Federal confirma a conclusão da autoridade fiscal no sentido da conduta fraudulenta envolvendo os títulos da dívida.

A respeito das recorrentes, a petição inicial descreveu as seguintes circunstâncias:

> A partir de setembro de 2012, em razão do comprometimento da imagem de PAULO ROBERTO BRUNETTI e da LANCE/CONSULTEC, houve a migração dos negócios para empresas sucessoras como a APPEX e ALPHA ONE, utilizando-se basicamente de contratos de sociedade em conta de participação.
> (...)
> Registre-se que a APPEX CONSULTORIA é de propriedade exclusiva de
> CESAR SOUSA BOTELHO, advogado, e foi aberta 29 de março de 2012, em São Paulo. Analisando o histórico societário, verifica-se que, antes do ingresso de CESAR SOUSA BOTELHO, a sociedade era composta por VICENTE LAURIANO NETO, também integrante do esquema criminoso e que será analisado mais adiante, excluído em julho de 2012, e CAMILA BELO ALECRIM, esposa de CESAR SOUSA BOTELHO, excluída em novembro de 2014 (DOC. 13 a 16).
> Consigne-se que, mesmo antes da inauguração da APPEX, CESAR BOTELHO era uma pessoa de confiança de PAULO ROBERTO BRUNETTI, tendo sido seu intermediador na venda de títulos podres. Neste sentido, convém juntar cópia de alguns dos contratos de Sociedade em Conta de Participação, datados de 2010, na qual CESAR SOUSA BOTELHO firma uma sociedade com a LANCE/CONSUTEC para a prestação de "serviços de intermediação, cessão de créditos federais ou cessão de direitos de processos e da Lei 10.179/01 para a liquidação de débito de tributos federais" (DOC. 17 a 20).
> Neste exato sentido e reforçando este vínculo, também é imperioso citar que, na DIRPF do ano de 2011, CESAR SOUSA BOTELHO declara o recebimento isento a títulos de "lucros e dividendos" no valor de R$ 213.139,23 pela LANCE/CONSUTEC, como se fosse sócio da empresa (DOC. 21).
> De forma a corroborar os argumentos que demonstram que a APPEX sucedeu a empresa LANCE/CONSUTEC na empreitada criminosa, impende citar, ainda, um documento em que uma empresa denominada MONTAG DIVULGAÇÃO LTDA, compradora de títulos da LANCE/CONSUTEC, afirma que tais títulos foram repassados para a APPEX, conforme informação de PAULO ROBERTO BRUNETTI (DOC. 22). De outra sorte, a leitura do documento é essencial para que se compreender a forma de condução das ações judiciais patrocinadas por PAULO ROBERTO BRUNETTI, que, além de ludibriar contribuintes, estipula valores absolutamente aleatórios aos supostos títulos da dívida.
> Quanto ao documento supra, registre-se que as empresas do GRUPO MONTAG, compradoras

dos títulos, são de propriedade de EDSON ARANTES DO NASCIMENTO, Pelé, sendo que houve, por parte das empresas do jogador, uma representação criminal em face de PAULO ROBERTO BRUNETTI, pela venda milionária de títulos sem qualquer valor. Ao final, foi realizado um acordo entre as partes, em razão do receio por parte de PAULO ROBERTO BRUNETTI, da publicidade negativa que o caso poderia gerar.
No mesmo sentido, também é possível localizar, na internet, ações em que PAULO ROBERTO BRUNETTI e CESAR SOUSA BOTELHO figuram conjuntamente no polo passivo, demonstrando, pois, que, apesar da APPEX ter formalmente assumido a condução dos negócios, PAULO ROBERTO BRUNETTI ainda permanecia atuando na prática.
(...)
Curiosamente, de maneira concomitantemente à queda da LANCE/CONSUTEC, houve a escalada empresarial da APPEX de forma vertiginosa, fato que, juntamente, com os demais elementos, reforça a ocorrência da sucessão empresarial (DOC. 23).
(...)
Outrossim, reforçando a trama negocial entre os envolvidos, CESAR SOUSA BOTELHO e ELMO DONIZETTI PIMENTA formaram uma nova empresa de participação juntamente com a APPEX e ALPHA ONE, em 03 de maio de 2016, denominada ALPHABUSINESS PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES- SPE LTDA, para dar continuidade ao esquema criminoso (...).
(...)
ELMO DONIZETTI PIMENTA e CESAR SOUSA BOTELHO figuram como administradores desta nova empresa, ALPHABUSINESS, sendo a APPEX detentora de 99% do seu capital societário e o 1% remanescente integralizado pela ALPHA ONE. Examinando o gráfico, também é possível verificar a identidade de contador entre a ALPHA ONE e ALPHABUSINESS e todas as demais sociedades em conta de partição- SCP, formando um grande conglomerado empresarial (DOC. 34 E 35).
Assim, percebe-se que foram criadas mais de 38 (trinta e oito) SCPs, todas abertas em 2016 (a maior parte em um único dia), sediadas no mesmo endereço e com idêntico contato cadastral de e-mail, qual seja, ANA MARIA DE SOUSA BOTELHO, contadora do Grupo, e irmã de CESAR SOUSA BOTELHO.
Registre-se que é comum o compartilhamento de contadores por empresas do mesmo Grupo, haja vista a necessidade de se harmonizarem as escriturações contábeis da empresa e pontos de confluência em razão das supostas transações intragrupo.
De modo semelhante também é interessante notar a identidade de endereços entre as empresas citadas, o que também é um forte elemento para configuração do Grupo, uma vez que demonstra o compartilhamento da estrutura física e administrativa.
Consigne-se que, apesar do pouco tempo de constituição da ALPHABUSINESS e da inexistência de empregado cadastrados (DOC. 36), conforme dados do CAGED, a empresa movimentou, até o final de 2017, um montante total superior a R$ 57 milhões, apesar dos irrisórios recolhimentos de tributos federal (DOC. 26 e 37) (...).
Em linhas gerais, considerando que a ALPHABUSINESS é: (a) controlada pela APPEX; (b) tem seu quadro societário contaminado pelos integrantes da fraude; (c) não possui sequer sede administrativa própria, dividindo toda sua estrutura, inclusive, de contadoria, com a APPEX; (d) movimenta quantias milionárias, apesar dos irrisórios recolhimentos de tributos via DARF, tem-se por suficientemente demonstrado o vínculo entre as empresas.
(PJe originário - ID 8434424 – f. 10-23)

Nesse contexto, não possui a relevância sugerida pelas recorrentes as alegações a respeito da regularidade na constituição de holdings, sociedades em conta de participação e da declaração de suas operações, uma vez que a petição inicial acena com o propósito de lesar os créditos tributários.

CESAR SOUSA BOTELHO é proprietário da recorrente APPEX, anteriormente composta por sua esposa, sendo que tal empresa passou a atuar nas atividades envolvendo os títulos da dívida pública em questão, o que afasta, em cognição sumária, a relevância do argumento a respeito da constituição posterior das pessoas jurídicas.

No mais, CESAR SOUSA BOTELHO já atuava no empreendimento envolvendo os títulos da dívida pública discutidos, inclusive com relação contratual com a LANCE e com recebimento de valores desta última.

Não se pode esquecer ainda que CESAR SOUSA BOTELHO, mesmo após sua retirada de CBM ADMINISTRADORA DE BENS EIRELI, possui poderes para realizar movimentação financeira desta, que ainda utiliza conta de e-mail vinculada ao primeiro e à recorrente APPEX. Acresça-se igualmente que CAMILA BELO ALECRIM, esposa de CESAR SOUSA BOTELHO, possui acesso a contas bancárias de APPEX.

Nota-se ainda a ausência de empregados nas empresas, o que se afigura incompatível com sua intensa movimentação patrimonial, até mesmo porque não há qualquer indício a respeito da estrutura operacional.

Não se pode desprezar igualmente que CESAR SOUSA BOTELHO e a recorrente APPEX participam da recorrente ALPHABUSINESS, juntamente com ELMO DONIZETTI PIMENTA e a empresa por este dirigida, ALPHA ONE, havendo compartilhamento da estrutura entre todos os envolvidos. CESAR SOUSA BOTELHO recebeu comissões de ALPHA ONE, que igualmente participa do empreendimento voltado aos títulos da dívida pública ora discutidos.

A recorrente ALPHABUSINESS, sem empregados, possui movimentação patrimonial incompatível com o recolhimento dos tributos realizado.

ELMO DONIZETTI PIMENTA na prática atua em empresa, LMSP ADMINISTRADORA DE BENS LTDA., cujos sócios são: i) sua empregada e prima de CESAR SOUSA BOTELHO, GISLAINY ELLEN GOMES BOTELHO; ii) seu filho LUCAS MATHEUS SOUSA PIMENTA. ELMO DONIZETTI PIMENTA é autorizado a movimentar as contas do referido filho, que já recebeu rendimentos de ALPHA ONE.

Verifica-se ainda que LMSP ADMINISTRADORA DE BENS LTDA. possui contrato social com participação da mesma advogada e testemunhas da recorrente APPEX.

ALPHA ONE também apresentou movimentação patrimonial incompatível com suas receitas, sendo certo ainda que efetuou pagamentos a PAULO BRUNETTI ADVOGADOS ASSOCIADOS e CESAR SOUSA BOTELHO.

O interesse comum no fato gerador decorre, pois, da estreita relação entre as empresas e seus sócios e administradores, que, em cognição sumária, atuam em empreendimento comum.

Ao contrário do alegado pelo recurso, é pacífica a admissão da desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS NA ORIGEM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Quanto à alegada divergência jurisprudencial, verifica-se que não foi realizado o cotejo analítico entre os acórdãos colacionados, tampouco comprovada a existência de similitude fática, elementos indispensáveis à demonstração da divergência jurisprudencial. Assim, a análise do dissídio é inviável, porque foram descumpridos os arts.

541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.
Consigne-se que a mera transcrição de trechos e ementas de julgados não tem o condão de comprovar a divergência.
2. Consoante o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, a desconsideração da personalidade jurídica, embora constitua medida de caráter excepcional, é admitida quando ficar caracterizado desvio de finalidade, confusão patrimonial ou dissolução irregular da sociedade. É o que evidenciam os seguintes precedentes: AgRg no Ag 668.190/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 16.9.2011, e REsp 907.915/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 27.6.2011.
3. Hipótese em que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu existirem elementos suficientes para a conclusão acerca da existência de grupo econômico e a consequente desconsideração da personalidade jurídica.
4. A Corte *a quo* consignou: "No que se refere ao reconhecimento pelo juízo *a quo* da formação de grupo econômico não verifico plausibilidade de direito nas alegações dos agravantes. Com efeito, a decisão impugnada não se reveste de qualquer anormalidade ou irregularidade, estando bem fundamentada, mormente no que diz com os indícios que apontam para configuração de grupo econômico, com possível confusão patrimonial entre seus membros (pessoas jurídicas e físicas), circunstâncias que autorizam a desconsideração da pessoa jurídica originalmente devedora do tributo perseguido" (fl. 198, e-STJ).
5. Assim, é evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões nele colacionadas, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial." 6. Recurso Especial do qual não se conhece.
(REsp 1693633/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017)

Em relação à alegação de sigilo bancário, "*o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de o Fisco obter junto às instituições financeiras dados bancários no âmbito de fiscalização (ADI 2859, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016; RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)*" (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 527369 0005976-75.2014.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017).

No mais, entre órgãos vinculados por finalidades fiscais, de um lado a Receita Federal e, de outro, a Procuradoria da Fazenda Nacional, não cabe, pois, a invocação de sigilo fiscal, quando o que se pretende é exatamente o exame do cumprimento de obrigações fiscais ou a apuração de responsabilidade tributária. Assim, regular a apresentação pela autora de documentação relativa às declarações de imposto de renda.

Esta C. Turma também já afastou o argumento nesse sentido em outras oportunidades:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. GRUPO ECONÔMICO. SUCESSÃO EMPRESARIAL. CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO DESPROVIDO.
.....
Não há ilegalidade na juntada pela Fazenda Nacional em execução fiscal de declarações de imposto de renda para fundamentar o pedido de inclusão dos respectivos contribuintes, ora agravantes, no polo passivo.

.....

8. Agravo desprovido.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.
(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 579342 0006531-24.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2017)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO EMPRESARIAL DE FATO. ARTIGO 133, I, CTN. CARACTERIZAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

.....

14. A alegação de que a juntada, sem autorização judicial, de dados relativos à declaração de ajuste anual de EDSON TADEU SANTANA, LUCINÉIA APARECIDA DE OLIVEIRA SANTANA, MAURO MARTOS e SANDRO SANTANA MARTOS configuraria prova ilícita, por estarem acobertadas pelo sigilo fiscal, é manifestamente improcedente, primeiramente, porque as informações tributárias, quando prestadas à Receita Federal decorrem de obrigações tributárias, de caráter principal ou acessória, cujo sigilo não se coloca quando destinadas à fiscalização e execução de créditos tributários pela própria Fazenda Pública.
15. Apelação desprovida.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0004681-39.2010.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/01/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/01/2016)

Quanto à extensão da medida decretada, deve-se ter em vista que, embora o aludido dispositivo disponha que somente pode a indisponibilidade recair sobre bens do ativo permanente, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de excepcionar tal regra na hipótese de não serem localizados bens em nome do devedor suficientes para garantir a futura execução dos créditos tributários:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 02/STJ. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. INDISPONIBILIDADE DE ATIVO FINANCEIRO. MEDIDA EXCEPCIONAL. VEDAÇÃO INEXISTENTE. PREMISSA JURÍDICA DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ABARCADA PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.
1. O art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/02, que disciplina a medida cautelar fiscal, preparatória ou incidental, põe a salvo do gravame da indisponibilidade os bens de pessoa jurídica que não integrem o seu ativo permanente. Todavia, em situações excepcionais, quando não forem localizados no patrimônio do devedor bens que possam garantir a execução fiscal, o STJ admite a decretação de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica, ainda que estes não constituam o seu ativo permanente.
2. Neste diapasão, impõe-se declarar a nulidade parcial do acórdão recorrido para que a Corte de origem, em nova análise da questão dos bloqueios dos ativos financeiros, estabeleça com a devida precisão se é o caso de decretação de indisponibilidade dos referidos valores, de forma excepcional, conforme reconhecida na jurisprudência do STJ, caso fique comprovada a ausência de bens que possam garantir a execução fiscal.
3. Agravo interno não provido.
(AgInt no REsp 1584620/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ARRESTO VIA BACEN JUD. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. INDISPONIBILIDADE DE ATIVO FINANCEIRO. MEDIDA EXCEPCIONAL. VEDAÇÃO INEXISTENTE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.
1. O sistema BACEN JUD pode ser utilizado para efetivar não apenas a penhora on line, como também o arresto prévio nesse caso, chamado de arresto prévio on line, bastando para tanto que estejam presentes os requisitos inerentes a toda medida cautelar, quais sejam, o risco de dano e o perigo da demora. Precedentes.
2. O art. 4º, § 1º, da Lei n. 8.397/02 que disciplina a medida cautelar fiscal, preparatória ou incidental põe a salvo do gravame da indisponibilidade os bens de pessoa jurídica que não integrem o seu ativo permanente. Todavia, em situações excepcionais, quando não forem localizados no patrimônio do devedor bens que possam garantir a execução fiscal, o STJ admite a decretação de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica, ainda que estes não constituam o seu ativo permanente.
3. Hipótese em que analisar se, no caso dos autos, é cabível a indisponibilidade de bens que não constituam o ativo permanente das pessoas jurídicas executadas, requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, em recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.
Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1536830/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 01/09/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI 8.397/1992, ART. 2º, VI. DESNECESSIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA. DÉBITOS SUPERIORES A TRINTA POR CENTO DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO DEVEDOR. AUTO DE INFRAÇÃO MILIONÁRIO, NÃO SENDO IMPUGNADA A RELAÇÃO ENTRE O DÉBITO APURADO E O PATRIMÔNIO CONHECIDO DA PARTE AGRAVANTE. INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS. MEDIDA EXCEPCIONAL. CABIMENTO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. RECURSO DESPROVIDO, FICANDO PREJUDICADO ANTERIOR AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO.
.....
Quanto à extensão da medida decretada, deve-se ter em vista que, embora o aludido dispositivo disponha que somente pode a indisponibilidade recair sobre bens do ativo permanente, o STJ possui entendimento consolidado no sentido de excepcionar tal regra na hipótese de não serem localizados bens em nome do devedor suficientes para garantir a futura execução dos créditos tributários (AgInt no REsp 1584620/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016). 5. Na hipótese dos autos, conquanto apurado débito da ordem de cinco milhões e cem mil reais, o patrimônio conhecido dos recorrentes é de aproximadamente dois milhões e quinhentos mil reais, comprovando, desequilíbrio, evidente e relevante, entre o ativo e o passivo fiscal, este vultoso e milionário. 6. Agravo de instrumento desprovido, ficando prejudicado anterior agravo regimental da União.
(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 451049 0026498-31.2011.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/09/2017)

Os precedentes tratam da paralisação de atividades e outras casos em que demonstrada a incapacidade do contribuinte de suportar uma eventual execução fiscal, que é exatamente o que se verifica na hipótese dos autos.

De fato, o débito apontado remonta à quantia de R$ 73.392.504,93 e há indícios de paralisação das atividades e endividamento de LANCE.

No mais, embora decretada a indisponibilidade de patrimônio de todos os réus, isso não quer dizer que efetivamente todo aquele montante chegue efetivamente a ser indisponibilizado, pelo que, por ora, não se constata qualquer excesso na busca de garantias, inerente à cautelar fiscal.

Qualquer alegação de exagero em valores e bens indisponibilizados, a ser submetida evidentemente ao prévio crivo do contraditório, deve ser apreciada pelo Juízo *a quo*, sob pena de supressão de instância, já que isto não é objeto da decisão agravada.

Enfim, não prospera a pretensão recursal, com a manutenção da medida liminar.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5029735-41.2018.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: BIOLAB SANUS FARMACÊUTICA LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/05/2019

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO PELA LEI 13.670/18. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI. SEGURANÇA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.
- A Lei Federal nº 13.670, publicada aos 30 de maio de 2018, com vigência a partir de 01/09 do mesmo ano, reduz drasticamente o rol de empresas e receitas elegíveis à opção pela desoneração da folha de salários, que permitia a substituição da apuração e recolhimento da contribuição previdenciária patronal de 20% pela apuração e recolhimento da contribuição previdenciária substitutiva sobre a receita bruta (CPRB) a alíquotas que variavam de 1% a 4,5%, a depender do tipo de atividade empresarial.
- A modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irretratável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretratabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.
- O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término do ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.
- Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL contra decisão que, em sede de mandado de segurança impetrado por BIOLAB SANUS FARMACÊUTICA LTDA,

deferiu o pedido liminar, nos seguintes termos:

> (...)
> Pelo exposto, DEFIRO O PEDIDO LIMINAR para, em sede provisória, reconhecer que o direito da parte impetrante somente se Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Osasco Divisão de Defesa de 1ª Instância 4 submeter às limitações impostas pelos artigos 11, I, e 12, II, da Lei nº 13.670/2018, no que tange ao recolhimento da contribuição previdenciária sobre folha de salários, somente a partir de 1º de janeiro de 2019, devendo a parte impetrada tomar as providências necessárias junto ao respectivo sistema eletrônico a fim de permitir que a impetrante quite suas obrigações fiscais, desde que nos limites estritos da presente decisão.

Sustenta a agravante, em suma, a necessária reforma da decisão agravada, com a concessão de efeito suspensivo, uma vez que a medida está a impedir a indevida alteração dos critérios legais de tributação estabelecidos na Lei nº 13.670/18 e consequente supressão de valores legitimamente devidos aos cofres da União.

Foi indeferida a concessão do efeito suspensivo.

A parte agravada, devidamente intimada, não apresentou contraminuta.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do recurso sem a sua intervenção.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

A Carta Constitucional, no §13, do art. 195, autorizou a substituição das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários e os rendimentos do trabalho por aquelas incidentes sobre a receita ou sobre o faturamento.

Originariamente, a contribuição previdenciária patronal, nos termos do art. 22, inc. I, da Lei nº 8.212/91, foi devida sobre a folha de pagamento dos empregados da empresa.

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória nº 540/11, convertida na Lei nº 12.546/2011, que, em substituição à contribuição previdenciária sobre a folha de salário, estabeleceu a sistemática de o recolhimento do tributo se dar sobre a receita bruta auferida pela empresa. Com a alteração da redação dos artigos 8º e 9º da Lei nº 12.546/2011, pela Lei nº 13.161/2012, tornou-se opcional a escolha do regime de tributação, em caráter irretratável para todo o ano calendário.

Na sequência a Medida Provisória nº 774/2017, com início de vigência a partir de 1º de julho deste ano, alterou a sistemática estabelecida, retirando a possibilidade de opção da maior parte das empresas, tendo as dos setores comercial, industrial e algumas do setor de serviços que voltar à sistemática de recolhimento das contribuições sobre a folha de salários. Medida esta que teve seus efeitos revogados pela Medida Provisória nº 794.

Por fim, a Lei Federal nº 13.670, publicada aos 30 de maio de 2018, com vigência a partir de 01/09 do mesmo ano, reduz drasticamente o rol de empresas e receitas elegíveis à opção pela desoneração da folha de salários, que permitia a substituição da apuração e recolhimento da contribuição previdenciária patronal de 20% pela apuração e recolhimento da contribuição

previdenciária substitutiva sobre a receita bruta (CPRB) a alíquotas que variavam de 1% a 4,5%, a depender do tipo de atividade empresarial.

Pois bem. Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ªed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminente Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, "Esse princípio compreende as seguinte ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de *poder e garantias*, assim, como sujeitas ao princípio da *legalidade*; 2) a *confiança* nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela *boa-fé* e *razoabilidade*; 3) a *estabilidade das relações jurídicas*, manifestada na durabilidade das normas, na *anterioridade das leis em relação aos fatos* sobre os quase incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a *previsibilidade dos comportamentos*, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a *igualdade* na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas" (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Em decorrência dessa ordem de ideias abrigadas pelo princípio da segurança jurídica, não valida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período.

Portanto, sendo a opção irretratável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irretratável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretratabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

E, ainda, por fim, o novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término do ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5000211-62.2019.4.03.0000

Agravante: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
Agravado: SILVA TUR TRANSPORTES E TURISMO S/A, WALSH GOMES FERNANDES
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INFOJUD – DIMOB E DIMOF. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS EM BUSCA DE BENS. SITUAÇÃO EM QUE FOI DETERMINADA PENHORA DE TRÊS IMÓVEIS DE PROPRIEDADE DOS EXECUTADOS. INDEFERIMENTO DA MEDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Segundo entendimento firmado no C. Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicado ao RENAJUD e ao INFOJUD o mesmo regramento previsto para o BACENJUD, uma vez que se trata de meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens da parte executada aptos a satisfazer os créditos em execução (*STJ, REsp 1582421/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 27/05/2016)*

2. No entanto, esta Corte entende pela necessidade de esgotamento de tentativas de buscas de outros bens antes da requisição, via INFOJUD, das movimentações financeiras e imobiliárias da parte executada (DIMOF e DIMOB, respectivamente), evitando-se, assim, que o Poder Judiciário se torne ferramenta de cobrança a serviço do credor. Precedentes.

3. Da decisão agravada (ID. 13142140 – EF 5001083-14.2018.4.03.6111), nota-se que na mesma ocasião em que indeferido o pedido de acesso às informações do executado, deferiu-se a penhora de três imóveis. Dois deles em sua integralidade, de propriedade da empresa executada, enquanto em relação ao de propriedade de WALSH GOMES FERNANDES, determinou-se a constrição apenas de parte ideal (12,5%).

4. Necessidade não comprovada, diante da possível garantia integral da execução fiscal.

5. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela ANTT – Agência Nacional de Trans-

portes Terrestres contra decisão que, em autos de execução fiscal, indeferiu o pedido de acesso às atividades imobiliárias (DIMOB) e sobre movimentações financeiras (DIMOF), via sistema INFOJUD, sob o fundamento de que a requisição de tais informações é medida extrema e desnecessária no momento processual.

Alega a agravante, em síntese, que a medida requerida é essencial para verificar a movimentação patrimonial do devedor e tentar localizar outros bens não identificados na oportunidade das demais diligências. Afirma que a necessidade da medida justifica-se em face do esgotamento das diligências destinadas à localização de bens penhoráveis do devedor, panorama obtido das demais execuções movidas em face do mesmo devedor, bem como aduz ser a única forma de esclarecer se houve prática de ato fraudulento no negócio jurídico celebrado por meio da escritura pública lavrada no 10º Tabelionato de Notas de Londrina-PR. Ademais, sustenta que a medida requerida é proporcional em sentido estrito, *"já que não gera interferência desmedida no direito fundamental à intimidade e à vida privada do executado, frente ao dever-poder sancionatório da Administração Pública, mormente porque os núcleos essenciais dos direitos podem ser garantidos mediante decretação de sigilo processual."* Por fim, invoca a observância dos princípios da efetividade da prestação jurisdicional, *"porquanto não se mostra que razoável uma suposta inviolabilidade absoluta do direito fundamental à privacidade seja utilizada como blindagem para a prática de fraudes e impedimento da satisfação do crédito fiscal, o qual pertence a toda a sociedade."*

Contraminutado, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

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

Segundo entendimento firmado no C. Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicado ao RENAJUD e ao INFOJUD o mesmo regramento previsto para o BACENJUD, uma vez que se trata de meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens da parte executada aptos a satisfazer os créditos em execução. Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.
> 1. Com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução no sentido de prestigiar a efetividade da Execução, de modo que a apreensão judicial de dinheiro, mediante o sistema eletrônico denominado Bacen Jud, passou a ser medida primordial, independentemente da demonstração relativa à inexistência de outros bens.
> 2. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.
> *3. Ademais, o STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacenjud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.08.2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 01/07/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/06/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/05/2015.*
> 4. Recurso Especial provido. – g.m.

(STJ, REsp 1582421/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 27/05/2016)

No entanto, esta Corte entende pela necessidade de esgotamento de tentativas de buscas de outros bens antes da requisição, via INFOJUD, das movimentações financeiras e imobiliárias da parte executada (DIMOF e DIMOB, respectivamente), evitando-se, assim, que o Poder Judiciário se torne ferramenta de cobrança a serviço do credor. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INFOJUD. ESGOTAMENTO DE MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. RECURSO PROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que ao Juízo não cabe substituir-se à parte nas diligências que lhe competem para localização do devedor e de bens passíveis de penhora, salvo se comprovado o esgotamento de outros meios para tanto. 2. Caso em que houve o razoável esgotamento de todos os meios necessários para localização de bens passíveis de garantia, existindo comprovação de tentativa de localização em cadastros existentes em órgãos públicos, tais como pesquisas de imóveis, entre outros, sendo, portanto, procedente o pedido formulado. 3. Agravo de instrumento provido.
(TRF3, AI 00050537820164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 10/06/2016)

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. EXCEPCIONALIDADE. JUNTADA DE DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA. EFETIVIDADE DE EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PATRIMONIAIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. I. O sigilo fiscal constitui direito e garantia fundamental, protegendo a intimidade e a vida privada da pessoa (artigo 5º, XII, da CF). II. Embora não seja absoluto e deva ceder a interesses de maior envergadura, o procedimento de quebra se torna excepcional, quando não há mais meios de obter a informação alcançada pela confidencialidade. *III. Apesar de a garantia de efetividade da execução autorizar o acesso aos dados fiscais (artigo 198, §1º, I, do CTN), ele depende de que as tentativas de localização dos bens que seriam revelados pelas declarações do contribuinte se esgotem. IV. Sem a exigência do esgotamento, o sigilo dos informes sob controle da Administração Tributária perde a função fundamental e fica vulnerável a justificações corriqueiras.* V. Com o fracasso do bloqueio dos ativos financeiros e a devolução do mandado livre de penhora, o IBAMA requereu a expedição de ofício à Receita Federal para a anexação das últimas declarações do imposto de renda do devedor. VI. Entretanto, a excepcionalidade da quebra não foi observada, porquanto não se realizaram pesquisas de bens no DETRAN e no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do executado. VII. Nessas circunstâncias, a requisição de informações econômico-financeiras à Administração Tributária não se viabiliza. VIII. Agravo de instrumento a que se nega provimento. – g.m.
(TRF3, AI 00318396720134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 25/11/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PELA UNIÃO. LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. DOI, DIMOB E DIMOF. DISTINÇÃO ENTRE INFORMAÇÕES PÚBLICAS E PROTEGIDAS PELO DIREITO A INTIMIDADE. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS EXTRAJUDICIAIS PELO CREDOR. ANÁLISE RAZOÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE. 1. A jurisprudência dos nossos Tribunais firmou-se no sentido de que a obtenção de informações sobre a localização do devedor, ou de bens passíveis de penhora, é de responsabilidade do credor, tendo ele a incumbência esgotar todos os meios particulares à sua disposição. 2. Necessidade de deter-

minação de quais sejam as informações buscadas protegidas pelo direito a intimidade (art. 5º, incisos X e XII, Constituição Federal), às quais se sobrepõe o sigilo , e quais não gozam dessa salvaguarda. 3. As informações acerca de negócios imobiliários, e outras que podem ser objeto de registro em Cartório competente, não têm a proteção acima citada, incidindo sobre elas a regra da publicidade. De forma que a União pode diligenciar diretamente para a obtenção. 4. De outro lado, têm-se informações financeiras prestadas pelo contribuinte a Secretaria da Receita, as quais, entendo, são protegidas pelo sigilo fiscal. *Sob este prisma, a intervenção do Poder Judiciário para a obtenção de informações como a DIMOF (declarações financeiras prestadas a Receita Federal) seria medida excepcional, porquanto somente se justifica na hipótese esgotamento pelo credor de seus meios para localização de bens do executado*, ou excepcional interesse da Justiça, que justifique a quebra do sigilo fiscal do executado. 5. A União, após a ciência, requereu a penhora de valores, por meio do sistema Bacen-Jud, sendo constrito valor irrisório (f. 81-82); fez busca nos Cartórios de Registro de Imóveis; (f. 86-92). Pesquisa realizada no banco de dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública na busca de veículos de propriedade do executado (f.101-103); e procedeu-se a pesquisa nos sistema Info-Jud, atendendo a requerimento da União. Em todos os casos sem êxito. 6. No julgamento do REsp nº 1.377.507/SP, sob o rito do art. 543-C do CPC, Relator o Ministro Og Fernandes, relativo a indisponibilidade de bens do executado, consignou que a análise do esgotamento das diligências pelo exequente deve ser feita de forma razoável. Tanto mais no presente caso, que ainda se busca por informações sobre a existência de tais bens. 7. Agravo de instrumento provido em parte.
(TRF3, AI 00051698420164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 15/07/2016)

TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL. OBTENÇÃO DE DIMOB, DIMOF E DOI. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS A CARGO DA EXEQUENTE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.
- Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região no sentido de que a obtenção de informações sobre a localização do devedor ou de bens penhoráveis é de responsabilidade da parte credora, competindo-lhe esgotar todas as diligências particulares à sua disposição, tais como consultas ao Detran, Cartório de Registro de Imóveis, Declarações sobre Operações Imobiliárias - DOI/RFB, entre outras.
- No caso em tela, verifica-se que não restaram esgotadas as diligências a cargo da exequente, vez que não foram consultados setores como cartórios de registro de imóveis, ARISP e INFOSEG, bem como as declarações de operações imobiliárias (DOI), as quais prescindem de expedição de ofício à SRF e, assim, constituem providências que podem ser realizadas extrajudicialmente.
- Sob tal enfoque, a intervenção do Poder Judiciário para a utilização de sistemas como o INFOJUD (dados armazenados na Receita Federal), o RENAJUD (dados sobre veículos), o DIMOB e o DIMOF é medida excepcional e somente se justifica na hipótese de comprovado insucesso do credor em suas buscas.
- Agravo de instrumento não provido.
(TRF 3ª Região, 2ª Seção, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000335-79.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/04/2018, Intimação via sistema DATA: 07/08/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PESQUISA JUNTO AO SISTEMA INFOJUD INDEPENDENTE DO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PELA EXEQUENTE. POSSIBILIDADE. AS DEMAIS INFORMAÇÕES (DIMOB, DIMOF, DOI E DECRED) DEPENDEM, NA SINGULARIDADE, DE PRÉVIA TENTATIVA DE PENHORA DE BENS. AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

1. O E. Superior Tribunal de Justiça se manifestou recentemente no sentido de aplicar ao INFOJUD o mesmo entendimento da Corte Superior adotado quanto aos sistemas RENAJUD e BACENJUD, haja vista que são meios colocados a disposição dos credores para simplificar e agilizar a satisfação dos créditos executados (RESP Nº 1.586.392 - RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS, decisão publicada em 22/03/2016; ARESP Nº 829.121 - RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN, decisão publicada em 11/03/2016).
2. Quanto às demais informações (DIMOB, DIMOF, DOI e DECRED), as diligências efetuadas (BACENJUD, pesquisa de imóveis, INFOSEG, SPU e SNCR) são insuficientes para a expedição de tais ofícios, já que sequer houve tentativa de penhora de bens por mandado no endereço da executada. Assim, por ora deve ser autorizada apenas a consulta ao sistema INFOJUD.
3. Agravo de instrumento parcialmente provido.
(TRF 3ª Região, 2ª Seção, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5015523-49.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 08/06/2018, Intimação via sistema DATA: 18/06/2018)

No caso concreto, observo a existência de bens imóveis passíveis de constrição.

Da decisão agravada (ID. 13142140 – EF 5001083-14.2018.4.03.6111), nota-se que na mesma ocasião em que indeferido o pedido de acesso às informações do executado, deferiu-se a penhora de três imóveis. Dois deles em sua integralidade, de propriedade da empresa executada, enquanto em relação ao de propriedade de WALSH GOMES FERNANDES, determinou-se a constrição apenas de parte ideal (12,5%).

De acordo com a inicial da execução fiscal, o valor em cobro corresponde a R$ 202.241,42 (duzentos e dois mil, duzentos e quarenta e um reais e quarenta e dois centavos), atualizados para 26/04/2018 (ID. 6641183 da EF 5001083-14.2018.4.03.6111).

Destarte, não me parece razoável atender ao pedido da agravante. Primeiro, porque me parece que a execução fiscal encontra-se garantida, na pior das hipóteses, parcialmente. Segundo, porque a medida requerida só se justificaria diante do esgotamento infrutífero de diligências em busca de bens passíveis de constrição, situação não coincidente com a dos autos.

Ante o exposto, pela fundamentação supra, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5001083-77.2019.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravado: MOTORS RACE PROMOÇÃO DE EVENTOS AUTOMOBILÍSTICOS LTDA - ME, PAULO IZZO NETO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2019

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA NO QUINQUÊNIO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO. SÚMULA 106/STJ. INAPLICABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.
- A evolução jurisprudencial do instituto da prescrição intercorrente ocorrida nos Tribunais Superiores brasileiros ampliou os casos de incidência deste conceito, o qual passou a abarcar situações para além do previsto no art. 40 da Lei das Execuções Fiscais.
- O marco interruptivo de tal prescrição dá-se com o despacho da citação (ou com a citação válida nos termos da legislação anterior a LC n. 118/05) da ação movida em face da empresa executada, que, regra geral, retroage à data da propositura da ação, sendo lídimo afirmar, com o respaldo na jurisprudência consolidada, que, em se tratando de responsabilidade tributária, em havendo interrupção da prescrição com relação a um dos devedores solidários alcança os demais, *ex vi* do art. 125, III, do CTN.
- Diz-se prescrição intercorrente aquela operada no curso do processo em decorrência da inércia da exequente. Isso evita que se crie, por via oblíqua, o crédito imprescritível, o que malfere, em última análise, o princípio da segurança jurídica em seu vértice subjetivo, que visa proteger a confiança no tráfego jurídico.
- Para que esteja configurada tal prescrição é necessário que entre a citação da pessoa jurídica executada e o pedido de redirecionamento da execução transcorra o período de 5 (cinco) anos, sem a ocorrência de causas interruptivas ou suspensivas do prazo prescricional.
- Além disso, de acordo com o entendimento adrede mencionado o E. STJ, em recente julgado, reforçou a tese de que a prescrição intercorrente relativa ao redirecionamento da ação executiva em face do sócio não depende da análise de fatores subjetivos, mas do mero decurso do prazo quinquenal.
- No caso dos autos, o despacho de citação deu-se em 21/03/2007 (fls. 56 dos autos originários – doc. 24853455). Por sua vez o pedido de redirecionamento da execução ocorreu em 17.01.2018 (id 24853458 - Pág. 3). Desse modo, foi extrapolado o lustro amplamente reconhecido pela jurisprudência, para a inclusão dos sócios no polo passivo.
- Apesar das alegações da agravante o marco interruptivo do prazo prescricional, consoante posicionamento pacificado no C. STJ e expressa determinação legal (art. 174 do CTN) é o despacho citatório, se este for posterior a vigência da LC 118/05, e não a data da dissolução irregular.

- Saliente-se que, na hipótese, a constatação da dissolução irregular ocorreu somente em 2016, após 9 anos da data de interrupção da prescrição. Assim, não pode tal fato ser considerado para qualquer efeito, visto que em 21.03.2012 já havia fluido integralmente o prazo previsto pela jurisprudência para redirecionamento, sem que houvesse, entre 2007 e 2012, a ocorrência de qualquer causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.
- Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE, com quem votou o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Vencida a Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), que dava provimento ao agravo de instrumento para afastar a prescrição da pretensão executiva, devendo o magistrado singular examinar os demais requisitos para a inclusão do sócio no polo passivo. Lavrará acórdão a Des. Fed. MÔNICA NOBRE. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL em face de decisão que, em execução fiscal, reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão executiva para o redirecionamento em relação ao sócio da executada (id 24853458 - Pág. 10/12).

Em síntese, sustenta a inocorrência da prescrição.

Com contraminuta da sociedade devedora MOTORS RACE PROMOÇÃO DE EVENTOS AUTOMOBILÍSTICOS LTDA.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

Notadamente em casos de dissolução irregular da pessoa jurídica, entendo que a contagem do prazo prescricional do redirecionamento da execução fiscal para os sócios se dá em consonância com a teoria da *actio nata*, qual seja, deve ocorrer no prazo de cinco anos contados a partir do momento em que a exequente toma conhecimento dos elementos que a autorizem a pleitear o prosseguimento do feito em face dos corresponsáveis.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REQUISITOS: LAPSO TEMPORAL E INÉRCIA DO CREDOR. DESÍDIA DO EXEQUENTE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.
1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a prescrição intercorrente depende não só da análise

fria do lapso temporal, mas se conjuga com outro requisito indispensável, a prova da desídia do credor na diligência do processo.
2. O Tribunal de origem, ao analisar a matéria, afastou a ocorrência de prescrição por reconhecer culpa exclusiva da máquina judiciária e ausência de inércia da exequente. Dessa forma, desconstituir tal premissa requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.
Agravo regimental improvido.
(STJ, AgRg. no AREsp. 459937/GO, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, j. 25/03/2014, DJ 31/03/2014)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. PRESCRIÇÃO. TEORIA DA "ACTIO NATA". RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. MATÉRIA QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 393/STJ.
1. O termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagrado no princípio universal da actio nata.
2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada.
3. A responsabilidade subsidiária dos sócios, em regra, não pode ser discutida em exceção de pré-executividade, por demandar dilação probatória, conforme decidido no Recurso Especial "repetitivo" 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 25.3.2009, DJe 1º.4.2009, nos termos do art. 543-C, do CPC.
4. Incidência da Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".
Agravo regimental provido.
(STJ, AgRg no EResp 1196377, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 27/10/2010)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. DISSOLUÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO TRIBUTÁRIA DE FATO. INDÍCIOS DE ATOS DISSIMULADOS DE AQUISIÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. AGRAVO INOMINADO DESPROVIDO.
1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, nos autos, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.
2. Encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que a prescrição , para o redirecionamento da execução fiscal, não pode ser contada, necessariamente, a partir da citação da executada originária, mas somente quando verificada a lesão a direito do credor capaz de legitimar a invocação da responsabilidade de outrem, terceiro ou sucessor na relação processual até então formada, mesmo porque não pode correr a prescrição sem a inércia culposa do titular do direito na respectiva defesa.
3. A EF foi ajuizada antes da LC 118/2005, mais precisamente em 07/07/1995 (f. 176), com citação da executada GOALCOOL em 21/07/1996 (f. 180), antes do decurso do quinquênio, iniciado a partir da rescisão do parcelamento, não se configurando, portanto, a prescrição material, independentemente da aplicação das Súmulas 78/TFR e 106/STJ.
4. Não restou caracterizada a prescrição intercorrente, para fins de redirecionamento, por falta de inércia culposa da exequente, como se verifica dos atos processuais.
5. Considerando a suspensão da execução em face dos embargos à execução e do crédito tributário em razão do parcelamento, com efeitos tanto para a devedora originária quanto para

os sócios e demais corresponsáveis, à luz da jurisprudência consolidada, verifica-se que não houve paralisação do feito por mais de cinco anos por inércia exclusiva da exequente, pelo que incabível imputar a quem não é responsável pelo decurso do tempo a sanção na forma de prescrição . A tramitação do executivo fiscal até o pedido de inclusão das agravantes no polo passivo, como foi descrito e narrado, revela a inexistência de prescrição intercorrente.
6. Há indícios concretos de sucessão em cadeia, primeiramente, por intermédio de JOAQUIM PACCA JUNIOR e, posteriormente, por JOSÉ SEVERINO MIRANDA COUTINHO e BARTOLOMEU MIRANDA COUTINHO que, juntamente com outras pessoas, instalaram no local a empresa ENERGÉTICA SERRANÓPOLIS LTDA., a qual, por sua vez, vendeu todo o complexo industrial para AGROPECUÁRIA ENGENHO PARÁ LTDA., que gravou a sede com hipoteca para garantir destacado crédito em benefício daquela, refletindo a existência de vínculo entre empresa s e administradores.
7. Na cognição estreita e sumária da própria execução fiscal não é possível analisar questões fáticas que exigem dilação probatória, tais como as que, supostamente, afastariam os indícios de sucessão tributária de fato, quando estes são, no seu conjunto, suficientes como indicativos de que o fundo de comércio passou da executada GOALCOOL para a ENERGÉTICA SERRANÓPOLIS LTDA., por intermédio de seus sócios, e, após, para a AGROPECUÁRIA ENGENHO PARÁ LTDA.
8. A natureza da ação executiva impede que questões diversas sejam transferidas de sua sede natural, que são os embargos do devedor, na qual, aliás, as garantias processuais são mais amplas, para ambas as partes.
9. Agravo inominado improvido.
(TRF3, AI nº 2013.03.00.017718-4, Rel. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO, Terceira Turma, DE 31/03/2014)

AGRAVO - PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EM FACE DOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA - "ACTIO NATA".
1. A Lei Adjetiva Civil autoriza o Relator a, por meio de decisão singular, enfrentar o mérito recursal e dar provimento ou negar seguimento aos recursos que lhe são distribuídos.
2. Decisão monocrática no sentido de dar provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em execução fiscal, acolheu a exceção de pré-executividade oposta e reconheceu a ocorrência de prescrição em face dos sócios da empresa executada, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.
3. Certidão do Oficial de Justiça indica a inatividade da empresa executada em 31/08/2010. A União Federal tomou ciência dessa circunstância em 31/03/2011, ocasião em que pleiteou o redirecionamento do feito em face dos sócios da pessoa jurídica. Denota-se, pois, a não-ocorrência da prescrição intercorrente quando do pedido de inclusão dos sócios no pólo passivo do feito.
4. Ausência de alteração substancial capaz de influir na decisão proferida quando do exame do agravo de instrumento.
(TRF3, Agravo legal em AI nº 0039361-19.2011.4.03.0000/SP, Rel. Desembargador Federal MAIRAN MAIA, Sexta Turma, DJ 18/05/2012)

No entanto, com a ressalva do entendimento do E. STJ em diversos precedentes (EDcl no AgRg no Ag 1272349/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 02/12/2010, DJe 14/12/2010; REsp 1163220/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. 17/08/2010, DJe 26/08/2010; Primeira Seção, AgRg nos EREsp 761488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, J. 25/11/2009, DJe 07/12/2009; REsp 790034/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17/12/2009, DJe 02/02/2010), não basta apenas que tenha decorrido o prazo de cinco anos contados da citação da devedora executada (pessoa jurídica) para configuração da prescrição intercorrente para

o redirecionamento da execução em face do sócio, mas, imprescindível, que também ocorra inércia da exequente.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL POR INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.
> 1. Para que ocorra a prescrição, há a necessidade do transcurso do tempo, bem como a existência de inércia do titular do direito. Nesse sentido, a eminente Min. Eliana Calmon afirma que a prescrição pressupõe mora do credor decorrente de inércia motivada por incúria, negligência ou desídia e jamais por boa-fé na conduta alheia, no caso do Estado, guardião dos valores da moralidade, legalidade, publicidade e eficiência, que se omitiu em expressar as razões da recusa ao cumprimento da obrigação (REsp. 962.714/SP, DJe 24.09.2008).
> 2. In casu, o Tribunal *a quo* afastou a prescrição, fundamentando que não houve inércia da exequente. Assim, o acolhimento das alegações da autarquia recorrente, no sentido de que teria havido prescrição, depende da revisão desses fatos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.
> 3. Agravo Regimental não provido.
> (STJ, AgRg no AREsp nº 370505/RS, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, publicado no DJe em 09/12/2013, destaquei)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE INÉRCIA DA EXEQUENTE.
> 1. A configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação, sendo necessário que reste caracterizada também a inércia da Fazenda exequente.
> 2. Precedentes: REsp 1222444/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25.4.2012; AgRg no REsp 1274618/RR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23.2.2012; e AgRg no AREsp 12.788/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21.10.2011.
> 3. O agravo regimental não é sede de análise de matéria não suscitada no recurso especial, ante a preclusão consumativa.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (STJ, AgRg no AREsp nº 175193/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 19/06/2012, publicado no DJe em 27/06/2012, destaquei)

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AFASTADA. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DO CREDOR. JURISPRUDÊNCIA FIRME E CONSOLIDADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, embora o redirecionamento da execução contra sócio deva ocorrer no prazo de cinco anos após a citação da pessoa jurídica executada, só se declara a ocorrência da prescrição intercorrente quando o quinquênio decorrer "in albis" por culpa atribuível ao credor, em face de sua inércia.
> 2. Caso em que a empresa compareceu espontaneamente aos autos em 18/10/2002 e o pedido de redirecionamento foi formulado em 06/04/2004, dentro, portanto, do prazo quinquenal, pelo que inexistente a prescrição. E mesmo que assim não fosse, não restou comprovada documentalmente, nos autos, a desídia da exequente para reconhecimento da prescrição intercorrente, constando da própria decisão agravada que, ao contrário disto, não houve, no caso concreto, inércia injustificada por parte exequente.
> 3. Agravo inominado desprovido.

(TRF-3, AI nº 0035059-10.2012.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, Terceira Turma, julgado em 18/07/2013, publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 26/07/2013, destaquei)

Na hipótese dos autos, verifica-se que a execução fiscal foi ajuizada em 19.12.2006 (id 24853454 - Pág. 2).

A citação da sociedade executada ocorreu com o seu comparecimento nos autos em 12.05.2010 (id 24853455 - Pág. 33).

Posteriormente, por ocasião da diligência do oficial de justiça realizada em 19.08.2016 (id 24853457 - Pág. 15), a empresa executada não foi localizada no endereço constante da ficha cadastral da JUCESP (id 24853459 - Pág. 4) o que caracteriza a sua dissolução irregular.

Em 17.01.2018 (id 24853458 - Pág. 3), a União Federal requereu o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio.

Assim, considerando que não restou caracterizada a inércia da exequente e que ela pleiteou a inclusão do sócio dentro do interstício de cinco anos contados do conhecimento da inatividade da pessoa jurídica, não restou configurada a ocorrência de prescrição da pretensão executiva para o redirecionamento.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para afastar a prescrição da pretensão executiva, devendo o magistrado singular examinar os demais requisitos para a inclusão do sócio no polo passivo.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE:

A fim de deixar consignadas nos autos as razões que me levaram a divergir do voto proferido pela i. Relatora, procedo à presente declaração de voto.

A evolução jurisprudencial do instituto da prescrição intercorrente ocorrida nos Tribunais Superiores brasileiros ampliou os casos de incidência deste conceito, o qual passou a abarcar situações para além do previsto no art. 40 da Lei das Execuções Fiscais.

O marco interruptivo de tal prescrição dá-se com o despacho da citação (ou com a citação válida nos termos da legislação anterior a LC n. 118/05) da ação movida em face da empresa executada, que, regra geral, retroage à data da propositura da ação, sendo lídimo afirmar, com o respaldo na jurisprudência consolidada, que, em se tratando de responsabilidade tributária, em havendo interrupção da prescrição com relação a um dos devedores solidários alcança os demais, *ex vi* do art. 125, III, do CTN.

Diz-se prescrição intercorrente aquela operada no curso do processo em decorrência da inércia da exequente. Isso evita que se crie, por via oblíqua, o crédito imprescritível, o que malfere, em última análise, o princípio da segurança jurídica em seu vértice subjetivo, que visa proteger a confiança no tráfego jurídico.

Para que esteja configurada tal prescrição é necessário que entre a citação da pessoa jurídica executada e o pedido de redirecionamento da execução transcorra o período de 5 (cinco) anos, sem a ocorrência de causas interruptivas ou suspensivas do prazo prescricional.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA. OMISSÃO. ACOLHIMENTO PARA ESCLARECIMENTO. EXECUÇÃO. FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA SÓCIOS. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. INÉRCIA. PEDIDO. REDIRECIONAMENTO POSTERIOR AO QUINQUÍDEO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA. INCIDÊNCIA. ART. 174 DO CTN. INAPLICABILIDADE. TEORIA DA "ACTIO NATA."
1. Os embargos declaratórios são cabíveis em caso de omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, II do CPC.
2. 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.
3. Todavia, a solução da lide deve ser realizada de modo a restar induvidoso os limites da prestação jurisdicional entregue aos postulantes. Desta feita, são cabíveis os embargos declaratórios para fins de esclarecimento.
4. O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei nº 6.830/80 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal (Precedentes: REsp nº 205.887, DJU de 01/08/2005; REsp nº 736.030, DJU de 20/06/2005; AgRg no REsp nº 445.658, DJU de 16.05.2005; AgRg no Ag nº 541.255, DJU de 11/04/2005).
4. Desta sorte, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, decorridos mais de 05 (cinco) anos após a citação da empresa, ocorre a prescrição intercorrente inclusive para os sócios.
5. In casu, verifica-se que a empresa executada foi citada em 07/07/1999. O pedido de redirecionamento do feito foi formulado em 12/03/2008. Evidencia-se, portanto, a ocorrência da prescrição.
6. A aplicação da Teoria da Actio Nata requer que o pedido do redirecionamento seja feito dentro do período de 5 anos que sucedem a citação da pessoa jurídica, ainda que não tenha sido caracterizada a inércia da autarquia fazendária. (REsp 975.691/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 26/10/2007 p. 355).
7. Embargos declaratórios acolhidos somente pra fins de esclarecimento mantendo o teor da decisão agravada. (STJ; Proc. EDcl no AgRg no Ag 1272349 / SP; 1ª Turma; Rel. Min. LUIZ FUX; DJe 14/12/2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIOS NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INCIDÊNCIA.
1. Restou pacificado o entendimento pelo e. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a citação da empresa interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução. Todavia, para que a execução seja redirecionada contra o sócio, é necessário que a sua citação seja efetuada no prazo de cinco anos a contar da data da citação da empresa executada. (Precedentes: REsp 1163220/MG, AgRg nos EREsp 761488/SC, REsp 790034/SP, AgRg no Ag 1157069/SP e AgRg no Ag 1226200/SP).
2. Apelação a que se dá provimento. (TRF3; Proc. AC 00118218420054036182; 4ª Turma; Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA; CJ1:12/12/2011).

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE, EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE DÍVIDA PREVIDENCIÁRIA, REJEITOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ONDE SE PLEITEAVA O RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO COEXECUTADO - RECURSO PROVIDO.
1. O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento admitindo o reconhecimento de

> *prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução em face dos sócios quando decorrido mais de cinco anos da citação da empresa devedora independentemente da causa de redirecionamento, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal.*
> 2. Agravo de instrumento provido. (TRF3; Proc. AI 00210065820114030000; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO; CJ1:02/03/2012).

Além disso, de acordo com o entendimento adrede mencionado o E. STJ, em recente julgado, reforçou a tese de que a prescrição intercorrente relativa ao redirecionamento da ação executiva em face do sócio não depende da análise de fatores subjetivos, mas do mero decurso do prazo quinquenal. Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. INÉRCIA DA FAZENDA ESTADUAL. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA (SÚMULAS 282 E 356/STF). QUESTÃO, ADEMAIS, QUE ENVOLVE AMPLO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA (SÚMULA 7/ stj). PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS QUE SE INICIA COM A CITAÇÃO DA SOCIEDADE PARA A EXECUÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO COM O ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA A SER TUTELADO NO PROCESSO, EVITANDO-SE A IMPRESCRITIBILIDADE DAS DÍVIDAS FISCAIS. PRECEDENTES. O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DE PROCESSOS EM FACE DE RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) SE APLICA APENAS AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA ESTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO DESPROVIDO.
> 1. *O Tribunal* a quo *limitou-se a dizer que a prescrição contra os sócios corre a partir da citação da empresa executada.* Não teceu qualquer consideração sobre eventual inércia do ente público, razão pela qual além da falta de prequestionamento, porque sequer opostos Embargos Declaratórios para sanar eventual omissão (Súmula 282 e 356/STF), a questão não prescindiria de ampla análise de matéria fático-probatória, para o fim de se identificar se houve ou não a referida inércia do fisco paulista (Súmula 7/ STJ).
> *2. Ainda, permitir que a pretensão de redirecionamento dependa de situações casuísticas conduziria, na prática, a uma quase imprescritibilidade da dívida tributária. Essa solução repugna ao ordenamento pátrio, pois traz, a reboque, a indesejável insegurança jurídica, já que o prazo prescricional dependeria de incontáveis fatos, nem sempre claros e, no mais das vezes, da apreciação subjetiva desses acontecimentos pelo Julgador.*
> *3. O Superior Tribunal de Justiça possui o firme entendimento de que a citação da sociedade executada interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução fiscal, que deverá ser promovida no prazo de cinco anos, prazo esse estipulado como medida de pacificação social e segurança jurídica, com a finalidade de evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais.*
> 4. A Corte Especial firmou entendimento de que o comando legal que determina a suspensão do julgamento de processos em face de recurso repetitivo, nos termos do art. 543-C do CPC, somente é dirigido aos Tribunais de segunda instância, e não abrange os recursos especiais já encaminhados ao stj .
> 5. Agravo Regimental da Fazenda Pública desprovido.
> (AgRg no Ag 1421601/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 27/03/2015 - grifei)

No caso dos autos, o despacho de citação deu-se em 21/03/2007 (fls. 56 dos autos originários – doc. 24853455). Por sua vez o pedido de redirecionamento da execução ocorreu em 17.01.2018 (id 24853458 - Pág. 3). Desse modo, foi extrapolado o lustro amplamente reconhecido pela jurisprudência, para a inclusão dos sócios no polo passivo.

Apesar das alegações da agravante o marco interruptivo do prazo prescricional, consoante posicionamento pacificado no C. STJ e expressa determinação legal (art. 174 do CTN) é o despacho citatório, se este for posterior a vigência da LC 118/05, e não a data da dissolução irregular.

Saliente-se que, na hipótese, a constatação da dissolução irregular ocorreu somente em 2016, após 9 anos da data de interrupção da prescrição. Assim, não pode tal fato ser considerado para qualquer efeito, visto que em 21.03.2012 já havia fluido integralmente o prazo previsto pela jurisprudência para redirecionamento, sem que houvesse, entre 2007 e 2012, a ocorrência de qualquer causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo instrumento.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora para o Acórdão

Sentenças



AÇÃO PENAL PÚBLICA
0000632-59.2013.4.03.6108

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF
Réus: ARISTIDES MARTINS, MARCELO ICARO MONTE VICTURE E MARCELO CUNHA CARPI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2018

Vistos, em sentença.

O *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* ofereceu denúncia contra os réus *ARISTIDES MARTINS, ROGÉRIO APARECIDO THOMÉ, MARCELO ICARO MONTE VICTURE, SERGIO ROBERTO DE CARVALHO e MARCELO CUNHA CARPI*, devidamente qualificados às fls. 351/352, como incursos nos *arts. 1º, incisos I e II, e 2º, inciso, c.c. o art. 12, inciso I*, todos da *Lei 8.137/90*, e nos *arts. 288 e 299, c.c. os arts. 29 e 69, todos do CP*, alegando que os acusados ROGÉRIO, MARCELO VICTURE, MARCELO CARPI e SÉRGIO, no ano de 2003, adquiriram a empresa MC USINA DE AÇUCAR E ÁLCOOL LTDA., em nome do acusado ARISTIDES e de sua companheira, com o objetivo de burlar a fiscalização fazendária, inserindo informação falsa em contrato social de aludido empreendimento, tendo, ainda, os mesmos acusados, inscrito, fraudulentamente, a sobredita empresa no Programa SIMPLES, suprimindo pagamento de tributos (COFINS, IRPJ, CSSL e PIS), fraudando fiscalização tributária, ao deixar de recolher aos cofres da União valores atinentes a tais exações, no período de *janeiro de 2003 a dezembro de 2005*, resultando no débito tributário de R$ 26.023.681,73, atualizado para mês de outubro de 2013.

A denúncia foi instruída com o Inquérito Policial nº 00440/2009, da Delegacia de Polícia Federal em Piracicaba/SP.

Recebimento da denúncia em *10/02/2014 (fls. 358/vº).*

Informações sobre os antecedentes criminais dos acusados foram juntadas às fls. 359/364 e no Apenso II.

Os acusados foram regularmente citados (fls. 407/vº, 475 e 602), apresentando defesas escritas, às fls. 417/422, 449/461 e 607/609.

Às fls. 479 consta certidão de óbito do acusado ROGÉRIO APARECIDO THOMÉ.

Por não ter sido localizado, o acusado SERGIO ROBERTO DE CARVALHO foi citado por meio de Edital (fls. 591), sendo determinado o desmembramento da ação, para fins de suspensão processual, nos termos do art. 366, do Código de Processo Penal, por decisão proferida às fls. 600.

Foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa (fls. 946/948, 1124/1125, 1126/1127, 1213/1214, 1312/1313), sendo substituídas, pela testemunha RODRIGO COUTO DA CRUZ, as testemunhas CLAUDIOMIRO RODRIGUES DELMODES, SAMUEL OZÓRIO JUNIOR, JEFFERSON MARQUEZOLO e EMILIANO DO PRADO indicadas pela defesa do acusado MARCELO CUNHA CARPI (Fls. 1213/vº).

A pedido do Ministério Público Federal e da defesa do acusado ARISTIDES MARTINS, homologou-se a desistência da oitiva da testemunha ADILSON ALVARENGA MOREIRA (fls. 1275 e 1312/vº).

Considerando a não localização da testemunha indicada pela defesa de MARCELO CUNHA CARPI, ROBERTO MATOSO, bem assim a sua não apresentação para ser ouvida em Juízo, restou declarada preclusa a produção de tal prova (fls. 1312/vº).

O corréu MARCELO CUNHA CARPI foi interrogado perante este Juízo (fls. 1336/1338), enquanto que o corréu ARISTIDES MARTINS, foi interrogado, por este Juízo, por meio de videoconferência (fls. 1350/1351).

O corréu MARCELO ICARO MONTE VICTURE, não foi localizado para ser intimado para seu interrogatório, sendo-lhe decretada a revelia, nos termos do art. 367, do CPP (fls. 1402).

As partes, regularmente intimadas, nada requereram na fase do art. 402 do CPP (fls. 1372 e 1373/1374).

Em alegações finais, fls. 1378/1389, o Ministério Público Federal, em preliminar pugnou pela decretação da revelia do corréu MARCELO ICARO MONTE VICTURE e, no mérito, pugnou pela condenação dos acusados nos termos da denúncia.

A defesa do corréu ARISTIDES MARTINS apresentou alegações finais (fls. 1394/1400), sustentando em preliminar a inépcia da denúncia, pois esta não teria individualizado as condutas dos agentes e, em especial deste acusado e, no mérito, pugnando pela sua absolvição, por entender não ter sido comprovado nos autos ter o mesmo agido em qualquer das práticas delitivas insertas na denúncia.

Por sua vez, a defesa do acusado MARCELO ICARO MONTE VICTURE, às fls. 1410/1423, sustenta, em sede de preliminar, a inépcia da denúncia, pois esta não teria individualizado as condutas dos agentes e, em especial deste acusado, bem assim a nulidade do feito, na medida em que o decreto de revelia em seu desfavor não teria observado o devido processo legal, caracterizando cerceamento à defesa, e, no mérito, postula por sua absolvição, alegando ausência de comprovação de autoria em seu desfavor.

Por fim, a defesa do acusado MARCELO CUNHA CARPI, às fls. 1427/1430, pugna pela realização de perícia grafotécnica, sob pena de restar caracterizado cerceamento à defesa, dos documentos constantes dos autos a fim de espancar qualquer dúvida quanto à participação do réu nos delitos aqui tratados, e, no mérito, afirma não restar comprovado que o mesmo tenha concorrido com a prática de qualquer dos crimes imputados na denúncia.

É o relatório.

Decido.

Antes de analisar o tema de fundo da lide, necessária a análise das objeções prejudiciais de mérito trazidas à baila pelas defesas dos acusados. É o que passo a fazer.

INÉPCIA DA DENÚNCIA

As preliminares suscitadas pelas defesas dos réus ARISTIDES MARTINS e MARCELO ICARO MONTE VICTURE, de generalidade da peça acusatória, ao não indicar com precisão qual seria a ação cometida por cada qual na empreitada criminosa, o que alçaria a peça vestibular à inépcia, não têm como serem acolhidas. Já se mencionou anteriormente que a denúncia veio amparada em robusta documentação amealhada em apuração fiscal levada a efeito em sede administrativa (Apenso I), restando à instrução esmiuçar qual papel desempenhado por cada um dos acusados na eventual prática do delito de que aqui se cuida. Nesse sentido, enfatizo que a peça acusatória atende plenamente aos requisitos do *art. 41 do CPP*, demonstrando, de forma bastante pormenorizada e compreensível, quais as condutas que levaram os denunciados ao polo passivo da presente ação, bem como suas circunstâncias.

Nos termos dos *arts. 41 e 43 do CPP*:

> Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.
>
> Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
> I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;
> II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;
> III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.
> *Parágrafo único. Nos casos do no III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.*

A ação penal deve ser lastreada em peça acusatória que atenda aos requisitos legais contidos no *art. 41 c.c. art. 43*, ambos do *CPP*, dentre os quais tem especial destaque a clara e completa exposição do fato considerado como criminoso, com todas as circunstâncias de onde se possa inferir as elementares típicas (objetivas, normativas e subjetivas) exigidas para a caracterização do tipo penal descrito na lei, tudo de forma a permitir ao acusado o pleno conhecimento da acusação que lhe é dirigida e o exercício pleno do seu direito de defesa.

A lide penal deve instaurar-se se a peça acusatória atender aos citados requisitos legais, bem como quando:

a) está proposta por quem tenha legitimidade ativa e contra quem tenha legitimidade passiva;

b) há justa causa para a ação penal – conjunto mínimo de provas da materialidade e da autoria do tipo penal;

c) não esteja claramente demonstrada a ocorrência de alguma causa extintiva de punibilidade.

Isso é o quanto basta à elaboração da peça acusatória e seu recebimento pelo Juízo com a instauração da ação penal, deixando-se para a instrução criminal eventuais questionamentos mais aprofundados, momento processual adequado para discussões exaurientes quanto ao mérito da ação penal. Ademais, o procedimento investigatório criminal apenso e a denúncia descrevem a conduta que é atribuída aos denunciados, com a individualização da ação dos agentes, de forma a permitir o amplo exercício do direito de defesa por parte de tais.

Ademais, em crimes dessa natureza, em que há pluralidade de sócios – e aqui ainda agravado pelo fato de que há patente ocultação de quem seriam os reais proprietários da empresa investigada - e que a investigação se inaugura com a constatação de transgressões de ordem fiscal e tributária em empresas, não se exige que a denúncia venha plenamente detalhada, com a indicação pormenorizada da ação de acusados diversos. Em relação a isso, o entendimento da jurisprudência, vai conforme o seguinte julgado, cuja ementa transcrevo:

> PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE EFETIVA DEFESA TÉCNICA. NULIDADE PARCIAL POR LITISPENDÊNCIA. CITAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PRESCRIÇÃO. AFASTADAS TODAS AS PRELIMINARES. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA E DOLO GENÉRICO DOS CORRÉUS COMPROVADOS. AUTORIA DE UM DOS DENUNCIADOS NÃO DEMONSTRADA. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DAS PENAS.
> *1. Nos crimes contra o Sistema Financeiro e o Sistema Tributário, nem sempre é possível realizar-se, de plano, a perfeita identificação dos pormenores de cada uma das ações que*

resultaram na conduta criminosa ou mesmo da atuação de cada denunciado. Por isso, é admissível denúncia não tão detalhada, desde que a acusação seja compreensível e possibilite a ampla defesa. Nesse sentido é a orientação do Supremo Tribunal Federal.
2. O teor da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal não autoriza a declaração de que o acusado esteve materialmente indefeso simplesmente pelo fato de os serviços prestados por advogado por ele constituído terem se mostrado aquém de suas expectativas ou das expectativas do profissional constituído posteriormente. Precedentes.
(...) (g.n.).
[ACR 00191904520004036105, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/02/2017].

Dito isto, tenho que a denúncia está formulada em termos que atendem aos requisitos legais, pelo que *rejeito* esta preliminar suscitada por ambas as defesas.

DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO DECRETO DE REVELIA. INOCORRÊNCIA.

No que diz respeito à preliminar suscitada pela defesa do acusado MARCELO ICARO MONTE VICTURE, de que o processo encontra-se eivado de vício insanável, na medida que o decreto de sua revelia, com fulcro no *art. 367, do CPP*, não teria observado o devido processo legal, não tem como se sustentar.

Numa primeira quadra, figura-se desnecessário dizer que é ônus processual do acusado informar nos autos, qualquer alteração de seu endereço, sempre que ela ocorrer, a fim de que possa ser localizado para intimação dos atos do processo. Nesse sentido, é induvidosa a posição jurisprudencial, cabendo, por tantos, citar o seguinte precedente, firmado no âmbito do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*:

PENAL. PROCESSO PENAL. CITAÇÃO. MUDANÇA DE ENDEREÇO. FALTA DE COMUNICAÇÃO. REVELIA. ADMISSIBILIDADE. FALSO TESTEMUNHO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO. ATENUANTE GENÉRICA. FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. INCIDÊNCIA. CUSTAS PROCESSUAIS. RÉU POBRE. ISENÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
1. O acusado tem o ônus de comunicar eventual alteração de endereço, sob pena de ser decretada a sua revelia na hipótese de não ser localizado naquele anteriormente declinado (STJ, HC n. 294.289, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19.03.15; RHC n. 28.813, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21.03.13; RHC n. 25.741/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.06.09; TRF 3ª Região, ACR n. 0002085-35.2011.403.6181, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 07.04.15 e RSE n. 0059377-77.2000.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 15.12.03).
2. A prova oral e documental dos autos evidencia que o réu prestou declaração falsa sobre fato relevante para o deslinde da ação trabalhista, tendo em vista haver testemunhado sobre a jornada de trabalho e as horas extras do reclamante.
3. Está evidenciado o dolo do agente que, apesar de ter sido advertido sobre as penas do falso testemunho, prestou depoimento mendaz, estando plenamente ciente de sua falsidade, uma vez que conhecia a real jornada de trabalho do reclamante, conforme denota seu depoimento extrajudicial e o relato da testemunha ouvida em Juízo.
4. 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 n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min.

> Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 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 n. 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp n. 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp n. 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11).
> 5. Ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, o réu deve ser condenado ao pagamento das custas processuais (CPP, art. 804), ficando, no entanto, sobrestado o pagamento, enquanto perdurar o estado de pobreza, pelo prazo de 5 (cinco) anos, ocorrendo, após, a prescrição da obrigação (Lei n. 1.060/50, art. 12). A isenção deverá ser apreciada na fase de execução da sentença, mais adequada para aferir a real situação financeira do condenado (STJ, REsp n. 842.393, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 20.03.07; REsp n. 263.381, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 06.02.03; TRF da 3ª Região, ACR n. 26.953, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 09.02.09).
> 6. Apelação parcialmente provida para reduzir a pena do réu e conceder o benefício da assistência judiciária gratuita (g.n.).
> [Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 62326 0001564-04.2010.4.03.6124, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/11/2015].

Observa-se da tramitação dos autos que este acusado faltou a esta devida diligência, vez que não foi localizado para ser intimado da audiência designada para o seu interrogatório no endereço constante dos autos, consoante se vê da certidão de *fls. 1349*. Neste ponto, inclusive, há que se registrar que a defensora então constituída pelo acusado foi regularmente intimada, via Imprensa Oficial, com razoável antecedência (*fls. 1345-v º*), da data em que o ato se daria.

Ainda assim, nada obstante a ausência injustificada, determinou-se, às *fls. 1366*, que se intimasse a I. Defensora constituída para que fornecesse endereço atualizado do réu, a fim de designar uma nova oportunidade para a oitiva de seu interrogatório. Decorreu *in albis* o prazo concedido para tanto (cf. *fls. 1370*).

Foram, como se vê, concedidas diversas oportunidades ao acusado para que pudesse exercer, pessoal e plenamente, seu direito de defesa, não tendo comparecido em juízo para essa finalidade por opção própria, não lhe socorrendo a frágil, e – aliás – previsível alegação de cerceamento de defesa. E é evidente que esse acusado tem plena consciência de que se acha aqui processado, tanto que constituiu advogada particular para sua defesa, o que tanto mais assegura que o réu preferiu furtar-se ao comparecimento que seria devido, abandonando as inúmeras oportunidades que lhe foram oferecidas para o exercício direto de sua defesa penal.

Nesse contexto, o entendimento jurisprudencial se orienta no sentido da validade do decreto de revelia, consoante se vê do seguinte julgado, firmado no *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DECRETAÇÃO DA REVELIA DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO EM RAZÃO DE NÃO HAVER SIDO ENCONTRADO NOS ENDEREÇOS FORNECIDOS EM JUÍZO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA AÇÃO PENAL. OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.
> 1. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".

> 2. No caso dos autos, o recorrente foi validamente cientificado da existência da ação penal deflagrada, não tendo sido notificado da data da audiência de instrução e julgamento por haver mudado de endereço sem comunicar o Juízo, motivo pelo qual foi decretada sua revelia.
> *3. Assim, se o réu foi considerado revel porque, mesmo sabendo da existência de ação penal em seu desfavor, se mudou sem aviso prévio, o que impossibilitou a sua intimação acerca da audiência de instrução e julgamento, não pode a defesa pretender que o feito seja anulado sob o argumento de que não esgotados os meios válidos para tentar localizá-lo.*
> (...) (g.n.).
> [RHC - RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* - 80603 2017.00.19356-2, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:26/04/2017].

Rejeito, com essas considerações, a alegação de nulidade, ratificando o decreto de revelia deste acusado já proferido nos autos.

DA PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. REQUERIMENTO EXTEMPORÂNEO. PRECLUSÃO

Por fim, ainda em sede preliminar, analiso requerimento aviado pela Defesa do acusado MARCELO CUNHA CARPI, que postula pela realização de, *verbis*: *"perícia grafotécnica nos documentos subscritos e firmados pelos demais acusados, a fim de apurar com mais rigor, que o mesmo não teve nenhuma participação nos fatos"*.

Manifesto, entretanto, que a providência ora alvitrada se mostra absolutamente inviável, e não apenas por um, mas por vários fundamentos, todos igualmente relevantes. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, é de ver que essa pretensão probatória se acha irremediavelmente atingida pela preclusão processual, devendo-se notar que a D. Defesa técnica do ora acusado dispôs, em realidade de todo o curso da instrução criminal de molde a proceder ao esclarecimento de circunstâncias de fato que, explícita ou implicitamente, já constavam da denúncia. Os documentos sobre os quais se pretende que a perícia seja realizada constam dos autos desde o momento da formação do inquérito policial, serviram de base ao oferecimento da denúncia, e poderiam – ou deveriam – ter sido objeto de impugnação específica durante todo o desenrolar da instrução criminal, que é o momento oportuno para a realização dessa modalidade probatória. De forma que, em sendo assim, rigorosamente não se justificaria relegar esse requerimento, seja para a fase procedimental do *art. 402 do CPP*, seja para a fase de alegações finais (*CPP, art. 403*), porque não se trata, *in casu*, do esclarecimento de fatos *surgidos no curso da instrução*. É absolutamente indissonante a jurisprudência de nossas Cortes Federais no sentido de que a fase reservada pelo Código de Processo Penal ao requerimento de diligências se presta ao esclarecimento de fatos surgidos no curso da instrução criminal, e não, como no caso, para a comprovação de circunstâncias que já estavam claras ao tempo do oferecimento da própria denúncia. Bem por isso é que o momento procedimental do *art. 402 do CPP* não é adequado para o arrolamento de testemunhas ou esclarecimentos periciais, que se referem a circunstâncias de fato que já constavam da inicial acusatória, e que poderiam ou deveriam ter sido objeto de consideração pelas partes nos momentos procedimental oportunos, pena de preclusão. Nesse sentido, lapidar a posição do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, em precedente da lavra do *Em. Desembargador Federal Dr. Hélio Nogueira*:

> PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE A AUTORIA COMPROVADAS. DOLO ESPECÍFICO: INEXIGIBILIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE OU INEXIGIBLIDADE DE CONDUTA DIVERSA: NÃO DEMONSTRADOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Apelação da defesa contra sentença que condenou o réu como incurso no artigo 168-A, §1º, inciso I, c.c. o artigo 71, em concurso material com o artigo 337-A, inciso III, c.c. o artigo 71, todos do Código Penal.
2. Nos termos do artigo 396-A do CPP, a indicação de testemunhas devia ser feita quando da resposta à acusação, sendo que, após esse prazo, estaria precluso tal direito, salvo em se tratando de pessoa que não era conhecida na época da apresentação da defesa preliminar. Precedente.
3. O artigo 402 do Código de Processo Penal, na redação da Lei nº 11.719/2008, se presta para que as partes requeiram 'diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução'. Ou seja, não é a fase adequada para o requerimento de diligências cuja necessidade ou conveniência já era clara ao momento oferecimento da resposta escrita.
4. No caso, à época da apresentação da resposta, já era de conhecimento da parte a existência do contador da empresa, ocorrendo assim a preclusão do ato. Ademais, sequer logrou a Defesa demonstrar a relevância do depoimento pretendido.
5. Materialidade e autoria delitiva comprovadas.
(...) (g.n.).
[ACR 00100662320094036105, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1, DATA:14/05/2015].

Ainda sob regime jurídico anterior (diligências previstas no antigo *art. 499 do CPP*), também era essa a orientação jurisprudencial do mesmo E. Tribunal:

PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. Alegação no sentido de que o indeferimento da oitiva dos agentes de fiscalização da ANATEL requerida na fase de diligências outrora disciplinada pelo artigo 499 do Código de Processo Penal, na redação anterior à Lei nº 11.719/2008, enseja cerceamento de defesa capaz de nulificar o processo, desde o início.
2. A defesa preliminar era o momento processual adequado para a defesa arrolar testemunhas, não se prestando, para tanto, a fase de diligências do artigo 499 do Código de Processo Penal. O defensor, devidamente intimado para apresentação da defesa prévia, postulou a oitiva de uma testemunha, quedando-se inerte quanto à oitiva dos agentes de fiscalização da ANATEL, operando-se, portanto, a preclusão. Preliminar rejeitada.
(...) (g.n.).
[ACR 00057412320054036112, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1, DATA:15/12/2011].

Em idêntico sentido:

PENAL - PROCESSO PENAL - PECULATO - EMPRESA PÚBLICA - ARTIGO 327 DO CP - FUNCIONÁRIO PÚBLICO FEDERAL - ARTIGO 312, §1º DO CÓDIGO PENAL - DEFESA PRELIMINAR - AUSÊNCIA - NULIDADE INOCORRENTE - PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA - CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS - RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO.
1. Mesmo em face da inobservância da norma contida no artigo 514 do Código de Processo Penal, só se verifica a nulidade processual em face do prejuízo à defesa.
2. O prejuízo à defesa do acusado deve ser alegado na primeira oportunidade de sua manifestação nos autos, sob pena de preclusão.
3. É dispensável a providência do artigo 514 do Código de Processo Penal quando a denúncia foi precedida de inquérito policial, como ocorreu na espécie. Preliminar rejeitada.

> *4. Também não há que se falar em cerceamento de defesa, pelo indeferimento da oitiva de testemunhas arroladas pela defesa, na fase de diligências, até mesmo porque, àquela época, já havia se operado a preclusão processual.*
> (...) (g.n.).
> [ACR 00017943620024036121, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1, DATA:21/05/2010, PÁGINA: 287].

No caso dos autos, a extemporaneidade e impertinência do requerimento probatório aqui alvitrado pelo acusado se mostra ainda mais aberrante, na medida em que, sequer, a fase do *art. 402 do CPP* foi respeitada para fins de realização da prova (embora para tal devidamente intimado, *fls. 1373/1374*), vindo à lume a alegação apenas na fase do *art. 403* daquele diploma processual, o que ainda mais remarca o sentido de intempestividade da pretensão defensiva.

Por outro lado, o requerimento efetuado pela defesa se mostra absolutamente genérico e indeterminado, na medida em que não se dá ao trabalho de nem mesmo indicar quais documentos ou declarações deveriam ser submetidos a exame pericial, sustentando, genericamente, a imprescindibilidade da produção da prova, o que, como já dito, não tem lugar de ocorrer, dada a preclusão para seu requerimento.

Nesse sentido, o seguinte julgado do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*, cuja ementa transcrevo:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. MEDIDA LIMINAR. INDEFERIMENTO. EXAME GRAFOTÉCNICO. REQUERIMENTO. FASE PROCESSUAL INOPORTUNA. PROVAS ORAIS E OUTRAS DILIGÊNCIAS JÁ REALIZADAS. AUSÊNCIA DO RÉU.
> 1. Não há como deferir medida liminar e determinar a suspensão do andamento de processo, a fim de que seja feita perícia em escritos, quando o pedido é formulado após a colheita de provas orais e a realização de diligências, às quais o acusado não compareceu, porque não encontrado.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento (g.n.).
> *[AGRHC - AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS - 233122 2012.00.27116-6, ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:29/08/2012].*

Com tais considerações, *rejeito* a preliminar suscitada pela defesa, e indefiro o requerimento para realização de prova pericial.

Não há outras preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidade e/ ou irregularidades a suprir ou sanar. Feito bem processado, contraditório preservado, pares legítimas e bem representadas, o feito se encontra em termos para receber julgamento. Passo ao exame do mérito da presente ação penal.

DAS IMPUTAÇÕES TÍPICAS DA DENÚNCIA.

Pela denúncia, os delitos imputados estão descritos nos *artigos 288 e 299, do CP e nos artigos 1º I e II, e 2º, I, c.c. o artigo 12, I, da Lei nº 8.137/90, verbis:*

> *QUADRILHA OU BANDO*
> Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
> Pena - reclusão, de um a três anos. (Vide Lei 8.072, de 25.7.1990)

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.
(Redação anterior à vigência da Lei nº 12.850/2013)

FALSIDADE IDEOLÓGICA
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.
Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

LEI 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: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)
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.
Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.
Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:(Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)
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;
II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;
III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;
IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;
V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa
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; (g.n.).

Diante dos termos em que redigidos tal dispositivo legal, trata-se de delito praticado contra a ordem tributária, consistente, no caso em tela, na supressão de pagamento de tributo. O núcleo do tipo consiste na supressão ou redução do tributo, consubstanciando-se em

crime de dano. E é esta, consoante o reconhecem doutrina e jurisprudência, a distinção que se estabelece entre o delito previsto no *art. 1º, da Lei n. 8.137/90* e o do *art. 2º,* do mesmo diploma legal. A distinção é antiga, havendo, neste sentido, diversos precedentes. Por tantos, cito o seguinte, firmado no âmbito do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*: *RSE 1377/ SP; 2008.61.14.001377-5; Primeira Turma; Rel.: Juíza Federal Convocada Sílvia Rocha; Data da decisão: 15/02/2011; Data da publicação: 15/02/2011.*

No caso dos autos, está mais do que evidenciado que, a partir da conduta sindicada nos autos, efetivamente ocorreu a supressão dos tributos devidos, consubstanciando, portanto, crime de dano, delito de resultado a perfazer a subsunção ao disposto no *art. 1º, I e II da Lei n. 8.137/90.*

DE MATERIALIDADE DOS CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL

A materialidade delitiva do delito previsto no *art. 1º, I e II da Lei n. 8.137/90,* está bem demonstrada nos autos do Procedimento Investigatório Criminal (*Apenso I*). Os documentos juntados descrevem quais foram os créditos suprimidos durante o período de tempo medeado entre *janeiro de 2003 e dezembro de 2005*. Ademais, o documento de *fls. 346/347* do inquérito policial informa que os créditos tributários estão devidamente constituídos na esfera administrativa. Tenho, pois, por comprovada a *materialidade* delitiva das condutas em apreço.

DE AUTORIA PARA ESSES DELITOS

A partir daquilo que se extrai da instrução processual, a autoria delitiva para o delito de natureza fiscal aqui em causa, em face de *todos os acusados*, se acha cabalmente demonstrada.

As testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, ouvidas em sede judicial, sob o crivo do contraditório, assim se manifestaram:

TEREZA DE JESUS SILVA, afirmou ser esposa do acusado ARISTIDES e que, tanto este réu quanto a testemunha forneceram seus documentos pessoais ao corréu SÉRGIO, sendo incluídos como sócios da empresa "MC USINA DE ÁLCOOL", e que, de fato, seu esposo era motorista do aludido corréu. Afirmou, ainda, não ter recebido qualquer valor em decorrência disso. Afirmou, por fim, que assinou diversos documentos na época, mas que não se recordava se estariam relacionados com a empresa.

Por sua vez, a testemunha *MARCELO JOSÉ CALCIDONI*, afirmou ter sido proprietário da empresa investigada, a qual foi vendida a ARISTIDES MARTINS e sua esposa, por intermédio de agentes corretores, dentre os quais MARCELO VICTURE. Afirmou, ainda, que com o passar do tempo constatou que a empresa não pertenceria de fato a ARISTIDES e sua esposa, se recordando que os nomes referenciados sempre eram de MARCELO CARPI e SERGIO, e que chegou a conhecer MARCELO CARPI ao receber valores correspondentes ao arrendamento de equipamentos instalados na Usina. Afirmou que os pagamentos eram realizados pelo corréu ROGÉRIO, porém a direção do empreendimento estava a cargo de MARCELO CARPI e SERGIO, que detinham a palavra final nas decisões. Afirmou, ainda, que ARISTIDES era seu contato mais constante na empresa.

Por seu turno, a testemunha *SERGIO ANDRE MOTA*, afirmou ter trabalhado na empresa investigada, na parte financeira, na cidade de Recife/PE e que mantinha constante contato com os acusados MARCELO CARPI e MARCELO VICTURE, na consecução dos trabalhos. Afirmou que MARCELO VICTURE detinha procuração outorgada por ARISTIDES e que as ordens para desenvolver seus trabalhos vinham de MARCELO VICTURE.

De outro lado, a testemunha *JOSÉ WILSON DA SILVA*, afirmou ter recebido procuração, outorgada pelo acusado ARISTIDES, sob ordem de MARCELO CARPI, para abrir uma conta

corrente, em nome da empresa, no Banco Bradesco, na cidade de Paulínia/SP, porém não foi possível concretizar a transação, pois havia exigência da presença física dos sócios. Afirmou que o corréu ROGÉRIO era o responsável pelos pagamentos da empresa PANMÉRICA, de propriedade do corréu SÉRGIO, cabendo ao corréu MARCELO CARPI a negociação de combustíveis, afirmado que tanto o corréu ROGÉRIO, quanto o corréu MARCELO CARPI, tinham que se reportar ao corréu SÉRGIO. Afirmou que a atuação de MARCELO VICTURE se assemelhava a do corréu SERGIO nas negociações e que este último, era de fato, proprietário da empresa aqui investigada, além da PANMÉRICA.

Por fim, a testemunha *RODRIGO COUTO DA CRUZ*, nada trouxe aos autos de relevante para o deslinde da ação, tratando-se testemunha de antecedentes.

MARCELO CUNHA CARPI, em seu *interrogatório* perante este Juízo, afirma ter trabalhado na empresa PANMÉRICA, de propriedade do acusado SERGIO CARVALHO, que distribuía combustíveis, como gerente comercial, a qual comprava álcool da empresa MC USINA, onde mantinha contato com os corréus MARCELO VICTURE e ARISTIDES. Afirmou que o acusado ARISTIDES tinha livre acesso à empresa PANMÉRICA, negando ter solicitado ao mesmo qualquer procuração em favor de JOSÉ WILSON DA SILVA.

Por sua vez, *ARISTIDES MARTINS*, em seu *interrogatório*, afirmou que trabalhava como motorista carreteiro para o corréu SERGIO o qual lhe pediu para que constasse como sócio na empresa MC USINA, e que assinava tudo o que este lhe apresentava, pois tinha confiança no mesmo. Afirmou que se deslocou até São Paulo para assinar a compra da empresa, juntamente com o corréu MARCELO VICTURE, o qual comandava o empreendimento. Afirmou que outorgou procuração a MARCELO VICTURE para gerir o negócio e que sempre assinava documentos a seu pedido, sempre sob as ordens do corréu SERGIO. Afirmou que MARCELO CARPI ficava na cidade de Paulínia/SP, onde trabalhava em conjunto com o corréu ROGÉRIO, na empresa. Afirmou que outorgou procuração aos acusados MARCELO CARPI e MARCELO VICTURE. Afirmou, ainda, que MARCELO CARPI também respondia pela empresa, pois cuidava da parte financeira. Afirmou que todos os envolvidos no negócio recebiam ordens do corréu SERGIO. Afirmou, ainda, que ficava a disposição do acusado SERRGIO, para prestar serviços de motorista pelo valor de R$ 500,00 e que, quando fazia alguma viagem recebia mais R$ 1.300,00.

É *inconteste*, a meu ver, a *autoria* dos delitos.

Ainda que os acusados pretendam se eximir da responsabilidade aqui apurada, tudo que se colheu da instrução processual, seja pela farta documentação constante do procedimento fiscal, seja pelo teor dos depoimentos prestados, não se pode chegar a outra conclusão senão aquela constante da denúncia, de que a empresa "MC USINA DE AÇUCAR E ÁLCOOL", conduzida pelos réus, efetivamente suprimiu, por completo, os tributos devidos.

Nada daquilo que consta do Procedimento Fiscal e do Inquérito Policial, conjugado com o que se colheu da instrução processual, especialmente das provas testemunhais, dá conta de abrigar as teses das defesas de ausência de autoria em relação aos delitos que aqui se cuida, na medida em que os acusados buscam, em suma, atribuir toda a prática delitiva ao acusado SERGIO ROBERTO DE CARVALHO, atribuindo-lhe a real propriedade do empreendimento, não encontrado para responder a ação, e, em face de quem, o curso está suspenso.

Análise dos depoimentos antes referidos dá conta de que todos os acusados tiveram participação *efetiva* e *direta* nas práticas delitivas aqui em estudo, demonstrando concurso relevante para a consumação da apropriação tributária de que se lastima a inaugural.

Assim é que, embora os réus neguem terem tido qualquer participação dos negócios da

pessoa jurídica aqui em questão (MC USINA DE ÁLCOOL), o certo é que testemunha JOSÉ WILSON DA SILVA, afirma haver recebido procuração outorgada pelo co-réu ARISTIDES MARTINS, sob as ordens de MARCELO CARPI, para abrir conta corrente junto a instituição bancária oficial, o que somente não ocorreu por exigência da presença física dos titulares. Já a testemunha SÉRGIO ANDRÉ MOTA, afirmou haver trabalhado junto à empresa investigada (MC USINA), na parte financeira, e, embora ficasse lotado na cidade de Recife/ PE, mantinha comunicação frequente com os co-réus MARCELO CARPI e MARCELO VICTURE.

Por seu turno, a testemunha MARCELO JOSÉ CALCIDONI, proprietário anterior da usina, informa que, muito embora a empresa tenha sido formalmente vendida a ARISTIDES MARTINS e sua esposa, acabou percebendo, com o decorrer do tempo, que isso, na prática, não correspondia à verdade, afirmando que os nomes que eram mais frequentemente envolvidos eram os de MARCELO CARPI e SÉRGIO, mencionando haver conhecido o co-réu MARCELO CARPI por conta de pagamentos correspondentes ao arrendamento de equipamentos instalados no interior daquele empreendimento. Por fim, conclui a testemunha que a direção da empresa passou a pertencer aos co-réus MARCELO CARPI e SÉRGIO, que detinham a palavra final nas decisões empresariais.

Nesse contexto de fatos, também não há como emprestar credibilidade à tese desenvolvida pelo acusado ARISTIDES, de que não recebia qualquer vantagem por ter cedido seu nome para figurar como sócio da empresa investigada, vez que os depoimentos das testemunhas, em consonância com as declarações prestadas pelos demais co-réus, dão conta de que este acusado não apenas não ignorava o andamento que era empreendido ao negócio, como o conhecia perfeitamente bem, e atuou em algumas oportunidades para viabilizar a consecução de certas etapas do estratagema criminoso. Nesse ponto, anote-se a arguta a percepção do *Em. Procurador da República* que assina as alegações finais do *Ministério Público Federal* (*fls. 1387*), nos termos seguintes:

> Ademais, verifica-se que ARISTIDES não era totalmente alheio aos negócios da MC USINA, tendo outorgado procurações para atuarem em nome da empresa, mantido contato com o ex-sócio Marcelo José Calcidoni, que declarou em juízo que o réu era o seu "canal de comunicação" com os responsáveis da empresa MC USINA, além de algumas vezes ter comparecido na empresa PANAMÉRICA (que supostamente comprava álcool da MC Usina, segundo MARCELO CARPI), sendo que em algumas oportunidades foi feito pagamento direto para o réu a pedido de SERGIO ROBERTO, conforme afirmado por MARCELO CARPI.

Nessa conjuntura, não há como avalizar as teses jurídicas desfiadas pelas defesas técnicas dos aqui acusados, porque não há nenhuma credibilidade quanto à versão de que os mesmos não exerceram os atos que lhes foram imputados, ou que ignoravam, por completo, que a empresa foi constituída com o fito de burlar o Fisco, uma vez que, daquilo que foi possível extrair da instrução criminal que ora desce a talho, todos os acusados aqui em questão *detinham o poder de fato* sobre a imanência do fluxo causal da conduta a eles imputada, na condição de gestores do empreendimento em que se verificaram os fatos arrolados na capitulação inicial.

Bem nesse sentido, lecionam renomados penalistas que, *verbis*:

> A teoria do domínio funcional do fato, adotada por grande número de doutrinadores, resolve o problema [da autoria] com argumentos das teorias objetiva e subjetiva, acrescentando, ainda, um dado extremamente importante, qual seja, a chamada divisão de tarefas.
> Quando nos referimos ao domínio do fato, não estamos querendo dizer que o agente deve ter o poder de evitar a prática da infração penal a qualquer custo, mas, sim, que, com relação à

> parte do plano criminoso que lhe foi atribuída, sobre esta deverá ter o domínio funcional. O domínio será, portanto, sobre as funções que lhe foram confiadas e que têm uma importância fundamental no cometimento da infração penal.
> Bacigalupo, com extrema didática e clareza, anuncia:
> O domínio do fato é um conceito regulativo (Roxin-Henckel); não é um conceito onde é possível dar uma fórmula fechada, senão que depende das circunstâncias totais do fato mesmo. Somente na presença de todas as circunstâncias se pode estabelecer quem "dominou o fato", quem é o que "tem as rédeas dos fatos nas mãos"; ou bem quem é o que pode decidir que o fato chegará à consumação, o qual geralmente é correlativo de quem pode decidir se o fato continua ou se desiste dele; o que possui o manejo dos fatos e o leva à sua realização, é autor; o que simplesmente colabora, sem ter poderes decisórios a respeito da consumação do fato é partícipe.
> Nilo Batista, com autoridade, depois de afirmar que a ideia de divisão de trabalho é fundamental ao conceito de co-autoria, dissertando sobre o domínio funcional do fato, aduz:
> Só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio integral do fato, do qual tocaria a cada co-autor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências como "Se" e o seu "Como"; apenas face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos, "através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato". (grifei, anotei).
> [GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal – Parte Geral, v. I, Niterói: Ed. Impetus, 2008, p.435-36]

Nesse particular, a jurisprudência de nossas Cortes Regionais vem, reiteradamente, decidindo que, em se tratando de delitos cometidos no âmbito ou por intermédio de sociedades empresariais, o elemento decisivo para a caracterização não apenas da *autoria* do delito, bem assim do *dolo* a animar a conduta do agente é o *poder de gestão que ele detém* sobre o desenrolar do *iter criminis*, presente quando o empresário exerce de fato a gestão sobre o empreendimento. Em precedente que decorre de caso bastante similar, é extremamente pedagógico o precedente oriundo do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, da lavra da *Em. Desembargadora Federal Dra. RAMZA TARTUCE*. Do voto condutor, extraio o seguinte excerto, *verbis (ACR 199903990266259, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1, DATA: 24/11/2011)*:

> Por fim, destaco o depoimento da irmã do apelante, prestado perante a autoridade policial (fl.447), tendo sido o feito arquivado em relação a ela (fl.643), a pedido do próprio órgão acusador no aditamento à denúncia (fl.06), por não ter participado efetivamente da gerência e administração da empresa, que eximindo-se de responsabilidade penal, apontou seu irmão, o ora apelante, como o responsável pela condução de todas as empresas do grupo, dentre elas, a "HasoTecnologia de Plásticos Ltda. Confira-se:
> (...) informa enfaticamente que não tinha qualquer atribuição no âmbito da empresa; QUE entretanto, informa que seu irmão THOMAS WILLI ENDLEIN era a pessoa que cuidava da condução de todas as empresas do grupo, em cujo elenco está a HASO TECNOLOGIA; QUE também é verdadeiro que seu irmão nomeava gerentes das respectivas áreas no âmbito das empresas.

Sobre o tema, colaciono os ensinamentos de José Paulo Baltazar Júnior, *in verbis*:
É preciso determinar quem efetivamente detinha o poder de mando na empresa, decidindo pelo recolhimento ou não das contribuições descontadas dos empregados. Em outras palavras, deve ser responsabilizado o réu ou réus que detinham o domínio do fato, com poderes para fazer com que a omissão ocorresse ou não.
(in, Direito Previdenciário - aspectos materiais, processuais e penais, 2º edição, Editora Livraria do Advogado, PoA, 1998, p. 287).
Assim, restou demonstrado nos autos, e não há qualquer dúvida a respeito, que o réu, ora apelante, era administrador da empresa, com concentração dos poderes de gerência, situação suficiente a demonstrar o dolo, ao menos genérico, que imbuiu sua conduta, quando da retenção das importâncias recolhidas dos empregados e não repassadas à Previdência (grifei).

Nesse mesmo sentido, há diversos precedentes jurisprudenciais, cumprindo indicar, do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*, o seguinte:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 54, *CAPUT*, DA LEI nº 9.605/98. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. PACIENTE QUE PASSOU A INTEGRAR A SOCIEDADE E GERIR A EMPRESA DENUNCIADA APÓS ALGUNS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL A SER SANADA NA OPORTUNIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
1. Em sede de *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.
2. No caso em apreço, emerge da cópia do contrato social da empresa, datado de 30-6-2005, que o paciente Thiago Carlos Benedito não consta como um dos sócios da mencionada pessoa jurídica desde a sua formação, somente vindo a integrá-la em 14-7-2006 pela transferência das ações de algumas sócias, ocasião em que passou a exercer as funções de gerência e administração da sociedade. Percebe-se, assim, que o paciente está sendo responsabilizado por três delitos ocorridos em momento anterior à sua inclusão como sócio-gerente da empresa - em 22-10-2005, 29-10-2005 e, 25-3-2006, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois nos crimes praticados no âmbito de sociedades empresárias, para a instauração de processo criminal, deve-se demonstrar a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a função exercida pelo administrador na empresa (Precedentes).
3. Somente deve ser punido aquele que tem o poder de direcionar a ação da pessoa jurídica e que tem responsabilidade pelos atos praticados, sempre tendo como fundamento a existência de culpa e dolo - sob pena de operar-se a responsabilidade objetiva - de tal sorte que na hipótese dos autos o paciente não tinha o domínio da maioria dos fatos narrados na exordial, porquanto sequer fazia parte da pessoa jurídica denunciada, sendo inadmissível, portanto, a sua responsabilização por atos pretéritos ao seu ingresso e gestão na empresa. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95. CONDIÇÕES FORMULADAS PELO ÓRGÃO MINISTERIAL PERTINENTES COM A CAUSA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE OBSERVADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O art. 89 da Lei nº 9.099/95 dispõe que oferecido o benefício, serão impostas algumas condições legais e facultativas a serem cumpridas pelo acusado, de maneira que estas sempre deverão observar o princípio da proporcionalidade ou adequação para que sejam satisfeitos os objetivos da medida, quais sejam, a prevenção de novas infrações, bem como a extinção da punibilidade. 2. As condições estabelecidas pelo *Parquet* são pertinentes e se mostram adequadas aos fatos e à situação dos pacientes, não se vislumbrando evidente desproporcionalidade a ponto de invalidá-las, de tal sorte que não cabe ao Poder Judiciário, neste momento, adentrar na esfera de interesse da parte que poderá ou não aceitar a proposta

> de acordo com a sua disposição em cumprir os requisitos para evitar o prosseguimento da ação penal e eventual sentença condenatória. 3. Ordem parcialmente concedida (g.n.).
> *[HC 200802407394, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:13/12/2010].*

Estabelecido, assim, que, no caso concreto, os acusados, todos, efetivamente detinham o poder de gestão sobre o empreendimento, está presente a sua ingerência sobre o fluxo causal da conduta imputada, *o domínio do fato*, a desvelar autoria do delito aqui em causa, em conduta animada pelo o *dolo*, consubstanciado na vontade dirigida à prática do ato que vulnera as elementares dos tipos penais proibitivos de que aqui se cuida.

Por todas essas razões, tenho por comprovadas a *materialidade* e a *autoria*, para todos os acusados, do delito fiscal imputado na denúncia. Presente o elemento anímico da conduta a perfazer todos os recortes típicos penais das normas incriminadoras, entendo que há incursão penal relevante sobre a objetividade jurídica tutelada pela norma penal. Em se tratando, como visto de fato típico e ilícito, ausentes quaisquer causas de exclusão, quer de antijuridicidade, quer da culpabilidade, é *positivo* o juízo de censurabilidade das condutas indicadas na denúncia.

Nada obstante, pese não se mostrar possível a exclusão, seja da autoria, seja da culpabilidade de todos os acusados em relação aos fatos imputados na inicial acusatória, entendo que o evolver da instrução caminhou no sentido de demonstrar, satisfatoriamente, que o grau de envolvimento deles em relação às decisões gerenciais aqui discutidas foi diferente, de sorte a produzir algum reflexo sobre a *medida da culpabilidade* relativa aos delitos imputados. Deveras, de tudo o quanto se amealhou em instrução, e até mesmo foi confirmado pelos réus em seus respectivos interrogatórios, não restam dúvidas no sentido de que a atividade de gestão dos réus *MARCELO CUNHA CARPI e MARCELO ICARO MONTE VICTURE* se operava de forma mais próxima e conexa aos eventos aqui descritos, no que seus papéis na empresa eram voltados para a área de gestão administrativa e financeira do empreendimento. Daí porque, e embora não se possa isentar o acusado *ARISTIDES MARTINS* das responsabilidades imanentes à posição de sócio que exercia na empresa – e muito menos ser o caso de se reconhecer participação de somenos importância –, é de se ponderar que, em razão de sua atribuição, por assim dizer, *mais adjeta ou colateral* em relação aos fatos capitulados na denúncia, mostra-se justificável a consideração dessa circunstância no momento apropriado da dosimetria da pena.

Procede, por tais razões, e nestes termos, a pretensão punitiva do Estado.

> CRIME DE QUADRILHA. PRESCRIÇÃO PELO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA AO DELITO.
> Análise dos termos em que lavrada a denúncia oferecida pelo D. Órgão do Ministério Público Federal permite concluir que a inicial acusatória imputa aos ora requeridos a responsabilidade pela consumação dos delitos de que ali se trata no período que se estendeu entre janeiro de 2003 e dezembro de 2005.

Considerando a natureza *permanente* do delito de formação de quadrilha (*art. 288 do CP*), observa-se que o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva se dá com a cessação da permanência, nos termos de pacífica jurisprudência firmada no âmbito do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA

CORTE. PENAL. QUADRILHA, PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO URBANO E CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DELITOS PERMANENTES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício".

3. Os crimes imputados ao Paciente na denúncia, recebida em 27 de abril de 2010, são permanentes, nos quais o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência, diretamente relacionada à vontade do sujeito ativo do delito, que pode fazer cessar ou não a consumação dos delitos.

4. E, ainda que se considere que as condutas criminosas imputadas ao Paciente são instantâneas de efeitos permanentes, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do Estado, porque não transcorrido o prazo necessário.

5. Considerou o acórdão impugnado que a quadrilha agiu pelo menos até o recebimento da denúncia, tanto que, apesar de o parcelamento ilegal do solo urbano ter se iniciado há mais de dez anos, pelo menos até novembro de 2009, existiam lotes ilegais reservados para a venda.

6. Outrossim, a continuidade do loteamento irregular na área de conservação manteve e agravou danos ambientais iniciais. Foi constatada a existência de vegetação sendo ainda destruída e a contínua contaminação dos corpos hídricos do local, prolongando-se as lesões ao meio ambiente.

7. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 8. *Habeas corpus* não conhecido. Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora (g.n.).

[Acórdão n. 2011.01.31799-2; Classe: HC - *HABEAS CORPUS* – 209195; Relator(a): LAURITA VAZ; Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Órgão julgador: QUINTA TURMA; Data: 23/04/2013; Data da publicação: 30/04/2013; Fonte da publicação: DJE DATA:30/04/2013].

Ora, tomando em consideração que o intervalo temporal em que se deram as condutas imputadas aos acusados atingiu, no limite máximo, à competência referente ao mês de *dezembro/ 2005*, sem nenhuma evidência de que tenha se estendido para além disto, é esse o marco inicial, *dies a quo*, da fluência do prazo prescricional da pretensão punitiva estatal. Assim, e considerando-se o máximo da pena abstratamente cominada ao delito associativo (*3 anos*), verifica-se que, ao tempo em que recebida a denúncia (*art. 117, I do CP*), em *10/02/2014* (*fls. 358-v°*), já havia escoado, por inteiro, o prazo prescricional para a punibilidade desse delito, nos termos do *art. 109, IV do CP* (*8 anos*). Nesses termos, reconhecida, *com base na pena em*

abstrato, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, impõe-se, em relação a este delito, a *extinção de punibilidade dos acusados*, todos eles, nos termos do *art. 107, IV do CP*. É o que se proclama.

ABSORÇÃO DO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA PELO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. CONSUNÇÃO.

Preliminarmente, no que diz com a *materialidade* delitiva da conduta tipificada pelo *art. 299 do CP*, tenho que se encontra bem comprovada nos autos, já que restou cabalmente demonstrado que foi inserido no contrato social da empresa aqui investigada informação falsa, indicando como proprietário o corréu ARISTIDES MARTINS, fato desmentido, desde as investigações em sede policial, conforme declarações prestadas pelos acusados.

Por seu turno, a autoria para esse delito também se mostra absolutamente *inconteste*, na medida em que os acusados – cientes de que a empresa não pertencia àquele que estava declarado no documento – se valeram, de forma reiterada e habitual, de procurações outorgadas pelo interposto ou fictício proprietário (que, por sua vez, também tinha ciência de que o documento que lhe atribuía a propriedade da empresa era ideologicamente falso) para a finalidade de realizar transações comerciais e financeiras de seu interesse, em nome de terceiros, elidindo, ou ao menos tentando, a configuração da sujeição passiva relativa às obrigações tributárias correspondentes, que lhes pudessem atribuir qualquer responsabilidade sobre os fatos imponíveis, seja no âmbito fiscal, seja no criminal. Configurado, portanto, o delito de falsidade ideológica, seja no seu aspecto de materialidade, seja no de autoria.

Isso devidamente estabelecido, é de se ponderar, em primeiro lugar, que o delito de sonegação fiscal absorve o outro, autônomo, previsto no *art. 299 do CP*, na medida em que o crime de falsidade ideológica perpetrado pelos réus, não revela ostentar maior potencialidade lesiva do que aquela já desvelada pela sonegação fiscal aqui em questão, na medida em que utilizado como meio ou um desdobramento do *iter criminis* da conduta criminosa que redundou na supressão indevida de valores devidos ao Fisco pelos ora acusados.

Nesse sentido, tem entendido a jurisprudência, conforme se vê do seguinte julgado:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA PRATICADA COM O INTUITO DE SONEGAR TRIBUTO (IPVA). NARRATIVA CONSTANTE DA PRÓPRIA DENÚNCIA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.
> 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é aplicável o princípio da consunção quando os crimes de uso de documento falso e falsidade ideológica - crimes meio - são praticados para facilitar ou encobrir a falsa declaração, com vistas à efetivação do pretendido crime de sonegação fiscal - crime fim -, localizando-se na mesma linha de desdobramento causal de lesão ao bem jurídico, integrando, assim, o *iter criminis* do delito fim (EREsp n. 1.154.361/MG, Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 6/3/2014).
> 2. Segundo a denúncia, empresas do ramo de locação de veículos, localizadas no Estado da Bahia, com a finalidade de suprimir o pagamento do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) [...], promoveram a constituição fictícia de filiais no Estado do Tocantins, para registro de seus veículos no órgão de trânsito daquele Estado, a fim de usufruir de política tributária de incentivo ali promovida.
> 3. Encontrando-se a falsidade ideológica na linha de desdobramento causal de delito contra a ordem tributária, impõe-se a aplicação do princípio da consunção na hipótese vertente, afastando-se a existência de delito autônomo.
> 4. Recorrente não denunciado pelo delito contra a ordem tributária, em razão da extinção da

punibilidade, pelo pagamento integral do débito, antes do recebimento da denúncia.
5. Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0317765-10.2011.8.05.0001, em curso na 2ª Vara Criminal da comarca de Salvador/BA, com relação ao réu Joaquim Carlos de Carvalho Menezes (g.n.).
[RHC - RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* - 34312 2012.02.38521-5, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:09/02/2017].

Reconheço, portanto, a absorção do delito de falsidade ideológica (*crime-meio*) pelo de sonegação fiscal (*crime-fim*), que desvela o intuito finalístico da conduta dos acusados.

DA CONTINUAÇÃO DELITIVA

A conduta praticada pelos acusados, tal como constou da denúncia, ocorreu entre os meses de *janeiro de 2003* a *dezembro de 2005*. Observo que as condutas típicas praticadas, uma para cada mês em que não houve o recolhimento dos tributos devidos, foram praticadas em continuação, pela semelhança das condições de forma, tempo e local para o cometimento das infrações. Aplica-se, então, a causa de aumento do crime continuado (*art. 71, caput, do CP*) que, pela natureza do delito em pauta (geralmente é praticado em continuação) e, *in casu*, pelo período em que infrações cometidas (período de *35 meses*), deve ser fixada em *1/3* (um terço).

DA APLICAÇÃO E DOSIMETRIA DA PENA.

Nesta conformidade, passo à dosimetria, considerada, nos termos constitucionais a necessidade de individualização das penas aplicáveis, na medida das culpabilidades dos agentes envolvidos, na forma estabelecida pelo *art. 68 do CP*, nos seguintes termos:

PARA OS ACUSADOS MARCELO CUNHA CARPI E MARCELO ICARO MONTE VICTURE

Os réus aqui em causa estão denunciados segundo diversas incidências penais, em concurso material, ostentando idêntica situação no que tange às suas culpabilidades, de forma que procederei à dosimetria segundo cada qual das condutas, separadamente, como o objetivo de facilitar a compreensão.

Com relação ao delito de sonegação fiscal, previsto no *art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90*, atento às diretrizes do *art. 59 do CP*, observo, que os réus são tecnicamente primários, uma vez que não ostentam condenações criminais no quinquênio anterior aos fatos criminosos aqui desvelados. *Entretanto*, entendo que, nesta *primeira fase*, deva ocorrer *exasperação* em relação ao *mínimo* da *pena-base* a ser aplicada, não apenas em razão do papel de relativa preponderância, nos termos já anteriormente explicitados, desses acusados, no cometimento das infrações penais aqui em questão, mas também em razão do esquema bastante sofisticado da fraude perpetrada pelos agentes, que contava com a dissimulação dos verdadeiros responsáveis e/ ou interessados nas transações sujeitas à tributação suprimida, com emprego de procurações e mandatos fictícios para a realização das transações inquinadas, o que dificulta o processo atributivo de responsabilidade não apenas sob o prisma da tributação em si mesma, mas também sob o ponto de vista da *persecutio criminis*, o que revela maior potencialidade lesiva da conduta e periculosidade dos agentes com ela envolvidos. *Por outro lado*, entendo que outra consideração cabível para o momento é que o delito de sonegação fiscal de que aqui se cogita absorve o de falsidade ideológica (*art. 299 do CP*), circunstância que deve ser sopesada na dosimetria, vez que, consoante já se reconheceu, estão presentes os elementos de culpabilidade dos agentes também com relação a esse delito, embora que absorvido pelo delito fim de caráter fiscal. Por tais razões, entendo que a *pena-base* deva sofrer proporcional *exasperação* em relação ao *mínimo legal*, para fixá-la, nesta etapa, para esses acusados, em *4 anos e 6 meses*

de reclusão, o que considero necessário e suficiente a um juízo de censurabilidade da conduta praticada e à prevenção geral do delito[1].

Em segunda fase da dosimetria, verifico que não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a considerar.

Em terceira fase, atente-se para o fato de que estão presentes duas causas de aumento de pena, uma delas especial prevista em legislação extravagante (correspondente ao *art. 12, I da Lei n. 8.137/90* – conduta da qual resulta grave dano à coletividade, decorrente da magnitude da lesão perpetrada), e a outra prevista na Parte Geral do Código Penal (correspondente ao *art. 71* – crime continuado). Observe-se, nesse sentido, a gravidade da lesão perpetrada contra a objetividade jurídica tutelada pela norma incriminadora (*R$ 26.023.681,73* – valor atualizado para *04/10/2013*, cf. *fls. 346/347-vº do IPL*) bastante significativa para delitos dessa natureza, o que autoriza considerar essa circunstância para fins de estabelecimento da causa especial de aumento de pena, nos termos de pacífica jurisprudência, que indico:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ARTIGO 1º, I, DA LEI 8.137/90, C.C. O ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. PERÍCIA TÉCNICA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA. ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.
> 1. Réu condenado pelo cometimento do crime descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, mediante continuidade delitiva.
> 2. Evidenciada a materialidade do delito por meio de documentos oficiais expedidos pela própria Receita Federal, torna-se dispensável a realização de perícia técnica para demonstrar o que está comprovado por robusta prova documental acostada aos autos, alicerçada em inquérito policial instaurado em decorrência do procedimento-administrativo fiscal que goza de presunção de veracidade. Preliminar rejeitada.
> 3. A materialidade e a autoria delitivas restaram comprovadas pelo conjunto probatório.
> 4. A tese da inexigibilidade de conduta diversa não se aplica ao crime de sonegação fiscal, ao contrário do que ocorre nos crimes de apropriação indébita previdenciária, por envolver fraude.
> 5. Dolo configurado. O tipo penal descrito no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90, prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a perfectibilização do delito, que o sujeito queira não pagar, ou reduzir, tributos, consubstanciado o elemento subjetivo em uma ação ou omissão voltada a este propósito.
> 6. *Dosimetria. Pena aumentada na terceira fase, em um terço, em decorrência da aplicação do artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, vez que a quantia sonegada consistiu dano à coletividade.* De ofício, diminuída a fração de aumento face à continuidade delitiva para 1/3 (um terço), vez que a sonegação abrangeu quatro anos-calendário (2002 a 2005). Pena fixada definitivamente em 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços e prestação pecuniária,

1 Já antevendo a previsível e rotineira alegação de que a pena-base está superestimada para o caso concreto, adiro, em acréscimo ao que já consta do texto, as seguintes considerações: tendo por base – como já explicado – a sofisticação da conduta apresentada pelos agentes, bem como o grau relativo de preponderância dos mesmos em relação ao outro co-acusado, já se justificaria, isoladamente, o estabelecimento da pena-base para o delito previsto no art. 1º, I e II da Lei n. 8.137/90 em 3 anos e 6 meses de reclusão, justamente o patamar médio entre os extremos das reprimendas abstratamente consideradas para o tipo (2 a 5 anos). Agregando a isto a circunstância de que o delito aqui em causa absorve um outro de falsidade ideológica (*CP, art. 299*), tomando o *acréscimo* a tanto respeitante pelo *mínimo* da pena cominada ao crime-meio (*1 ano*), a pena-base atinge o patamar de *4 anos e 6 meses de reclusão*, justamente o valor estabelecido para fins de pena restritiva de liberdade *em primeira fase da dosimetria*.

em valor condizente com a situação econômica do acusado).
7. Valor unitário da pena de multa mantido.
8. Apelações a que se dá parcial provimento, para redimensionar a pena, substituindo uma das penas restritivas de direito pecuniária para prestação de serviços à comunidade e reduzir a prestação pecuniária. 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, rejeitar a preliminar arguida e, por maioria, DAR PARCIAL PROVIMENTO aos apelos da acusação e da defesa, para redimensionar a pena em decorrência do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90 e do ajuste, de ofício, na fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, fixando-a, definitivamente, em 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação pecuniária, destinada a entidade beneficente a ser definida pelo Juízo de Execução), no valor de 05 (cinco) salários mínimos e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, mantida, no mais, a sentença recorrida, nos termos do voto do relator Des. Fed. Paulo Fontes, acompanhado pelo Des.Fed. André Nekatschalow (g.n.).
[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 70658 0008102-84.2012.4.03.6106, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2018].

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, DA lei nº 8.137/1990). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INACEITÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. FRAÇÃO DE AUMENTO DO ART. 12, INCISO I, DA LEI 8.137/90 MANTIDA.
1. Materialidade e autoria comprovadas.
2. Para a configuração do delito previsto no artigo 1º, da Lei 8.137/90, exige-se tão somente o dolo genérico.
3. A alegação de dificuldades financeiras como excludente é inaceitável quando a conduta omissiva resulta de uma ação fraudulenta engendrada para reduzir ou suprimir as obrigações tributárias do contribuinte.
4. Dosimetria da pena. Manutenção da fração de aumento referente à causa especial de aumento de pena prevista no artigo 12, inciso I, da Lei 8.137/90.
5. Apelação da defesa desprovida. Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa de José Maria Albuquerque Maranhão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado (g.n.).
[Acórdão n. 0005740-46.2016.4.03.6114, Classe: Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL – 74549, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Órgão julgador: QUINTA TURMA, Data: 17/09/2018, Data da publicação: 25/09/2018, Fonte da publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2018].

Pois bem. Fixada a incidência da causa especial de aumento de pena (*art. 12, I da Lei n. 8.137/90*), juntamente com a causa geral decorrente da continuidade delitiva (*art. 71 do CP*), é de anotar que, nesses casos, de concomitância de causas de aumento de pena, previstas na partes especial e geral da legislação penal, tem entendido a jurisprudência de nossas Cortes Federais que, *em terceira fase da dosimetria*, as causas de aumento e de diminuição devem ser aplicadas *uma a uma*, no conhecido *"efeito cascata"*, considerando-se, *em primeiro lugar*, as causas especiais de aumento e de diminuição previstas na Parte Especial do Código Penal ou

da legislação extravagante, inerentes ao tipo penal, e, *no momento subsequente*, as causas de aumento e de diminuição da Parte Geral. Nesse sentido, indico excerto de valioso precedente do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, assim ementado:

> PROCESSUAL PENAL E PENAL: DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS EM CONCURSO MATERIAL COM O DELITO AUTÔNOMO PREVISTO NO ARTIGO 36 DA LEI 11.343/06. RECLASSIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO NO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS NO ARTIGO 35 COMBINADO COM A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VII, AMBOS DA LEI DE DROGAS. EMENDATIO LIBELLI. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO BENÉFICA AO RÉU. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO. EFEITO CASCATA. REGIME FECHADO MANTIDO.
> (...)
> XVI - Na terceira fase da dosimetria as causas de aumento e de diminuição de pena devem ser aplicadas uma a uma, no chamado efeito "cascata", e não somadas e depois aplicadas de uma única vez. Além disso, as causas de aumento e de diminuição da Parte Especial do Código Penal, inerentes ao tipo penal, devem ser aplicadas em primeiro lugar, ao passo que as causas de aumento e de diminuição da Parte Geral devem ser aplicadas na sequência. Nesse sentido: STJ, AgREsp 1021796, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 6ª Turma, j. 19/03/2013, DJe 17/04/2013.
> XVII - À vista do caso concreto, na terceira fase, a pena deve ser aumentada à razão de 5/8, dada a extensão e magnitude da atividade criminosa imputada ao ora apelante, tornando-se definitiva a pena de 06 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 1.516 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.
> XVIII - Para determinação do regime inicial (...) (g.n.).
> [Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 58943 0001106-61.2007.4.03.6004, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016].

Atento a esta orientação, verifica-se, em primeiro lugar, a presença da *causa especial de aumento* decorrente do expressivo dano à coletividade revelado pela conduta incriminada, o que eleva a *pena-base* aplicada ao patamar mínimo de 1/3, previsto no *art. 12, I, da Lei n. 8.137/90*, do que resulta, nesta operação, a pena privativa de liberdade de *6 anos de reclusão*.

Além disso, presente a causa geral de aumento de pena concernente ao *crime continuado* – eis que as condutas relativas a crime de mesma espécie foram praticadas no mesmo período e no mesmo lugar e, pela forma de sua execução, devem ser havidas como continuação da primeira –, razão pela qual entendo cabível, nos termos do *art. 71 do CP*, a imposição de um aumento de pena no patamar de 1/3. Assim, a pena privativa de liberdade passa a ser de *8 anos de reclusão*, que, à míngua de qualquer outra causa modificativa torno definitiva para o caso em apreço.

Quanto à *pena de multa*, atento às mesmas diretrizes, e de modo a guardar uma relação de proporcionalidade em relação à pena corporal aqui aplicada, fixo-a em *350 dias-multa*, para cada qual dos réus, de valor unitário estabelecido em *1/30* (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data de consumação do fato.

Estabeleço, para *início* de execução, *regime semi-aberto*, nos termos do que prescreve o *art. 33, § 2º, 'b' do CP*.

PARA O ACUSADO ARISTIDES MARTINS

Da mesma forma, nos termos do *art. 59 do CP*, observo, que o réu ora em causa é

tecnicamente primário. Daí porque, *em primeira fase* da dosimetria, no que toca ao delito previsto no *art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90*, considerando – *nos termos já anteriormente explicitados* – a relativa sofisticação da fraude perpetrada pelos agentes, a dificultar não apenas o processo de definição da sujeição passiva ao recolhimento dos tributos que seriam devidos, mas também a atribuição da responsabilidade criminal em relação aos ilícitos praticados, tudo a descortinar maior potencialidade lesiva da conduta e periculosidade dos agentes com ela envolvidos, a absorção do crime-meio de falsidade ideológica (*art. 299, CP*), bem como o *papel mais adjuvante desse acusado* em relação aos eventos aqui em estudo, nos termos já anteriormente reconhecidos, entendo que a *pena-base* deva sofrer exasperação em relação ao *mínimo legal*, para fixá-la, nesta etapa, para esse acusado, em *4 anos e 3 meses de reclusão*, o que considero necessário e suficiente a um juízo de censurabilidade da conduta praticada e à prevenção geral do delito[2].

Em segunda fase da dosimetria, verifico que não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a considerar.

Em terceira fase da dosimetria, verifico, tal como já consignado anteriormente, a presença de dupla causa de aumento de pena, uma delas especial prevista em legislação extravagante (*art. 12, I da Lei n. 8.137/90*), e a outra prevista na Parte Geral do Código Penal (*art. 71*). Assim, e consideram-se as concausas de aumento de pena *uma a uma*, em primeiro lugar, as causas especiais previstas na legislação extravagante, e, no momento subsequente, as causas da Parte Geral do Código Penal (nesse sentido: *Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 58943 0001106-61.2007.4.03.6004, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016*). Deste modo, verifica-se, em primeiro lugar, a presença da causa especial de aumento decorrente do expressivo dano à coletividade revelado pela conduta incriminada, o que eleva a *pena-base* aplicada ao patamar mínimo de ☐ (*art. 12, I, da Lei n. 8.137/90*), do que resulta, nesta parcial, pena privativa de liberdade de *5 anos e 8 meses de reclusão*. Além disso, presente a causa geral de aumento de pena concernente ao crime continuado, razão pela qual é cabível, nos termos do *art. 71 do CP*, a imposição de um aumento de pena no patamar de ☐. Assim, a pena privativa de liberdade passa a ser de *7 anos 6 meses e 20 dias de reclusão*, que, à míngua de qualquer outra causa modificativa *torno definitiva* para o caso em apreço.

Quanto à pena de multa, atento às mesmas diretrizes, e de modo a guardar uma relação de proporcionalidade em relação à pena corporal aqui aplicada, fixo-a em *300 dias-multa*, de valor unitário estabelecido em *1/30* (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data de consumação do fato.

Estabeleço, para *início* de execução, *regime semi-aberto*, nos termos do que prescreve o *art. 33, § 2º, 'b' do CP*.

Em razão da natureza do delito praticado, do caráter e da quantidade das penas aplicadas, da extensão da lesão resultante da conduta perpetrada, totalmente inviável e não recomendada, para todos os acusados, a conversão das penas restritivas de liberdade aqui aplicadas em restritivas de direitos, bem como a aplicação dos benefícios de suspensão condicional das

2 Nos mesmos termos já consignados anteriormente em relação aos demais co-réus, tendo por base a sofisticação da conduta apresentada, bem assim a relativa adjuvância da participação desse acusado nos fatos se mostraria justificável o estabelecimento da *pena-base* para o delito previsto no art. 1º, I e II da Lei n. 8.137/90, para esse acusado, em 3 anos e 3 meses de reclusão, pouco menos que a metade entre os extremos das reprimendas abstratamente consideradas para o tipo (2 a 5 anos). Agregando a isto a absorção do crime de falsidade ideológica (*CP, art. 299*), tomando o acréscimo a isto relativo pelo mínimo da pena cominada ao crime-meio (*1 ano*), a pena-base atinge o patamar de *4 anos e 3 meses de reclusão*, justamente o valor estabelecido para fins de pena restritiva de liberdade *em primeira fase da dosimetria*.

penas impostas.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, a presente ação penal, e o faço para:

(A) DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE do acusado ROGÉRIO APARECIDO THOMÉ, devidamente qualificado nos autos, das imputações constantes da denúncia, em razão do seu óbito certificado nos autos, o que faço com fundamento no art. 107, I, do CP;

(B) RECONHECER A PRESCRIÇÃO da pretensão punitiva do Estado, pela pena máxima cominada em abstrato, relativamente ao delito previsto no art. 288 do CP, e, nessa conformidade, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE dos acusados, todos eles, em relação ao delito capitulado nesse tipo penal, na forma do art. 109, IV c.c. art. 107, IV, ambos do CP;

(C) CONDENAR o acusado MARCELO CUNHA CARPI, devidamente qualificados nos autos, como incurso nas sanções do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90 c.c. o art. 71 do CP, impondo-lhe, em razão disso, pena privativa de liberdade de 8 anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto (art. 33, § 2º, 'b' do CP)*, bem como à pena de multa fixada em 350 dias-multa, de valor unitário estabelecido em 1/30 do salário mínimo vigente à data de consumação do fato;*

(C) CONDENAR o acusado MARCELO ICARO MONTE VICTURE, devidamente qualificados nos autos, como incurso nas sanções do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90 c.c. o art. 71 do CP, impondo-lhe, em razão disso, pena privativa de liberdade de 8 anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto (art. 33, § 2º, 'b' do CP)*, bem como à pena de multa fixada em 350 dias-multa, para cada réu, de valor unitário estabelecido em 1/30 do salário mínimo vigente à data de consumação do fato;*

(D) CONDENAR o acusado ARISTIDES MARTINS, devidamente qualificado nos autos, como incurso nas sanções do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90 c.c. o art. 71, do CP, impondo-lhe, em razão disso, pena privativa de liberdade de 7 anos e 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semi-aberto (art. 33, § 2º, 'b' do CP)*, bem como à pena de multa fixada em 300 dias-multa, de valor unitário estabelecido em 1/30 do salário mínimo vigente à data de consumação dos fatos.*

Condeno os acusados ao pagamento das custas processuais.

As penas de natureza pecuniária deverão ser atualizadas, à época da execução, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª região.

Com o trânsito, lancem-se os nomes dos acusados no Rol dos Culpados, extraindo-se ofício dirigido à Justiça Eleitoral, para os fins do art. 15, III, da CF, bem como aos demais órgãos de estatística.

Ciência ao Ministério Público Federal.

P.R.I.

Botucatu, 12 de novembro de 2018.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE
0005471-63.2013.4.03.6000

Autores: MIRIAN ALVES CORREA, ENIO ALVES CORREA – ESPÓLIO, ELVIRA MAIRA ALVES CORREA – ESPÓLIO, MÔNICA ALVES CORREA CARVALHO DA SILVA E NILTON CARVALHO DA SILVA FILHO
Réus: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, UNIÃO FEDERAL E COMUNIDADE INDÍGENA DE TAUNAY/IPEGUE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Juiz Federal: RENATO TONIASSO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2018

Trata-se de Ação de Reintegração de Posse através da qual os autores pleiteiam provimento jurisdicional que os reintegre na posse do imóvel rural denominado "Fazenda Esperança", localizado no Município de Aquidauana, MS, e registrado junto ao Cartório de Registro de Imóveis – CRI – da Comarca local, sob a matrícula originária nº 10.096.

Alegam ser legítimos proprietários e possuidores do imóvel, e que, apesar de exercerem posse mansa e pacífica sobre o bem há mais de um século, em 31/05/2013 o mesmo foi invadido por inúmeros indígenas liderados pelos caciques das Aldeias de Bananal, Lagoinha, Água Branca e Imbirussú.

Noticiam que, a exemplo de outras invasões da espécie, ocorridas, recentemente, em Mato Grosso do Sul, nesta os índios cobram a ampliação da reserva indígena daquela região (Terra Indígena Taunay-Ipegue), o que, aliás, é o objeto da Portaria nº 553 de junho de 1999.

Assim, diante do flagrante esbulho possessório ocorrido, aduzem não lhes restar alternativa senão a de buscar proteção jurisdicional (artigo 5º, XXII, CF), o que fazem através da presente ação.

Juntaram os documentos de fls. 18-202 e 208.

Intimadas para dizer sobre o pedido de medida liminar (fls. 180-182), as rés manifestaram-se às fls. 209-229 (Comunidade Indígena e FUNAI) e 230-234 (União) e o MPF às fls. 239-254.

O pedido de liminar foi deferido *"para o fim de determinar a reintegração dos autores, na posse do imóvel objeto desta ação, ficando desde já autorizada a utilização de força policial se, decorrido o prazo de 10 (dez) dias, os índios não tenham desocupado espontaneamente o imóvel – esse será o prazo de que dispõe a FUNAI para tentar alcança tal desiderato"* (fls. 329-333).

Contra essa decisão, as rés interpuseram recurso de Agravo de Instrumento (fls. 346-349, 376-398-v e 404-442) e a FUNAI apresentou pedido de reconsideração (fls. 357-359).

Os autores noticiaram a ocorrência de animosidades e ameaças no local, por parte dos indígenas, e, por essa razão, pugnaram pelo envio de tropas federais, para o imóvel rural invadido, a fim de se resguardar a paz social e a integridade física de todos os que lá se encontram (fls. 352/354).

Pela decisão de fls. 361-362 foi mantido o deferimento do pedido de medida liminar e restou determinada a expedição de ofício requisitando força policial, nos termos da decisão reconsideranda.

O Ministério Público Federal - MPF - apresentou pedido de dilação de prazo para o cumprimento da decisão liminar (fls. 364-373).

Nos Agravos de Instrumento interpostos pelas rés foram indeferidos os pedidos de suspensão dos efeitos da decisão concessiva da medida liminar (fls. 443-452, 453-462 e 463-472); mas a FUNAI, irresignada, apresentou Pedido de Suspensão de Liminar ao Presidente do TRF-3, com base no art. 4º da Lei nº 8.437/92, e teve o seu pedido deferido (fls. 477-481).

Citadas, a União e a FUNAI apresentaram contestações (fls. 497-504 e 507-526-v, respectivamente). Alegam que a posse indígena sobre a área em questão é um direito congênito, primário e garantido pela Constituição Federal aos silvícolas (artigo 231), bem como pela Lei nº 6.001/73 (artigos 22 a 25); e que essa área é objeto de processo administrativo de reconhecimento da ocupação tradicional indígena (processo da FUNAI nº 0289/95), cujo relatório de identificação e delimitação já foi aprovado pela autarquia indigenista. Defendem, por fim, que, na análise de valoração do mal maior, a execução de uma medida reintegratória é inegavelmente mais ofensiva e traumática do que a espera pela decisão administrativa; e que a melhor posse na área em disputa é a indígena. Postulam pela improcedência dos pedidos da ação.

Réplica às fls. 636-637.

Na fase de especificação de provas nada foi requerido (fls. 637, 639, 640, 727 e 956).

Contra a decisão do Presidente do TRF-3, que deferiu o pedido de suspensão da medida liminar, os autores interpuseram Agravo Regimental, ao qual, por maioria, foi dado provimento (fls. 644-664).

Aos Agravos de Instrumento interpostos pela rés, a Primeira Turma do E. TRF-3, por unanimidade, negou provimento, conforme comprovam documentos juntados às fls. 667-669 e 672-718.

Ato seguinte, os autores requereram o imediato cumprimento da medida liminar de reintegração de posse (fls. 665, 670-671). Todavia, o Juízo determinou a prévia manifestação dos réus e do MPF (fl. 719). Contra essa decisão os autores interpuseram novo Agravo de Instrumento (fls. 728-753) e Reclamação perante o TRF-3. Em decisão preliminar, na Reclamação, foi determinada a suspensão da decisão recorrida (fls. 760-814).

Diante da decisão proferida na Reclamação, foi determinada a reintegração dos autores na posse do imóvel invadido (fls. 816-817-v). Em face dessa decisão, a União interpôs Embargos de Declaração; que foram rejeitados (fls. 886-887-v e 889-889-v).

O MPF pediu reconsideração da decisão *"que deferiu a liminar de reintegração de posse para revogá-la, manutenindo-se a posse do imóvel em favor da Comunidade Indígena de Taunay-Ipegue"* (fls. 824-830). Após manifestação dos autores (fls. 891-892), o pedido foi indeferido (fls. 893-894).

Restou juntado aos presentes autos cópia da decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal - STF, na Medida Cautelar de Suspensão de Liminar nº 1076, requerida pela FUNAI, onde foi deferido *"o pleito de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo juízo da Primeira Vara Federal (...) até a prolação de sentença de mérito a ser proferida no processo de origem"* (fls. 899-913 e 915-922).

Ao Agravo de Instrumento interposto pelos autores em face da decisão de fl. 719 foi negado provimento (fls. 930-930-v e 957-960).

É o que se fazia necessário *relatar.*

Passo a *decidir.*

Considero que, de um modo geral, o direito mostra-se adensado na razão inversa da extensão dos fundamentos usados para a sua defesa: quanto mais for necessário argumentar, para se tentar demonstrá-lo, menos provável será a sua existência. No entender de muitos,

seria ele prático e, sobretudo lógico; fruto do *bom senso* e, por isso, facilmente perceptível ao homem chamado "comum", não versado nas ciências jurídicas. Mas este último atributo, na fina ironia de Descartes, não é de fácil identificação: *"O bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo: pois cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer coisa não costumam desejar mais bom senso do que têm."*[1]

À luz do CPC em vigor quando do ajuizamento da presente ação (atual CPC, artigo 561), a reintegração de posse era cabível no caso de esbulho, desde que comprovadas as seguintes circunstâncias:

> Art. 927. Incumbe ao autor provar:
> I - a sua posse;
> Il - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
> III - a data da turbação ou do esbulho;
> IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

No presente caso, com efeito, tenho que esses requisitos estão suficientemente demonstrados nos autos.

Conforme já dito quando do deferimento do pedido de medida liminar (fl. 330), com todo o respeito aos que pensam de modo diverso, entendo que a proteção da posse, em casos da espécie – quando de *qualquer* dos lados da lide estiverem índios e/ou não-índios – deve, sim, ser analisada a partir da legislação infraconstitucional, nos termos do disposto nos artigos 1.210 do Código Civil e 560 e seguintes do Código de Processo Civil.

A posse *sui generis* defendida pelo MPF (*Para os indígenas, a posse da terra possui um significado cultural muito mais relevante que a dos não-índios, especialmente quando na área nasceram, cresceram e morreram seus ascendentes. A terra é um liame que conecta a sociedade indígena em torno de um fim comum* – fl. 245), além de se identificar mais como domínio, deve ser tratada no plano normativo, para a fixação do direito de uso dos indígenas, ainda que com particularidades em relação ao direito dominial dos não índios (e isso foi feito, *v. g.*, na Constituição Federal, em seu Capítulo VIII).

No plano efetivo, a proteção do direito de posse tem que ser igualitária. Afinal, posse é fato, e, em sendo assim, tanto vale para índio, como para não índio. Não podem existir posses sobrepostas, meia posse ou posse fragilizada, assim como não podem ser relativizadas, por exemplo, a presença física de alguém (a pessoa está ou não está em um determinado lugar), a honestidade, etc. Caso não índios invadam terras indígenas e a Justiça seja acionada, o tratamento deverá ser o mesmo dispensado em se tratando de invasão de terras particulares por índios. A tomada à força representa autotutela, o que não é tolerado pelo Direito. Permitir a autotutela, em casos tais, seria liberar o caminho da barbárie, a semear ódios e vinganças, caminho esse do qual a Humanidade luta desde os seus primórdios para se afastar. A falta de segurança jurídica, a ser gerada pela exegese defendida pelo MPF, pode influir negativamente na atividade econômica do País, e, inclusive, se voltar contra os próprios indígenas, produzindo retrocessos sociais, e, por consequência, maculando o interesse público. A virtude, em termos exegético-normativos, na espécie, está no meio: em se resguardar de igual forma a posse, quer seja de índios ou de não índios (*Virtus in medium est*)[2].

1 DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fortes, 2001, p. 5.
2 Santo Tomás de Aquino, Século XIII.

No presente caso, em se confirmando que a área em questão é de ocupação tradicional indígena, nos termos do disposto no artigo 231 da CF, soa-me lógico concluir-se que em algum momento do passado os indígenas perderam a posse sobre ela, uma vez que posse é fato e que, até a invasão de que se trata nestes autos, inquestionavelmente os autores detinham a posse do imóvel.

Assim, o direito originário dos indígenas, sobre as terras que lhe são afetadas, conforme já dito, pode até ter um tratamento diferenciado, em relação ao direito de propriedade dos não índios, como querem as rés e o MPF, mas esse direito, que é material, ao ser deduzido, mesmo com essa particularidade, há que respeitar o direito de posse de quem quer que esteja ocupando o imóvel – a ser apurado nos termos da lei, sob pena de se instalar no País dois sistemas de proteção possessória: um, geral, para os não-índios, nos termos do CPC, mas que *cede* em se tratando de esbulho praticado por índios; e outro, para os índios, que se vale do direito geral de proteção, em se tratando de esbulho possessório cometido contra áreas indígenas já demarcadas, mas que *não respeita* a posse alheia quando os esbulhadores são indígenas. Tudo a instalar um verdadeiro caos institucional, com reflexos negativos para toda a sociedade e, inclusive, sobre os próprios índios, que acabam granjeando ódios e ressentimentos – o que, aliás, já está ocorrendo neste Estado -, sendo que o ordenamento jurídico posto disponibiliza tratamento uniforme e adequado para essas situações.

Com efeito, o artigo 560 do Código de Processo Civil – CPC -assegura ao possuidor o direito de ser reintegrado na posse em caso de esbulho, cabendo ao interessado provar, no termos do artigo 561, do mesmo *codex*, os seguintes requisitos: 1) a sua posse; 2) o esbulho praticado pelo réu; 3) a data desse esbulho; e, 4) a perda da posse, de sua parte.

No presente caso, através dos documentos de fls. 29-168, os autores lograram comprovar a posse do imóvel descrito na inicial, o esbulho praticado por indígenas, e, bem assim, a data em que tal fato ocorreu (31/05/2013). Esses documentos também demonstram a perda da posse pelos autores, bem como a tensão existente no local. As rés e mesmo o MPF não negam esses fatos. Pelo contrário, até os admitem.

Pois bem. Ao argumentar que os indígenas estariam ocupando terras que a Constituição lhes assegura, as rés e o MPF estão admitindo o exercício da autotutela. Então é de se perguntar se os chamados "fazendeiros" entenderem que terras no interior de alguma aldeia lhes pertencem, por não se tratar de terra indígena, poderão eles, por força própria, retomar essas áreas?

O parecer do MPF fala também que a área que estaria sendo *retomada* pelos indígenas é *"imprescindível para a preservação dos recursos ambientais fundamentais para o bem-estar da população indígena",* não havendo como não incidir no caso os mandamentos constitucionais previstos no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 (fl. 241).

Esse dispositivo materializa norma de cunho programático, mais voltada para a Administração Pública, e que não pode sobrepujar cânones jurídicos também expressos na Carta Política e consolidados na prática da vida diária, como o direito de propriedade e a proteção à posse. Se há necessidade de se ampliar as reservas indígenas, o Poder Executivo Federal deve agir: poderá, é claro, demarcar áreas indígenas ocupadas irregularmente por não índios, mas terá que fazê-lo dentro dos parâmetros da lei, respeitando, até o final do procedimento/processo, eventuais direitos de propriedade e de posse já estabelecidos. Poderá, também, desapropriar as áreas necessárias para tanto, caso não as encontre pela sistemática anterior, ou, mesmo as encontrando, estas sejam insuficientes.

Aliás, nesse sentido, é de bom alvitre que os indígenas tenham em mente que a celeridade na resolução dos seus problemas fundiários depende muito mais do Poder Executivo Federal

do que do Poder Judiciário. Se o Governo Federal resolver instaurar os procedimentos/processos demarcatórios que preencherem os requisitos legais e se mantiver dentro da lei, esses instrumentos jurídicos tenderão a andar de forma mais célere do que atualmente se verifica.

O fato de o procedimento/processo administrativo de demarcação e ampliação da Terra Indígena Taunay-Ipegue estar em fase adiantada (publicação da Portaria Ministerial Declaratória nº 497 em 02/05/2016) não permite que os índios tomem à força a posse da área demarcanda, o que, conforme já dito, deverá se dar apenas mediante decreto homologatório do Presidente da República, nos termos do artigo 5º, do Decreto nº 1.775/96[3].

Enquanto não concluído o processo de demarcação de terras não há como se atestar que a terra ocupada pertence à Etnia Taunay-Ipegue, devendo ser prestigiado o princípio da segurança jurídica.

No presente caso, considerando que a questão foi levada a Juízo, os indígenas deveriam aguardar uma decisão definitiva a respeito.

O Poder Judiciário não pode demarcar terras indígenas e nem adquirir terras particulares para ampliar aldeias – isso é tarefa da Administração. O que lhe cabe é dizer o Direito, nos casos em que é chamado a intervir. Mas isso, conforme já exposto, deve se dar de modo uniforme e nos termos da legislação de regência, qualquer que seja a parte envolvida.

Nesse sentido, trago os seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁREA DE POSSÍVEL OCUPAÇÃO INDÍGENA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.
> 1. Cuida-se, na origem, de ação de reintegração de posse de imóvel rural do qual os autores são proprietários, que está em processo demarcatório e que foi invadido por um grupo de indígenas da etnia kaingang.
> (...) 3. No caso dos autos, está comprovada a invasão de propriedade particular pelos índios, em área é ocupada por não indígenas há mais de 30 (trinta) anos, conforme cadeia dominial juntada com a inicial. É certo que o próprio representante do grupo de famílias indígenas declarou que ocuparam a área, limitando-se a defender a legitimidade do ato sob o argumento de que a área não vinha sendo utilizada para plantio. Não há elementos que permitam afirmar tratar-se, de fato, de terra indígena, inexistindo algum dado concreto e definitivo capaz de demonstrar que a área, objeto desta ação, pode ser considerada terra tradicionalmente ocupada por indígenas.
> 4. Conforme exposto pelo parecer do Ministério Público Federal, "observa-se que o imóvel identificado na inicial objeto da demanda, está devidamente registrado no cartório competente, e, nela consta como proprietários os autores Irineu Suzano, com origem determinada, aquisição de boa-fé, há de se respeitar a transcrição imobiliária sem vicio em favor dos autores Irineu Suzano, esposa e filhos e sobre tudo o direito de propriedade consagrado na Constituição Federal".
> 5. *Em caso semelhante ao dos autos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, ainda que venha a ser provado que a área tenha sido habitada por indígenas, circunstância em que o direito à posse seria deles, invasões não podem ser convalidadas pelo Judiciário, sendo necessário o cumprimento do devido processo legal. Precedente: AgRg na SLS 1.318/BA, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 6/6/2011.*
> 6. Agravo Interno não provido.
> (AIRESP 201502451546, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:

3 Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

25/04/2017) – grifei.

CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FUNAI. ETNIA PITAGUARY. PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS EM CURSO. POSSE JUSTA E DE BOA-FÉ. ESBULHO. IMPOSSIBILIDADE DA AUTOTUTELA. MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO. ART. 5º, XXXV DA CF/88.
(...)
III. Cuida-se de pedido de reintegração de posse veiculado contra terreno que está em processo de demarcação de terras pela FUNAI.
IV. Narra a parte autora/apelada que no dia 12 de dezembro de 2003 foi invadido seu imóvel situado no Sítio Santo Antônio do Pitaguary, em Maracanaú/CE, medindo aproximadamente 25 (vinte e cinco) hectares, por índios da Etnia Pitaguary, representados pelo Cacique Daniel.
V. Compulsando os autos, verifica-se que o resumo e relatório de identificação e delimitação da terra indígena Pitaguary, no qual se concluiu que (fl. 82): "A demarcação da terra indígena Pitaguary representa, assim, o cumprimento precípuo de uma obrigação constitucional, constituindo condição básica para a sobrevivência física e cultural da sociedade indígena que tradicionalmente a ocupa", foi aprovado pela FUNAI e publicado no Diário Oficial da União em 5 de julho de 2000 (fl. 84).
VI. Apesar de constar nos autos a informação da existência de Portaria do então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos declarando a posse permanente dos indígenas sobre a terra Pitaguary, datada de 2003 e publicada no DOU em 18 de dezembro de 2006 (fls. 2.698/2.699), percebe-se que o processo de demarcação das terras ainda está em curso, conforme afirma, inclusive, a própria FUNAI, à fl. 2.809.
VII. *Essa egrégia Corte já decidiu que: "Até que se ultimem os atos de regularização fundiária, com a efetiva demarcação da terra, indenização do possuidor pelas benfeitorias e promulgação do decreto homologatório, exsurge legítimo o exercício do direito de retenção e a posse do agravante sobre o imóvel litigioso"* (Quarta Turma, AG/SE 08018488520154050000, Rel. Des. Federal Convocado Cesar Carvalho, unânime, Julgamento: 20/08/2015), e também que: *"Comprovado nos autos que houve a invasão e a indevida retenção de partes do imóvel objeto da presente reintegração de posse pelos Réus, configurando-se, assim, ameaça à posse do Autor, possuidor de boa-fé, é de ser confirmada a sentença, que determinou a sua reintegração na posse do referido imóvel"* (Terceira Turma, AC 566120/RN, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, unânime, DJE: 06/05/2014 – Pg. 81).
(...).
X. *Assim, havendo o esbulho e perda da posse pelo justo possuidor deve ser determinada sua reintegração na posse do imóvel anteriormente ocupado, sob pena de prestigiar-se o descumprimento do monopólio da jurisdição, pondo-o abaixo das medidas administrativas e ferindo também o direito de ação previsto no art. 5º, XXXV da CF/88, que prevê o controle jurisdicional para os direitos ameaçados ou lesados.*
XI. Apelações do Cacique Daniel, da FUNAI e da União improvidas.
(AC 200481000231357, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::20/11/2015 - Página::72.) – grifei.

Diante do que restou exposto, *julgo procedente* o pedido material da presente ação, para os fins de *determinar a reintegração* dos autores na posse do imóvel rural descrito na inicial, denominado Fazenda Esperança, localizado no Município de Aquidauana/MS, de propriedade dos mesmos, e, bem assim, que os indígenas que ocupam o imóvel, *de lá se retirem* no prazo de 10 (dez) dias, fixado na decisão liminar, a contar da data da intimação desta sentença, sob pena de utilização dos meios cogentes, necessários a tal desiderato. Declaro resolvido o mérito da lide, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Custas, nos termos da lei. Pelos princípios da sucumbência e da causalidade, *condeno* as rés, *pro rata,* ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em *R$ 10.000,00* (dez mil reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC.

Ao SEDI, para incluir a Comunidade Indígena de Taunay/Ipegue no polo passivo, nos termos da decisão de fls. 329-333.

*P*ublique-se. *R*egistre-se. *I*ntimem-se.

Campo Grande, MS, 13 de julho de 2018.

Juiz Federal *RENATO TONIASSO*

MANDADO DE SEGURANÇA
5012609-45.2017.4.03.6100

Impetrante: LDCG
Impetrados: DELEGADA DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE PESSOAS FÍSICAS EM SÃO PAULO, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Trata-se de mandado de segurança por meio do qual o autor postula a concessão deprovimento jurisdicional para que a autoridade impetrada se abstenha de dispensar tratamento jurídico aos ganhos obtidos em 2013, 2014 e 2016 com como *stock options* se remuneração do trabalho fosse, afastando, assim, a incidência de IRPF com alíquota de 27,5% *in casu*. Subsidiariamente, postula o abatimento do valor já pago a título de IRPF sobre ganho de capital (entre 15% e 22,5%) ou, pelo menos, o reconhecimento de tal crédito para fins de compensação administrativa ou via precatório, a critério do juízo.

Isso porque, segundo o impetrante, as *stock options* não se constituem em contraprestação pelo trabalho, não se sujeitando ao regime jurídico-tributário própria da remuneração pelo emprego de mão-de-obra, mas sim daquele relativo aos contratos de natureza cível mediante a incidência de IRPF sobre o ganho de capital. Na visão do autor, haveria incidência do IRPF, mas a título de ganho de capital (alíquota de 15%) ao invés ser dispensado tratamento como se remuneração fosse (incidência de IRPF com alíquota de 27,5%).

Foi deferida a liminar.

Aditou-se a exordial para incluir no pleito o pedido de abstenção de exigência de tributação das *stock options* como se remuneração fosse em relação ao ano de 2012 e daqueles futuros.

Foi ratificada a liminar e determinada a notificação.

A autoridade impetrada prestou informações, aduzindo que a renda dá-se direta ou indiretamente, sendo este último o caso das *stock options*, por meio das quais adquire-se por menos aquilo que na realidade vale mais. Teceu considerações sobre a relação entre risco da operação e caráter remuneratório ou mercantil da avença e acerca da possibilidade das *stock* estarem sendo usadas como meio (indevido) para diminuição da carga *options* tributária sobre a renda.

A União pediu seu ingresso no feito e deduziu embargos de declaração que foram rejeitados.

Contra a decisão foi manejado agravo de instrumento. Em juízo de retratação, reconsiderei parcialmente a decisão para ressalvar eventual lançamento tributário apenas para evitar decadência.

O MPF opinou pelo prosseguimento do feito, sem sua intervenção.

A União peticionou para arguir questão de ordem pública consistente no fato do domicílio do autor estar situado na cidade de Santos/SP, de modo que a autoridade coatora e a competência seriam diversas daquelas reconhecidas até o presente momento processual. Aduz que, assim, resta evidente a ilegitimidade passiva. Aduz, ainda, que a espécie de alegações do impetrante revelam a inadequação da via eleita.

Oportunizado o contraditório, o autor reafirmou seu domicílio nesta capital e juntou

documentos aos quais deu-se vista à União que, por sua vez, aduziu que o impetrante reconhece que é a Delegacia da Receita Federal de Santos que está realizando a fiscalização, de forma que a autoridade impetrada não é aquela indicada na exordial, o que impõe a extinção do presente feito por ilegitimidade passiva.

Instado a manifestar-se sobre a questão, o impetrante aduz que a fiscalização por parte da Receita Federal em Santos iniciou quando já ajuizado o presente *mandamus* e que a atuação daquela Delegacia dá-se apenas em razões do próprio interesse do Fisco, não se podendo comprometer o acesso à justiça por isso.

É a suma do processado.

1 - Da competência, da autoridade coatora e do domicílio do autor:

O mandado de segurança foi impetrado em 18 de agosto de 2017, tendo o impetrante informado seu domicílio, nesta cidade de São Paulo. Em declaração de IRPF enviada em 17 de abril do mesmo ano (2017) foi informado o mesmo endereço à Receita Federal. Igualmente, Termo de Início de Procedimento Fiscal aponta referido endereço. Por outro lado, nenhuma prova aponta em sentido diverso, tendo se revelada infundada a imputação feita pela União.

A autoridade coatora ser ou não o órgão fiscal santista revela-se sem importância no caso por diversas razões.

Primeiramente, pelo início da fiscalização (23.08.2018) ser posterior ao ajuizamento da ação constitucional, o que, segundo previsão normativa já tradicional no Direito brasileiro, não muda a competência (art.43 do CPC). Note-se que a alteração não reflete uma lídima alteração de competência funcional na medida em que se deslocou no interesse e comodidade da Administração Pública, alterando-se apenas o aspecto territorial do exercício da função pública fiscal no caso.

Além disso, mais importante ainda se mostra o fato de que a alteração de competência fiscalizatória no interesse do Estado não pode, de modo algum, restringir o acesso à justiça que o natural ajuizamento no domicílio do autor proporcional. Não se pode admitir que se mude a competência jurisdicional ao sabor da conveniência do ente público, sob pena não apenas de embaraçar-se a desenvoltura necessária e própria do direito de estar em juízo, mas também de manipular-se, ao bel-prazer, o juízo natural da causa.

Nem se diga, ainda, que a competência para fins de processamento e julgamento de mandado de segurança é absoluta tendo em vista a autoridade coatora. Ainda que seja a regra, o caso apresenta contornos muito distintos daquele que ensejou o entendimento tradicional que, aliás, vem sofrendo sérias e profundas restrições nos tribunais que paulatinamente prestigiam cada vez mais o efetivo acesso à justiça.

Na medida em que a própria parte demandada pode alterar o órgão coator, e o fez no caso em tela, constituindo-se assim a competência administrativa de forma diversa daquela usual e esperada, com maior força deve ser prestigiada a possibilidade de ajuizamento no domicílio do impetrante, hipótese que, felizmente, vem a cada dia sendo mais prestigiada em sede jurisprudencial, especialmente quando tem-se ente federal no pólo passivo. Exemplificativamente, colaciono precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

> CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. CAUSAS AJUIZADAS CONTRA A UNIÃO. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DO FORO COMPETENTE. APLICABILIDADE ÀS AUTARQUIAS FEDERAIS, INCLUSIVE AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
> I - A faculdade atribuída ao autor quanto à escolha do foro competente entre os indicados no

> art. 109, § 2º, da Constituição Federal para julgar as ações propostas contra a União tem por escopo facilitar o acesso ao Poder Judiciário àqueles que se encontram afastados das sedes das autarquias.
> II – Em situação semelhante à da União, as autarquias federais possuem representação em todo o território nacional.
> III - As autarquias federais gozam, de maneira geral, dos mesmos privilégios e vantagens processuais concedidos ao ente político a que pertencem.
> IV - A pretendida fixação do foro competente com base no art. 100, IV, a, do CPC nas ações propostas contra as autarquias federais resultaria na concessão de vantagem processual não estabelecida para a União, ente maior, que possui foro privilegiado limitado pelo referido dispositivo constitucional.
> V - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem decidido pela incidência do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal às autarquias federais. Precedentes.
> VI - Recurso extraordinário conhecido e improvido. (STF, RE nº 627.709, julgado em 20.08.2014)

Portanto, inocorre a incompetência deste foro e deste juízo para a cognição sobre a demanda.

Além disso, a tese veiculada na exordial é conhecida e sobre a mesma manifestou-se clara e fundamentadamente a autoridade impetrada, não advindo, de forma alguma, prejuízo defensivo.

Note-se ainda que a União interveio no feito em mais de uma oportunidade, apresentando exaustivamente suas razões defensivas.

Desse modo, não há como reconhecer a ilegitimidade passiva advogada pelo ente federal.

Assim, rejeito a alegação de incompetência e de ilegitimidade passiva.

2 – Da alegação de inadequação da via eleita:

A cognição na presente ação mandamental está reduzida ao caráter remuneratório ou não do exercício de opção nas *stock options* e do regime tributário adequado.

Não havendo a comprovação de que se trataria de operação econômica do que aquela referente às *stock options*, presume-se correta a apresentação do negócio tal como feita pelo contribuinte que, aliás, juntou prova documental nesse sentido e sem que houvesse qualquer contraprova em sentido oposto.

Desse modo, a União tinha como apresentar elementos no sentido de que haveria, não o exercício de opções, mas de pagamento de salário, sem que tenha ocorrido tal desencargo probatório. Note-se que as operações ocorreram e vêm sendo noticiadas pelo próprio contribuinte há anos, não se podendo crer que o Fisco desconhecia tal prática. Aliás, a titularidade de ações passa pelo crivo da CVM, bastando cruzar as informações.

Portanto, não há necessidade de perícia ou produção de prova oral a inviabilizar o uso do *mandamus*.

Além disso, a jurisprudência não vem rechaçando a via eleita para a discussão em tela. Basta ver que o Agravo de Instrumento n. 5003801-81.2018.4.03 foi decidido pelo TRF3 tendo em vista mandado de segurança e mantendo a liminar deferida em primeira instância, o TRF2 julgou apelação, interposta no bojo de mandado de segurança, dando razão à tese do contribuinte (n. 0140420-90.2017.4.02.5101), bem como foi igualmente admita a cognição em sede mandamental no processo n.0007172-79.2015.4.03.6100 quando reconhecido o caráter mercantil das *stock options* pelo TRF3.

Assim, entendo adequada a via eleita.

3 – Meritum causae:

Apesar da jurisprudência dominante vir acenando positivamente à tese do contribuinte, remanesce a discussão pretoriana manifestada em decisões contrárias e votos-vencidos. Note-se, ainda, que a questão ainda não foi solvida pelas Cortes Superiores. Há entendimentos doutrinários favoráveis[1] e contrários[2] ao quanto sustentado pelo particular. Por isso, impõe-se uma apreciação minuciosa da interpretação advogada pelo impetrante.

Agora, em cognição exauriente, anoto que a correta compreensão da questão perpassa, salvo melhor juízo, a identificação:

a) do que são as *stock options* (estrutura) e sua operacionalização (função);

b) da importância de se tratar ou não de remuneração trabalhista comparando-se com as opções ofertadas no mercado ordinário;

c) de quando as *stock options* assumem caráter remuneratório ou mercantil.

Parece que esse iter é necessário para que se trace o caminho até o tratamento jurídico-tributário adequado das *stock options*.

3.1 – Principio pelo conceito de *stock options*. Mariana Neves de Vito e Luciana Simões de Souza[3] assim definem as *stock options*:

> *Stock Options* ou "Opção de Compra de Ações" consiste em um direito outorgado aos beneficiários (tais como administradores, empregados ou pessoas naturais que prestem serviços à empresa ou à sociedade sob seu controle) de comprar ações mantidas em tesouraria ou subscrever novas ações por um preço e durante um prazo determinado.

A operacionalização da operação passa, grosso modo, por três momentos, a saber: 1) pactuação da opção; 2) prazo de maturação da opção; 3) momento do exercício da opção. O esquema admite algumas variações, mas corresponde, em síntese ao modo de realização do programa contratual.

Ainda interessa, para fins tributários, um quarto passo consistente na venda das ações recebidas, mas que não integra, necessariamente, o funcionamento das *stock options*, seja porque existe no mercado de ações independentemente da existência da opção de compra, seja porque existem as *Phantom Stock Options* onde recebe-se quantia correspondente ao valor mobiliário, sem que haja a transferência de ações[4].

As opções podem ser restritas a determinado público (p. ex. empregados, diretores, etc.) ou serem ofertadas ao público em geral. Podem ter como requisito o pagamento de um valor para a concessão da opção ou ser oportunizada sem tal condição. Podem ser exercidas com o pagamento em prestações antecipadamente, no ato da aquisição ou, ainda, sequer haver pagamento pelas ações. As *stock options* podem ter relação com alguma conduta esperada do beneficiário ou não. Podem ser convertidas imediatamente em dinheiro ou não, hipótese na

---

1 SIMÕES, Thiago Taborda. *Stock options: os planos de opções de ações e sua tributação*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 133 ss. Com ressalvas: LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, *passim*.

2 DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto. A tributação das *stock options*. *JOTA*. Publicado em 13.11.2017. Acessado em 26.10.2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/contraditorio/a-tributacao-de-stock-options-13112017.

3 LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 28.

4 LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 32 e 33. SIMÕES, Thiago Taborda. *Stock options: os planos de opções de ações e sua tributação*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 35.

qual há a tradição das ações.[5] De tal conjunto de combinações emerge o caráter mercantil ou não da avença.[6]

Difícil, desse modo, o enquadramento de cada situação em um tipo negocial específico, pois existe uma série de combinações possível na prática que mostra ser o cotejo com as espécies contratualmente típicas nos Estados Unidos, país com larga tradição no uso das *stock options*, conveniente apenas para melhor compreensão das práticas costumeiras no mercado. Portanto, as referências estrangeiras auxiliam, mas não determinam, o modo de importação do instrumento jurídico-econômico em tela.

3.2 – Por que tratar-se ou não de remuneração pelo trabalho é importante para a definição do regime tributário?

A aquisição por menos daquilo que vale mais já caracterizaria acréscimo patrimonial a ensejar a incidência de IRPF de forma ordinária – não como ganho de capital – na ótica da autoridade impetrada. Nas informações fica clara a posição do Fisco a respeito. A incidência de IRPF a título de ganho de capital somente sobreviria entre a aquisição da ação e sua venda. Assim, a questão de tratar-se ou não de remuneração sequer seria relevante, ainda que, no mesmo documento, haja alguma ressalva de que as opções podem estar sendo utilizadas como remuneração.

Todavia, a tese apresentada pela autoridade impetrada, não deve ser acolhida.

A prevalecer o entendimento de que todo ingresso patrimonial com valor superior ao mercado implica em fato gerador de IRPF, então a aquisição de um carro por preço menor do que o corrente implicaria em evento econômico a gerar o dever tributário em tela. De igual modo, uma indenização por dano moral igualmente deveria ensejar a cobrança de IRPF, afinal, o patrimônio material sofreu variação positiva quando comparado o estado de coisas antes e depois da compensação pecuniária pelo evento danoso.

Logo, não é toda e qualquer variação patrimonial positiva que enseja a incidência de IRPF. Por isso, a tributação no caso das depende da *stock options* caracterização como remuneração por trabalho prestado.

E de ganho de capital não se trata a operacionalização das opções de compra até que as ações sejam vendidas, pois a própria lei é expressa ao identificar a alienação – e não a aquisição – como ato negocial a ensejar a tributação como ganho de capital (art. 21 da Lei Federal 8.981/95). Assim, tratar-se ou não de remuneração acaba sendo crucial para a identificação do regime jurídico cabível.

3.3 – Como dito acima, não existe um perfil único de *stock options*, apresentando tal instrumento negocial características diversas que vão desde uma opção de compra de natureza claramente mercantil até um benefício de nítida natureza trabalhista.

As diferentes espécies de *stock options* deixam entrever um caráter mercantil ou remuneratório a depender de alguns fatores, podendo em muitos casos assumir uma feição mista, dada a combinação de elementos de contornos de investimento e de contraprestação. São elementos[7], dentre outros eventualmente relevantes, a serem considerados para a identificação

5 LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 27-33.

6 LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 37-50. SIMÕES, Thiago Taborda. *Stock options: os planos de opções de ações e sua tributação*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 32-36.

7 Aproximadamente no mesmo sentido: LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 37-43.

da natureza da avença:

a) oferta ampla ou restrita;

b) pagamento de prêmio pela opção ou oferta gratuita;

c) opção de compra pelo valor de mercado quando da constituição, por preço menor ou sem custo algum;

d) correlação entre opção e performance do beneficiário.

No caso em tela, a oferta foi restrita não apenas aos empregados e prestadores de serviço, mas apenas àqueles prestadores de serviço reputados pelo Administrador do plano como elegíveis a tanto (cláusulas 3.1 e 3.2), ou seja, indubitavelmente as opções foram ofertadas apenas ao mais alto escalão da companhia. Somente aqueles que se comprometerem a pactuar avença de não-concorrência por até dois anos após a extinção do vínculo será oportunizada a opção. Isso é indiciário do caráter remuneratório das *stock options* no caso em tela.

A álea, por si só, não evidencia o caráter mercantil da avença. Existe não apenas remuneração variável de empregado, bastando pensar nas comissões dos vendedores. De igual modo, a participação nos lucros e resultados percebida pelos funcionários constitui-se em renda decorrente do labor, ainda que se discuta se integra ou não o conceito de remuneração trabalhista. O que descaracteriza a contraprestação é a possibilidade de assunção de risco do negócio, quando, então, tem-se a figura do empresário.

Ainda que não se mostre necessário que se invista dinheiro em uma sociedade para que se configure o estado de empresário, afinal, existe o sócio que contribui com serviços (art. 981 do Código Civil), cumpre ter em vista que tal possibilidade é vedada na sociedade limitada (art. 1.055, § 2º, do Código Civil) e, pela própria natureza da sociedade anônima parece valer a mesma proibição ante o perfil da mesma, até mesmo porque a doutrina vem rechaçando[8] o sócio de serviço vem sendo repudiado inclusive nas sociedades simples que adotem a forma de limitada. A prevalência do elemento capital sobre o trabalho na sociedade anônima revela a incompatibilidade entre a condição de acionista e a contribuição exclusivamente em serviços.

In casu, não houve pagamento de prêmio pela opção. Assim, o risco tornou-se, basicamente, uma álea entre a inexistência de ganho e o ganho infinito. Nem mesmo existe a possibilidade de prejuízo decorrente da desvalorização entre o pagamento e o recebimento das ações, vez que a cláusula 3 do instrumento contratual de outorga de opções revela que o preço será pago em até 10 (dez) dias úteis da transmissão ao beneficiário das ações, ou seja, a tradição precede, no caso, a entrega do dinheiro. Recebida a ação, o prazo para pagamento passa a fluir, somente havendo prejuízo real se entre o momento da entrega e o do pagamento houver diminuição do valor da ação a ponto da mesma valer menos do que o quanto pago por ela, situação, a propósito, pouco provável.[9]

O risco assumido foi, em suma, o da ausência de ganho – e não o de perda de dinheiro investido[10]. Quando se pensa que o risco cabe ao empresário – e não ao empregado/prestador de serviço – tem-se em vista a possibilidade de perda do patrimônio particular transferido à empresa e da necessidade de pagar-se o valor acordado pela mão-de-obra, ainda que o negócio tenha resultado financeiro negativo no período.

---

8 FILHO, Marcelo Fortes Barbosa. *In*: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. 6ª ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1.044.

9 A cláusula 2.8 do contrato (*rectius*, instrumento) de opção prevê 30 dias para fins de notificação do interesse no exercício da opção. Todavia, o momento da manifestação volitiva não serve como parâmetro para aferição de prejuízo, mas sim o do efetivo pagamento.

10 Como explicado acima, a chance de perda é muito pequena na espécie, vez que depende de depreciação entre a transferência e o pagamento.

Desse modo, o risco efetivamente assumido pelo impetrante foi apenas o de nada receber por força das *stock options*. Não é crível que tenha trabalhado de graça, afinal, não apenas as opções de compra de ações constituíram-se na contraprestação pelos serviços prestados.

Assim, a ausência de risco distancia o pacto do mundo dos investimentos e aproxima a avença dos meios indiretos de remuneração.

Por outro lado, não houve avença no sentido da pactuação de preço menor do que aquele praticado no mercado no momento da concessão da opção. Presume-se, assim, que o exercício da opção foi feito sem desconto, mediante o pagamento de valor praticado na época da concessão. Sob esse prisma, avulta aspecto mercantil da avença.

Não houve atrelamento das opções ao desempenho do prestador de serviço, ficando a variação do benefício ligado à performance da empresa em si. Por outro lado, a possibilidade de supressão da opção por justa causa e a cláusula de não-concorrência seriam, de certo modo, relacionadas à conduta do beneficiário. Sob essa dimensão, o uso das *stock options* no caso dos autos apresenta caráter misto.

As diversas e graves restrições à faculdade de disposição das ações (nesse sentido a cláusulas 7.1 do instrumento particular de outorga de opção de compra de ações e 3.2 do anexo ao contrato de opção de compra de ações) são fortemente indiciárias de seu caráter remuneratório e indiciam tratar-se, na verdade, de . As ações *phantom stock options* apresentam sérias dificuldades para sua fruição, podendo inclusive ser readquiridas pela própria companhia mediante manifestação volitiva apenas desta (cláusula de *drag along*).

A cláusula 1 (v) do instrumento de exercício de opção e outorga de quitação que prevê a revenda das ações à companhia no mesmo dia de sua entrega ao beneficiário prova quase diretamente o caráter de *phantom stock options*. Nota-se, desse modo, elemento a apontar a natureza remuneratória da avença.

Por fim, a frequência do exercício das opções (2012, 2013, 2014 e 2016) revela uma certa habitualidade que, combinada com o vulto das operações, aponta para o caráter remuneratório das *stock options* no caso em tela.

Por isso tudo, entendo que as opções de compra de ações revestiram-se de natureza remuneratória no presente caso, o que afasta a pretensão veiculada na exordial.

Quantos aos pedidos subsidiários, não houve a provocação administrativa para a compensação/restituição do quanto já pago e não parece haver resistência de que haja o decote do valor devido ao erário do quanto pago pelo contribuinte, ainda que sob rubrica diversa. Somente após a sinalização de resistência ao pleito de compensação/restituição, é que se impõe a provação do Poder Judiciário.

Assim, entendo que inexiste, no presente momento, interesse de agir quanto aos pleitos deduzidos em caráter supletivo.

Na forma da fundamentação, DENEGO A SEGURANÇA e revogo a liminar.

Como houve a rejeição do seguro-garantia e não há autuação, nem se sabe o efetivamente valor devido, indefiro a concessão da ordem de abstenção de atos restritivos ao nome do contribuinte (CADIN, protesto, etc.).

Custas pelo impetrante. Sem honorários sucumbenciais (art. 25 da Lei Federal 12.016/2009).

São Paulo, 26 de outubro de 2018.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

AÇÃO PENAL PÚBLICA
0000988-53.2018.403.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF
Réu: WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: LOUISE VILELA LEITE FILGUEIRAS BORER
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 29/03/2019

Trata-se de ação penal pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS, qualificado nos autos, pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso II, c.c. artigo 71, ambos do Código Penal.

A denúncia (fls. 110/112) descreve, em síntese, que:

> No dia 04 de abril de 2015, na Agência da caixa Econômica Federal Jabaquara/Penhor, localizada na Rua Farjalla Koraicho, 611, nesta capital, Willian Rodrigues de Campos subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em aproximadamente 12 (doze) metros de cabeamento de cobre.
> Na data e local dos fatos, o denunciado, em duas ocasiões, mediante escalada, adentrou na agência da Caixa Econômica Federal e furtou os fios de cobre do aparelho de ar condicionado. A atuação ilícita do denunciado foi registrada pelas câmaras do sistema de vigilância do prédio, imagens que se encontram gravadas na mídia de fl. 34 e foram objeto de perícia, cujo laudo encontra-se acostado aos autos nas fls. 30/33. Nas imagens é possível observar que o criminoso, por duas vezes, uma às 01h07 min e outra por volta das 03h35min, pulou o portão que dá acesso ao estacionamento da agência bancária, adentrando na garagem e furtando as barras de cobre e fios de instalação do ar condicionado, o que encontrava-se nos fundos do estabelecimento.
> Willian foi preso em flagrante em 23/09/2015, quando tentava novamente furtar fios de cobre no local e, em seu interrogatório, confessou para a Autoridade Policial que por diversas vezes pulou o portão que dá acesso ao estacionamento do banco para furtar fios de cobre. Na ocasião, também foram mostradas a Willian as fotos do furto objeto do presente feito e o interrogado confirmou ser a pessoa que aparece nas imagens. Explicou, ainda, que costumava furtar os fios de cobre para vendê-los a um ferro velho, lucrando R$ 25,00 (vinte e cinco reais) por quilo (fls. 24/24vº).

Ainda, segundo a denúncia:

> No curso do inquérito, foi elaborado laudo pericial a partir da análise no local dos fatos (fls. 49/54). Mencionado laudo indicou marcas de escalada sobre o portão de acesso a garagem da agência da Caixa Econômica Federal, constatou alguns pedaços de revestimento de tubos de cobre na rampa de acesso, bem como no chão do estacionamento (fl. 51), e apontou marcas deixadas pelo revestimento dos tubos de cobre furtados na parede, indicando o rompimento das estruturas que afixavam os fios à parede (fl. 52). Assim, verifica-se que o laudo concluiu que foram subtraídos os fios de cobre do sistema de ar condicionado da agência (fl. 53).

A denúncia veio instruída com os autos de inquérito policial nº 0394/2015-15 (fls. 02/86) e foi *recebida* em *06 de março de 2018* (fls. 96/97).

A Defensoria Pública da União, na defesa do acusado WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS, apresentou resposta à acusação às fls. 109/110. Arrolou as mesmas testemunhas

da acusação.

O Ministério Público Federal desistiu da oitiva da testemunha comum *Paulo Aparecido Rissato* (fls. 120).

Durante a audiência de instrução e julgamento, o réu foi devidamente interrogado (fls. 140/143 e mídia de fl. 167).

A Defensoria Pública da União juntou aos autos cópia de Perícia Médico-Legal realizada no réu nos autos de incidente de insanidade mental nº 00081478120174036181, que tramitou na 9ª Vara Federal Criminal e nos autos nº 00149553920164036181, que tramitou na 7ª Vara Federal Criminal, ambas da subseção judiciária de São Paulo (fls. 144/166).

Na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, a Defensoria Pública da União requereu que fosse expedido ofício ao Juiz Corregedor dos Presídios, para determinar a transferência do réu, uma vez que estaria sendo assediado por outros presos para integrar facções criminosas atuantes no presídio em que ele atualmente cumpre pena (fl. 141).

O Ministério Público Federal apresentou seus memoriais às fls. 171/173vº, pugnando pela condenação do acusado como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, II do Código Penal e o reconhecimento da sua semi-imputabilidade, conforme artigo 26, parágrafo único do Código Penal, o que possibilitaria a diminuição de sua pena e, nos termos do artigo 98 do Código Penal, sua substituição por medida de segurança.

A Defensoria Pública da União, em defesa do acusado WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS, apresentou memoriais às fls. 175/178 e requereu sua absolvição nos termos do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, tendo em vista a inimputabilidade do réu ao tempo do fato.

Certidões e demais informações criminais quanto ao acusado foram juntadas em apenso.

É o relatório.

Fundamento e decido.

De início, ressalto estarem presentes os pressupostos processuais e condições da ação, não havendo vícios processuais, formais ou materiais, que obstem o julgamento, passo à análise da presença da materialidade do fato e da autoria do delito.

I – Da materialidade:

A materialidade do furto de aproximadamente 12 (doze) metros de cabos de cobre, no dia 04 de abril de 2015, na parte externa da agência de penhor da Caixa Econômica Federal do bairro do Jabaquara, São Paulo, localizada na Rua Farjalla Koraicho, nº 611, está devidamente comprovada pelo teor do laudo de imagens de segurança nº 5227/2015-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP (fls. 30/33 e mídia de fl. 34), laudo do local do delito nº 3259/2016-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP (fls. 49/54) e comunicado eletrônico da Caixa Econômica Federal relatando prejuízo de R$ 2.120,11 (dois mil, cento e vinte reais e onze centavos) com a subtração dos cabos de cobre do ar condicionado na parte externa da agência (fl. 80).

Ainda em relação aos fatos, o laudo de fls. 49/54 NÃO atestou a escalada em condições que denotassem especial habilidade do acusado a ensejar aplicação da qualificadora respectiva.

II – Da autoria:

Não há dúvida também de que foi WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS o responsável pelo furto dos cabos de cobre da agência de penhor da Caixa Econômica Federal Jabaquara no dia 04 de abril de 2015, à 01 hora e 07 minutos e às 03 horas e 35 minutos.

O réu WILLIAN pulou o portão que dá acesso ao estacionamento da agência da Caixa Econômica Federal e subtraiu barras e fios de cobre utilizados para a instalação dos aparelhos

de ar condicionado, evadindo-se em seguida.

O acusado WILLIAN confessou o delito em seu interrogatório judicial (mídia de fl. 167). Afirmou ser viciado em drogas desde os 18 (dezoito) anos, primeiro ao consumir maconha, depois cocaína, além de usar, desde os 22 (vinte e dois) anos, a droga denominada "crack", e a partir de então vive entre as penitenciárias e a vida nas ruas, quando realiza furtos para manter seu vício.

WILLIAN afirmou que está arrependido e sem usar drogas há 01 (um) ano e 04 (quatro) meses, desde que foi preso pela última vez, e pretende manter tratamento para não voltar a usar entorpecentes.

II – Da imputabilidade:

Porém, apesar da comprovação da materialidade do fato e da autoria, no sentido da prática de atos voluntários por parte do réu para consumá-la, é necessário à punibilidade da conduta que haja, no momento da sua prática, além da consciência de sua ilicitude, a capacidade de autodeterminação do agente no momento da sua prática.

No caso dos autos, segundo dois laudos periciais, o réu era ao tempo da ação inteiramente incapaz de autodeterminar-se para evitar a conduta ilícita, incapaz, portanto, de reger-se de acordo com o entendimento sobre estar cometendo ato ilícito, em virtude de crônica dependência química à droga ilegal denominada "crack" (fls. 144/159 e 160/166).

Ressalto que os laudos, referentes aos autos nº 0008147-81.2017.4.03.6181, processo que tramitou na 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo; e nº 0014955-36.2016.4.03.6181, que tramitou na 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo, aludem à condição psicofisiológica de WILLIAN no mesmo período do cometimento do delito objeto desta ação penal (entre os anos de 2015 e 2017, quando foi preso).

Corrobora a realidade trazida nesses laudos a afirmação de WILLIAN no interrogatório judicial, quando, sóbrio, com raciocínio e comunicação claros e ordenados, ressaltou, em suas palavras, que um indivíduo em gozo regular de suas faculdades cognitivas jamais furtaria exatamente o mesmo local cinco ou seis vezes em curto espaço de tempo, ainda mais em se tratando de agência bancária, onde sempre há seguranças. Declarou que assim o fez impulsionado pela dependência química, e que no momento só pensara em conseguir qualquer coisa para vender e adquirir drogas.

Consigno, na somatória de indícios da inimputabilidade do agente, que a mera observação do estado fisionômico de WILLIAN no momento de sua prisão (fl. 37) e durante o interrogatório judicial (mídia de fl. 167) denotam sua debilidade física à época dos fatos.

Na hipótese, poder-se-ia argumentar que ainda que o fato seja típico e ilícito, não haveria crime, eis que ausente a culpabilidade do agente, juízo de reprovabilidade da conduta, que fica também prejudicado com a constatação da inimputabilidade.

Porém, fato é que o tratamento dado pela lei penal à hipótese é de excludente da punibilidade. A lei penal apenas isenta o agente inimputável de pena, nos seguintes termos:

> CP, art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Portanto, segundo o artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, nessa hipótese, cabe a absolvição do réu, nos termos abaixo transcritos:

> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
> (...)
> VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
> (...)
> (...)
> Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:
> III - aplicará medida de segurança, *se cabível.*

O pressuposto da medida de segurança é a periculosidade do agente. O termo encerra um conceito vago, que tanto pode dizer com a propensão à violência, demonstrada por condutas passadas, como a possibilidade, também baseada no histórico do condenado, de tornar a delinquir e causar novo dano social.

No presente caso, a reiteração de condutas delitivas, ainda que de menor potencialidade lesiva e não violentas, denota periculosidade no sentido da alta probabilidade de que torne a delinquir se não for determinado que se submeta ao tratamento adequado ao seu caso.

Portanto, o caso é de absolvição imprópria decorrente da inimputabilidade, isto é, com aplicação de medida de segurança.

Contudo, quanto à espécie de medida de segurança aplicável ao caso, é preciso tecer algumas considerações, de forma a promover o tratamento mais adequado e individualizado ao caso. Segundo o artigo 97 do Código Penal:

> Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> Perícia médica
> § 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> Desinternação ou liberação condicional
> § 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> § 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

No caso dos autos, em que pese haver histórico de reincidência, ao que tudo indica, esta se deve, principalmente, ao uso de drogas. É necessário que o réu realize o tratamento para que não torne a delinquir, mas, a rigor, não se vislumbra desde já a necessidade de internação.

Como já assinalado acima, a periculosidade averiguada é apenas em razão da reincidência, não pela conduta social do agente e a ação praticada não denota personalidade antissocial ou agressiva, pois se trata aqui de crime praticado sem violência ou grave a ameaça à pessoa.

Reputo que no caso a medida de internação em hospital psiquiátrico seja inadequada, pois o isolamento do acusado não é necessário e poderia colocar em risco o objetivo principal do provimento jurisdicional, a sua recuperação e reinserção social, de modo a que não torne a delinquir.

Porém, é preciso ressaltar que isso se conclui da análise do conjunto das circunstâncias do fato, dos depoimentos e do histórico relatado e constatado documentalmente (laudos, antecedentes), portanto, sem prejuízo da alteração da medida fixada em execução, em virtude de eventual recomendação médica.

Reputo que tal flexibilidade é mais consentânea aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, ou melhor, para a individualização da resposta penal do Estado ao delito, visto não se tratar propriamente de pena. Além disso, tal possibilidade de alteração posterior dos meios de tratamento em virtude das necessidades do paciente e a fixação inicial de tratamento ambulatorial quando não se mostrar necessária a internação está de acordo com os ditames tanto do Código Penal, artigo 97, §§ 2º, 3º e 4º, quanto da lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Nesse sentido, confira-se a disposição do artigo 4º da referida lei:

> Art. 4º "A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes."

A corroborar o exposto, no sentido de se admitir a aplicação do tratamento ambulatorial, mesmo aos crimes apenados com reclusão, nos casos em que a medida for a mais adequada, trago os seguintes precedentes:

> *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. INTERNAÇÃO. ANÁLISE DA PERICULOSIDADE DO INDIVÍDUO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.
> 1. Via de regra, consoante a diretriz do art. 97 do CP, se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação. Caso o fato previsto como crime seja punível com detenção, poderá o indivíduo ser submetido a tratamento ambulatorial.
> 2. O critério não é inflexível. Mesmo acontecido um delito apenado com reclusão, o juiz poderá, excepcionalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, sujeitar o inimputável a tratamento ambulatorial, desde que constate, indene de dúvidas, a desnecessidade da internação para o fim de cura da periculosidade.
> 3. A medida de segurança mais aflitiva foi imposta ao paciente, portador de esquizofrenia paranoide, depois de cuidadosa análise das peculiaridades de sua saúde mental e das condições clínicas por ele apresentadas, tudo agravado pelo uso de drogas, e não como mera decorrência automática da tentativa de homicídio de seu irmão. Não é possível, em *habeas corpus*, reavaliar fatos e provas para modificar o entendimento do Tribunal de Justiça.
> 4. *Habeas corpus* denegado.
> (HC 469.039/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 03/12/2018)

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. DIREITO PENAL. ART. 97 DO CP. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. CONVERSÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. RECOMENDAÇÃO DO LAUDO MÉDICO. POSSIBILIDADE.
> 1. Apesar de se ter solidificado o entendimento da impossibilidade de utilização do *habeas*

corpus como substitutivo do recurso cabível, o Superior Tribunal de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não aplicando o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial. 2. Na fixação da medida de segurança, por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente, é cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. 3. Ante a ausência de fundamentos para a fixação do regime de internação e tendo o laudo pericial recomendado o tratamento ambulatorial, evidente o constrangimento ilegal. 4. Writ não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para substituir a internação por tratamento ambulatorial, mediante condições judiciais a serem impostas pelo Juiz da Execução Penal, tendo em vista o trânsito em julgado da ação.
(HC - HABEAS CORPUS – 230842, Relator(a): SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Órgão julgador: SEXTA TURMA, Data: 14/06/2016, Data da publicação: 27/06/2016, Fonte da publicação: DJE DATA:27/06/2016)

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. DELITO PUNÍVEL COM PENA DE RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. CABIMENTO. ART. 97. MITIGAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA À PERICULOSIDADE DO AGENTE.
1. A par do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, no sentido da imposição de medida internação quando o crime praticado for punível com reclusão - reconhecida a inimputabilidade do agente -, nos termos do art. 97 do Código Penal, cabível a submissão do inimputável a tratamento ambulatorial, ainda que o crime não seja punível com detenção. 2. Este órgão julgador já decidiu que, se detectados elementos bastantes a caracterizar a desnecessidade da internação, e em obediência aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a aplicação de medida menos gravosa ao inimputável se, ainda, for primário e assim o permitam as circunstâncias que permeiam o delito perpetrado. 3. Consoante consignado pela Corte de origem, no caso dos autos, o ora recorrido nunca se envolvera em fato delituoso da mesma ou de natureza diversa, além de mostrar comportamento social adaptado e positivamente progressivo. 4. Conforme concluído pelo Tribunal *a quo*, "não se extrai desse quadro uma conclusão de periculosidade real e efetiva do apelante, capaz de justificar uma internação em hospital psiquiátrico ou casa de custódia e tratamento." A medida mais rígida, ademais, apresentaria risco ao progresso psicossocial alcançado pelo ora recorrido, além de nítido prejuízo ao agente, que, por retardo no julgamento dos recursos interpostos, teria restabelecida a sentença - datada de novembro de 2002 -, com a imposição da medida de internação, a qual, tantos anos após os fatos, não cumpriria seus objetivos. 5. Recurso especial não provido.
(RESP - RECURSO ESPECIAL – 912668, Relator(a): ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Órgão julgador: SEXTA TURMA, Data: 18/03/2014, Data da publicação: 07/04/2014, Fonte da publicação: DJE DATA:07/04/2014)

No mesmo sentido, a decisão monocrática do E. do Superior Tribunal de Justiça, Néfi Cordeiro:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.286 - MG (2016/0331382-5), RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO, RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, RECORRIDO: DIVINO BRAGA DE OLIVEIRA FILHO, ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DECISTrata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - INIMPUTABILIDADE - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - CRIME PUNIDO COM RECLUSÃO - SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA IMPOSTA - AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE DO AGENTE - VIABILIDADE.
01. O critério para se definir o tipo de medida de segurança a que deverá ser submetido o agente - internação ou tratamento ambulatorial - deve se dar em virtude do exame de sua periculosidade, interpretando-se a norma penal dentro das balizas constitucionais, observando-se, precipuamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da individualização da execução da medida de segurança. Assim, não obstante seja o crime praticado punido com reclusão, é admissível a substituição da medida de segurança de internação pela de tratamento ambulatorial, se a conduta típica e ilícita perpetrada pelo agente não se revestiu de elevada periculosidade.
Nas razões recursais, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, sustenta que o acórdão recorrido, ao dar provimento ao apelo defensivo, substituindo a medida de internação, fixada no prazo mínimo de 3 anos, pela de tratamento ambulatorial, no prazo mínimo de 1 ano, teria negado vigência aos arts. 26, *caput*, 96, incisos I e II, e 97, *caput*, todos do CP.
Alega que a Câmara Julgadora desconsiderou que o crime perpetrado pelo recorrido (homicídio qualificado pelo motivo fútil e pelo recurso que dificultou/impossibilitou a defesa da ofendida) é punível com reclusão, impondo-se a aplicação da medida de segurança de internação, nos termos do art. 91, *caput*, do Código Penal (fl. 453).
Argumenta que diversamente do que foi enunciado no decisum vergastado, a medida de segurança a ser imposta ao agente inimputável, na hipótese de delito apenado com reclusão, é a internação. Facultativamente, poderá o magistrado proceder à imposição de tratamento ambulatorial nos crimes punidos com detenção, desde que o grau de periculosidade do agente indique ser essa a medida mais adequada para a sua recuperação (fl. 453).
Pugna, assim, pelo provimento do recurso para que seja restabelecida a sentença de primeiro grau.
Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.
É o relatório.
Decido.
Consta dos autos que o ora recorrido foi absolvido da prática do delito do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do CP, sendo-lhe aplicada, no entanto, medida de segurança de internação. Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para substituir a medida de internação pela de tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 ano, nos termos do art. 97, § 1º, do CP. Opostos embargos de declaração pelo Ministério Público, foram rejeitados.
O acórdão recorrido foi assim fundamentado (fls. 400/409):
Como se depreende dos autos, reconhecida a inimputabilidade do acusado (f. 27/29 dos autos em apenso), o sentenciante absolveu sumariamente o réu Divino, com fundamento no disposto no art. 415, IV, do CPP, submetendo à medida de segurança de internação pelo prazo mínimo de três anos.
Contra esta decisão, recorreu a defesa pretendendo tão somente seja realizada investigação para se saber qual o tratamento deveria o recorrente ser submetido, se internação ou tratamento ambulatorial.
Compulsando os autos, penso ser desnecessária a diligência requerida pelo recorrente, devendo, em verdade, ser revista a medida imposta.
A saber.
Com efeito, o apelante foi denunciado pela prática do crime de homicídio qualificado, o qual é punido com reclusão. E, nestas, hipóteses, o Código Penal prevê, constatada a inimputabilidade do agente, a aplicação de medida de segurança de internação, nos termos do que dispõe o art. 97 do CP.

Todavia, penso que o critério para se definir o tipo de medida de segurança que deverá ser submetido o agente - internação ou tratamento ambulatorial - deve se dar em virtude do exame da periculosidade daquele, interpretando-se a norma penal, dentro das balizas constitucionais, observando-se, precipuamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita) e da individualização da execução da medida de segurança.
Assim, se o critério para a aplicação da medida de segurança é a periculosidade do agente e a necessidade inarredável de que seja submetido a tratamento médico, seria um contrasenso aplicarmos o disposto no art. 97 do CP, tal como lá posto, ou seja, em razão da espécie de privativa de liberdade prevista para o tipo penal em que incorreu o agente - reclusão ou detenção.
Ademais, aplicar a regra do art. 97, caput, do CP, indistintamente a todas as hipóteses de prática de ilícito penal punido com reclusão, ofenderia a necessidade da adequada individualização do tratamento psiquiátrico a que necessita o agente que pratica conduta típica e ilícita.
[...](grifei)
In casu, o transtorno de personalidade apresentado pelo réu tem clara indicação de tratamento e justifica a imposição de medida de segurança, todavia, não me parece necessário a imposição de internação.
Seguindo esse norte é que a jurisprudência tem admitido a
possibilidade de substituir a medida de internação - mesmo nas hipóteses em que o tipo penal prevê pena de reclusão – por tratamento ambulatorial.
[...]
No caso dos autos, o laudo pericial de verificação da sanidade mental do réu, embora tenha reconhecido que este, ao tempo dos fatos, era absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito dos fatos e de determinar-se de acordo com esse entendimento, não apontou a necessidade de sua internação.
Ora, conforme de depreende da aludida prova técnica, os próprios peritos consignaram, ao tempo da avaliação psiquiátrica, que "o quadro patológico do periciado é passível de tratamento psiquiátrico, a princípio ambulatorial" ressalvando que "na ausência de adequado suporto sócio-familiar o de piora do quadro, há de se considerar o tratamento hospital". (f. 29 dos autos em a penso)
Não se olvide que a equipe do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ), no primeiro atendimento ocorrido em 10/07/2015, informou:
(...)
Vê-se, portanto, que os peritos chegaram à conclusão de que inicialmente Divino deveria passar pelo tratamento ambulatorial, desde que tivesse suporte sócio-familiar. E, este suporte, emerge dos autos através do acompanhamento feito pelo PAI-PJ alhures transcrito.
Pelo exposto, não vejo como necessária ao fim a que se destina - 'cura' do indivíduo que pratica fato típico e ilícito - a internação do réu em manicômio judiciário, justificando-se, in casu, apenas a medida de segurança de tratamento ambulatorial, que ora aplico ao recorrente, pelo período mínimo de um ano.
Ademais, vale destacar que a qualquer tempo, poderá ser determinada a internação do réu, cabendo, portanto, à prudente avaliação ao juízo da execução, a alteração da medida em hipótese de acendramento da periculosidade do paciente, tornando necessária esta providência para fins curativos, nos termos do que dispõe o art. 97, § 4º, do CP.
O entendimento adotado corrobora a orientação da Sexta Turma no sentido de que, na definição da medida de segurança que não se vincula à gravidade do delito, mas à periculosidade do agente, é facultado ao magistrado a escolha do tratamento mais adequado ao inimputável, ainda que a ele imputado delito punível com reclusão, em observância aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade.
(grifei)

Confiram-se os seguintes precedentes:
"RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. DELITO PUNÍVEL COM PENA DE RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. CABIMENTO. ART. 97. MITIGAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA À PERICULOSIDADE DO AGENTE.
1. A par do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, no sentido da imposição de medida internação quando o crime praticado for punível com reclusão - reconhecida a inimputabilidade do agente -, nos termos do art. 97 do Código Penal, cabível a submissão do inimputável a tratamento ambulatorial, ainda que o crime não seja punível com detenção.
2. Este órgão julgador já decidiu que, se detectados elementos bastantes a caracterizar a desnecessidade da internação, e em obediência aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a aplicação de medida menos gravosa ao inimputável se, ainda, for primário e assim o permitam as circunstâncias que permeiam o delito perpetrado.
[...]
5. Recurso especial não provido".
(REsp 912.668/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA,julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014)
"RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ARTS 26 E 97 DO CP. AGENTE INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. CONVERSÃO PARATRATAMENTO AMBULATORIAL. RECOMENDAÇÃO DO LAUDO MÉDICO.POSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.
1. Na fixação da medida de segurança - por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente -, cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 26 e 97 do CP).
[...]
4. Recurso especial improvido".
(REsp 1266225/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 03/09/2012).
No caso, as instâncias ordinárias concluíram pela possibilidade de mitigação do critério previsto no art. 97 do Código Penal na espécie, em face dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, diante da ausência de periculosidade concreta da agravado, razão pela qual determinou a substituição da medida de internação, aplicada pelo Juízo de 1º grau, pela de tratamento ambulatorial.
Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83/STJ, a obstar o processamento do recurso.
Ademais, a alteração do entendimento do aresto objurgado, acolhendo-se a tese de necessidade, na espécie, da medida de internação, demandaria necessário revolvimento das provas dos autos, o que não se admite na via do recurso especial, em razão do óbice consubstanciado na Súmula 7/STJ.
Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, do RISTJ e na Súmula 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.
Publique-se.
Intimem-se.
Brasília, 06 de março de 2017.
MINISTRO NEFI CORDEIRO

Por fim, consigno que deve ser afastada a aplicação do artigo 45 da Lei nº 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma especial, prevista para regulação de condutas atinentes ao tráfico

e uso de drogas ilícitas, descritas na aludida lei.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido formulado na denúncia para *ABSOLVER IMPROPRIAMENTE* o réu *WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS*, qualificado nos autos, da imputação da prática do delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso II, ambos do Código Penal, em virtude da sua inimputabilidade por dependência química crônica a droga ilícita à época dos fatos, causa excludente da punibilidade, com supedâneo no artigo 26, "caput", do Código Penal e artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, razão pela qual lhe *IMPONHO MEDIDA DE SEGURANÇA*, consistente em *tratamento ambulatorial* em Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas, ou em entidade congênere definida pelo juízo da execução, pelo prazo máximo de 04 (quatro) anos, com fulcro no art. 96, inciso I, do Código Penal, *e pelo tempo mínimo de 1 (um) ano*, a partir do início da execução da medida de segurança ora imposta, nos termos do artigo 97 *caput* e §1º do Código Penal, prazo após o qual deverá ser aferida a cessação de periculosidade por meio de perícia médica-psiquiátrica, ou a modificação da medida para internação, caso necessário.

O prazo máximo imposto de acordo com o máximo da pena em abstrato se deve à proibição de penas indeterminadas, nos termos da Lei da Reforma Psiquiátrica, n. 10.216/01. Referido diploma é incompatível com o artigo 96, inciso I do Código Penal, tendo-o revogado por se tratar de lei especial. Precedente do Superior Tribunal de Justiça: HC 208.336/SP, 5ª Turma, Relatoria Ministra Laurita Vaz, 29 de março de 2012.

Réu isento de custas (artigo 4º da lei n. 1.060/50).

Determino a expedição de Guia de Execução para o juízo competente, após o trânsito em julgado.

Com o trânsito em julgado da sentença, oficiem-se os departamentos criminais competentes para fins de estatística. (IIRGD e NID/SETEC/SR/DPF/SP).

Após, remetam os autos ao arquivo, dando-se baixa na distribuição, observando-se as formalidades pertinentes.

P.R.I.C.

São Paulo, 28 de março de 2019.

Juíza Federal LOUISE VILELA LEITE FILGUEIRAS BORER

MANDADO DE SEGURANÇA
5006611-02.2018.4.03.6120

Impetrante: LUÍS AUGUSTO MINAS SOUZA
Impetrado: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/03/2019

I — RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Luís Augusto Minas Souza contra ato do Gerente Geral de agência da Caixa Econômica Federal em Araraquara (inicialmente o feito foi endereçado ao Presidente da Caixa, porém o impetrante corrigiu o polo passivo) por meio do qual o impetrante pretende o levantamento de sua conta no FGTS, para custear o tratamento de doença grave que o aflige. Em resumo, a inicial articula que o autor padece de cardiopatia grave, moléstia que no meado de 2016 motivou a concessão de auxílio-doença. Em agosto de 2018 o INSS cessou o benefício (ato que está sendo discutido judicialmente), porém seu empregador não aceitou o retorno do impetrante, por motivo de saúde. Munido de documentos que comprovam a doença, o autor requereu à Caixa o levantamento do FGTS, porém o pedido foi indeferido, sob o fundamento de que a doença que aflige o autor não está compreendida nas hipóteses que autorizam o levantamento extraordinário do FGTS.

Na primeira decisão que lancei nos autos, deferi em parte a liminar, determinando a liberação imediata de metade do saldo de FGTS do impetrante.

Em suas informações a autoridade impetrada sustentou que as hipóteses de movimentação das contas vinculadas ao FGTS estão previstas no art. 20 da Lei 8.036/1990, sendo esse rol taxativo. E dentre as hipóteses que permitem a movimentação da conta, não está contemplada a doença que aflige o impetrante.

O Ministério Público Federal informou que o caso dispensa sua intervenção.

II — FUNDAMENTAÇÃO

Tomo como ponto de partida os argumentos expostos na decisão que deferiu parcialmente a liminar:

> O requisito essencial para a concessão de medida liminar em mandado de segurança é a demonstração de indícios evidentes, próximos da certeza, da prática de um ato ilegal pela autoridade coatora.
> No caso dos autos, a inicial está acompanhada de farto conjunto de documentos que comprovam a gravidade do quadro de saúde do impetrante e de sua periclitante situação financeira. O relatório médico que acompanha a inicial, subscrito pela cardiologista que acompanha o autor, informa que o paciente é portador de CID 10 I50 — insuficiência cardíaca —, doença identificada em 2015, quando o impetrante teve uma parada cardiorrespiratória durante uma colecistectomia. Ainda de acordo com o relatório, "Hoje, está controlado com melhora de fração de ejeção, mas mantendo quadro de insuficiência cardíaca (FE: 49%) e Classe funcional III segundo NYHA (cardiopatia grave, de difícil controle). Tem distúrbio de ansiedade evidente, mesmo durante as consultas e bem medicado. Não há tratamento cirúrgico para sua patologia".
> O art. 20 da Lei 8.036/1990 estabelece hipóteses para o levantamento do FGTS por motivo de saúde do trabalhador ou de seu dependente, nos casos de neoplasia maligna (inciso XI), condição de portador de vírus HIV (inciso XIII) ou estágio terminal, em razão de doença

grave (inciso XIV). Felizmente nenhuma dessas hipóteses se aplica ao impetrante, mas isso não afasta o direito de levantar o saldo do FGTS para o tratamento de sua doença. É pacífica a jurisprudência no sentido de que o rol do art. 20 da Lei 8.036/1990 não é taxativo, de modo que admite extensão para abarcar outros casos que não estão previstos de forma expressa, mas que seguem a inteligência do dispositivo. E dentre as situações em que a jurisprudência tem chancelado uma interpretação elástica ao art. 20 da Lei 8.036/1990, inclui-se o tratamento de doença grave do trabalhador, conforme demonstram os precedentes que seguem:

"FGTS. LEVANTAMENTO DOS SALDOS. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ELENCADA NO ART. 20, XI, DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE. 1. A controvérsia dos autos diz respeito à possibilidade de liberação do saldo existente na conta vinculada do FGTS para tratamento de doença grave, qual seja, esquizofrenia, da qual é portador o filho do autor, sendo o tratamento de elevado custo, e não tendo o autor meios para arcar com o mesmo. 2. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes. 3. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 4. Liberação do saldo do FGTS para tratamento de doença grave não elencada na lei de regência, mas que se justifica, figurar a saúde como garantia constitucional, direito de todos e dever do Estado. 5. Recurso especial improvido". (REsp 671.795/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005, p. 282)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. LEVANTAMENTO DO SALDO. CÔNJUGE ACOMETIDO DE DOENÇAS CRÔNICAS. POSSIBILIDADE. I - Cuida-se de pedido de levantamento do saldo da conta vinculada de FGTS para custear as despesas decorrentes do tratamento de saúde do esposo da autora, portador de diabetes mellitus, cardiopatia isquêmica e hepatite crônica viral tipo 'C'. II - A questão merece ser analisada à luz dos princípios constitucionais do direito à saúde e à vida e à luz do artigo 196 da Constituição Federal que assegura que a saúde é direito de todos e dever do estado. III - Restou comprovado nos autos, através de atestados médicos e receituários, que o esposo da autora é portador de doenças crônicas que implicam em tratamento dispendioso. IV - Consolidou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que o artigo 20 da Lei nº 8036/90 não é taxativo, podendo o levantamento do saldo do FGTS ser deferido diante da existência de outras doenças graves acometendo o fundista ou qualquer de seus dependentes. V - A CEF está isenta do pagamento de honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 29-C da Lei nº 8036/90. VI - Recurso da CEF parcialmente provido." (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1228116 - 0002932-62.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 13/11/2007, DJU DATA:30/11/2007 PÁGINA: 617).

Assim, tenho por demonstrada a plausibilidade do direito invocado.

O perigo na demora também é manifesto. Os documentos que acompanham a inicial revelam que as finanças do impetrante estão fortemente abaladas, sobretudo em razão do desencontro entre as avaliações de seu empregador e do INSS a respeito de seu estado de saúde. Este concluiu que o impetrante não padece atualmente de incapacidade para o trabalho, ao passo que aquele não autorizou seu retorno.

De mais a mais, embora isso não tenha sido levantado de forma expressa na inicial, o relatório da cardiologista que acompanha o impetrante informa que a filha do autor também é acometida de cardiopatia grave, o que robustece o direito ao saque do FGTS. Cabe registrar que em três ou quatro casos que chegaram às minhas mãos este ano, autorizei o levantamento do saldo de FGTS para a quitação de prestações de financiamento habitacional em atraso, inclusive para purgar os efeitos da mora e evitar a realização de leilão. Assim o fiz porque entendi que garantir que um mutuário permaneça com seu imóvel é importante. Pois a saúde do impetrante (e também de sua filha) é ainda mais.

Penso hoje como pensava ontem, sendo que os argumentos apresentados pela autoridade impetrada não abalaram minha convicção quanto à matéria.

Sendo assim, impõe-se a concessão da segurança.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, CONCEDO A SEGURANÇA para o fim de determinar à autoridade coatora que libere em favor do impetrante seu saldo de FGTS.

Sem condenação em honorários advocatícios conforme disposto no artigo 25, da Lei 12.016/09.

Custas pela Caixa Econômica Federal.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Ciência do MPF.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER
5008700-24.2019.4.03.6100

Autor: CONSELHO REGIONAL DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Réu: C. LOPES REPRESENTACOES LTDA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: DENISE APARECIDA AVELAR
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 31/05/2019

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, pelo procedimento comum, promovida pelo *CONSELHO REGIONAL DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – CORE* em face de *C. LOPES REPRESENTAÇÕES*, requerendo provimento liminar para que a parte ré realize o registro da empresa e de seu responsável técnico nos quadros do conselho, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00 para o caso de descumprimento.

Narra ter identificado, por intermédio de análise da inscrição cadastral no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda, a informação de que a parte ré exerce ou possui como razão social a atividade de representação comercial.

Alega que, a teor do que dispõe o artigo 1.158, §2º do Código Civil, a informação constante na razão social ou no objeto do estatuto social define a atividade principal da pessoa jurídica.

Relata ter notificado a parte ré para realização de registro em seus quadros de forma amigável, sem, todavia, lograr êxito.

Sustenta que a recalcitrância da parte ré em proceder à inscrição em seus quadros implica em infração aos artigos 2º da Lei nº 4.886/65, 1º da Resolução 1.063/15 do Conselho Federal dos Representantes Comerciais e na prática de contravenção penal.

Pugna, igualmente, pela desconsideração da personalidade jurídica da empresa, nos termos dos artigos 133 e 134, §2º do Código de Processo Civil, a fim de que os sócios sejam responsabilizados solidariamente.

Atribui à causa o valor de R$ 900,00 (novecentos) reais.

Inicial acompanhada de procuração e documentos.

Custas iniciais recolhidas (ID nº 17469480, pág. 01).

Recebidos os autos, vieram à conclusão.

É o relatório. Passo a decidir.

Os elementos constantes dos autos levam à conclusão de que a ação não merece prosseguir.

As condições da ação devem existir quando da sua propositura e perdurar no momento da sentença.

Como é cediço, o interesse processual pode ser desdobrado em três elementos: necessidade, utilidade e adequação. Ou seja, se faz necessário demonstrar a necessidade da tutela jurisdicional, a utilidade do provimento para solução da lide e a adequação da via eleita para a sua satisfação.

No que concerne especificamente ao interesse de agir, leciona Luiz Guilherme Marinoni que:

> O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protege-lo e satisfazê-lo.
> Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou nega) provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse firmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex., a prisão por dívidas).
> (...) Em conclusão, o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito.
> (MARINONI, Luiz Guilherme. In "Curso de Processo Civil, Volume 1: Teoria Geral do Processo". São Paulo: RT, 2006, págs. 170-171).

Deve-se ressaltar, também, que a pretensão autoral deve ser balizada pela reserva da legalidade, segundo a qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei* (CF, art. 5º, II).

Nesse contexto, não se mostra lícito requerer ao Estado-Juiz prestação jurisdicional visando compelir a parte à adoção de medidas ou à incursão de situações distintas daquelas previstas pelo sistema normativo vigente.

No caso dos autos, tendo o Conselho-Autor identificado o exercício da atividade de representação comercial em desconformidade com a lei regimental, cumpre averiguar se a prestação jurisdicional invocada adequa-se à exegese normativa.

A atividade de representante comercial foi originalmente regulamentada pela Lei Federal nº 4.886, de 09 de dezembro de 1965, prevendo a obrigatoriedade do registro das pessoas físicas ou jurídicas que exercessem a atividade de representação comercial. Confira-se:

> *Art. 1º* - Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmití-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.
> *Parágrafo único.* Quando a representação comercial incluir podêres atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício dêste, os preceitos próprios da legislação comercial.
> *Art. 2º* - É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art. 6º desta Lei.
> *Parágrafo único.* As pessoas que, na data da publicação da presente Lei, estiverem no exercício da atividade, deverão registrar-se nos Conselhos Regionais, no prazo de 90 dias a contar da data em que êstes forem instalados.

Adiante, a lei especial concedeu ao Conselho Federal de Representantes Comerciais a atribuição de "*baixar instruções para a fiel observância da presente Lei*" (art. 10, V), bem como a aplicação de sanções administrativas ao representante infrator, na forma seguinte:

> *Art. 18.* Compete aos Conselhos Regionais aplicar, ao representante comercial faltoso, as seguintes penas disciplinares:

a) advertência, sempre sem publicidade;
b) multa até a importância equivalente ao maior salário-minino vigente no País;
c) suspensão do exercício profissional, até um (1) ano;
d) cancelamento do registro, com apreensão da carteira profissional.
§ 1º No caso de reincidência ou de falta manifestamente grave, o representante comercial poderá ser suspenso do exercício de sua atividade ou ter cancelado o seu registro.
§ 2º As penas disciplinares serão aplicadas após processo regular, sem prejuízo, quando couber, da responsabilidade civil ou criminal.
§ 3º O acusado deverá ser citado, inicialmente, dando-se-lhe ciência do inteiro teor da denúncia ou queixa, sendo-lhe assegurado, sempre, o amplo direito de defesa, por si ou por procurador regularmente constituído.
§ 4º O processo disciplinar será presidido por um dos membros do Conselho Regional, ao qual incumbirá coligir as provas necessárias.
§ 5º Encerradas as provas de iniciativa da autoridade processante, ao acusado será dado requerer e produzir as suas próprias provas, após o que lhe será assegurado a direito de apresentar, por escrito, defesa final e o de sustentar, oralmente, suas razões, na sessão do julgamento.
§ 6º Da decisão dos Conselhos Regionais caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho Federal. (g. n.).

Portanto, o Conselho Federal e os congêneres estaduais possuem a prerrogativa legal de aplicação de sanções administrativas, mediante a instauração do devido processo apurativo, para o caso de exercício da atividade de representação comercial em desconformidade com a Lei.

Cumpre destacar, ainda, que os conselhos profissionais, embora não integrem a Administração Pública, possuem natureza jurídica autárquica conferida por Lei (art. 1º do Decreto-Lei nº 968/69), colaborando com o Poder Público para o exercício da atividade de fiscalização das profissões.

Trata-se de verdadeira atividade delegada pela Administração, conforme entendimento dos Tribunais Superiores:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIAS. REGIME DOS FUNCIONÁRIOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
I- Inviável em sede de recurso especial a apreciação de matéria cujo tema não fora objeto de discussão no acórdão recorrido, uma vez que cabe ao Tribunal *a quo* manifestar-se sobre o tema, tendo em vista a exigência do indispensável prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356/STF.
II - *Consoante entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, ainda que sejam considerados como autarquias corporativas, não há como se afastar a natureza jurídica de autarquia dos conselhos de fiscalização de profissões, já que exercem verdadeira atuação de poder de polícia, função essencialmente da Administração Pública. Precedentes.*
III - A Eg. Quinta Turma, em recente julgamento, se manifestou no sentido deque, por força no disposto no Decreto-lei nº 968/69, o regime dos funcionários dos conselhos defiscalização de profissões era celetista. Após a Constituição Federal de 1988, com o advento da Lei nº 8.112/90, foi instituído o regime jurídico único, sendo os funcionários alçados a estatutários, situação que perdurou até a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, oportunidade em que foi abarcado o art. 58, § 3º da Lei nº 9.649/98, instituindo novamente o regime celetista.
IV - Agravo interno desprovido.
(*STJ, ArRg no REsp nº 330.517-SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19.06.2006*) (g. n.).

Nesse contexto, não há como negar que a atuação dos conselhos na fiscalização da atividade profissional de seus congêneres é dotada de autoexecutoriedade, não dependendo da interferência do Poder Judiciário para a sua realização ou efetivo desempenho.

Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a questão,

> As medidas de polícia administrativa frequentemente são autoexecutórias, isto é, pode a Administração Pública promover por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias. Assim, uma ordem para dissolução de comício ou passeata, quanto estes sejam perturbadores da tranquilidade pública, será coativamente assegurada pelos órgãos administrativos. Estes se dispensam de obter uma declaração preliminar do Judiciário, seja para declaração do caráter turbulento do comício ou da passeata, seja para determinar sua dissolução
> (...). Todas essas providências, mencionadas exemplificativamente, têm lugar em três diferentes hipóteses: a) quando a Lei expressamente autorizar; b) quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade; c) quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia.
> É natural que seja no campo do poder de polícia que se manifesta de modo frequente o exercício da coação administrativa, pois os interesses coletivos defendidos não poderiam, para eficaz proteção, depender das demoras resultantes do procedimento judicial, sob pena de perecimento dos valores sociais resguardados através das medidas de polícia, respeitadas, evidentemente, entretanto, as garantias individuais do cidadão constitucionalmente estabelecidas.
> (DE MELLO, Celso Antônio. *In* Curso de Direito Administrativo, 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 834).

Portanto, não obstante os argumentos lançados pelo Conselho-Autor, deve ser reconhecida a ausência de interesse de agir no que tange ao pedido de condenar a parte ré à obrigação de inscrever-se em seus quadros.

Se a lei de regência prevê sanções específicas para o caso de exercício profissional fora dos parâmetros estabelecidos, compete ao Conselho Autor, no exercício de sua função primordial, adotá-las.

Portanto, de rigor a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, dada a ausência de interesse de agir.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, *JULGO EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.*

Custas processuais pelo Autor. Tendo em vista a ausência de citação, sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

P.R.I.C.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

Juíza Federal DENISE APARECIDA AVELAR



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

1 **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

JUSTIÇA FEDERAL

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista - revista@trf3.jus.br - Tel.: (11) 3012-1532