



Jurisprudência

Uniformização de jurisprudência



CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0012712-41.2016.4.03.0000

(2016.03.00.012712-1)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO - DÉCIMA TURMA

Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY - PRIMEIRA TURMA

Parte Autora: JOSÉ CARLOS DO NASCIMENTO

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: CC 20798

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/05/2017

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER PROPOSTA PELA PARTE AUTORA. AÇÃO DE CONHECIMENTO COM O OBJETIVO DE OBSTAR A COBRANÇA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO INDEVIDAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA 3ª SEÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO TIPO DE AÇÃO PROPOSTA.

1. O E. Órgão Especial desta Corte Regional, nos autos nº 001271326.2016.4.03.0000/SP, decidiu na sessão de 14.9.2016 que a ação de ressarcimento de benefício previdenciário indevido é da competência da 3ª Seção. (TRF3, CC 0012713-26.2016.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, Órgão Especial, j. 14.9.2016)
2. O C. STJ já pacificou a questão no sentido de que a execução fiscal não é meio adequado para cobrança de benefício previdenciário pago indevidamente, pois o valor cobrado não se enquadra no conceito de dívida ativa não tributária.
3. Sendo inviável a via da execução fiscal para cobrança de benefício previdenciário pago indevidamente, mas o meio adequado é a ação de conhecimento, remanesce a competência da 3ª Seção para apreciar a matéria de fundo (natureza alimentar e se deve ou não ser restituído), independentemente do tipo de provimento jurisdicional invocado (conhecimento, execução ou cautelar).
4. Suponha-se uma execução fiscal em andamento objetivando a restituição do benefício previdenciário pago indevidamente e distribuída na Primeira Seção, e por outro lado, uma ação de conhecimento (condenatória, declaratória ou constitutiva) ajuizada pela parte autora com o escopo de obstar a mesma cobrança da execução fiscal e que foi distribuída na Terceira Seção. Se ambas as ações forem julgadas procedentes, teremos decisões claramente conflitantes.
5. O novo CPC, em seu Art. 55 e §§ dispõem que “Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. § 1º. Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado. § 2º. Aplica-se o disposto no *caput*: I - à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico; II - às execuções fundadas no mesmo título executivo. § 3º. Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.”
6. No caso vertente, trata-se de ação de obrigação de não fazer (ação de conhecimento)

e a natureza da questão controvertida é eminente previdenciária, pois está relacionada ao caráter alimentar do benefício previdenciário, que, para a fixação da competência em razão da matéria, antecede todas às outras questões, inclusive o tipo de ação.

7. A matéria de restituição de valores recebidos por erro da Administração ou judicialmente, seja por força de sentença transitada em julgado ou antecipação de tutela deferida, é corriqueiramente objeto de processos e de decisões afetos às todas as Turmas que compõem a 3ª Seção, razão pela qual se impõe a uniformização de jurisprudência nesta Corte, a fim de evitar soluções díspares entre as Seções.

8. A 3ª Seção também julga as ações em que se discute no mesmo processo o pedido de benefício previdenciário e a devolução dos valores recebidos indevidamente pela parte autora. Se o E. Órgão Especial desta Corte resolver pela competência da 1ª Seção para as execuções fiscais e consequentemente das ações de conhecimento (anulatória, por exemplo), ainda assim, haveria o risco de decisões conflitantes com aquelas ações em que se discutem também o benefício em si, que logicamente são da 3ª Seção.

9. Tendo em vista que a competência das Seções é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa (Art. 10, do Regimento Interno deste Tribunal), e não pelo tipo de ação, bem como para se evitar decisões conflitantes entre Seções, deve ser reconhecida a competência da 3ª Seção para o julgamento do recurso.

10. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz Federal Convocado suscitante, integrante da Terceira Seção.

11. Aprovada a proposta de edição de súmula nesta matéria, com fundamento no Art. 107 *caput*, § 1º do RI do TRF3, diante da natureza da causa e com o escopo de evitar decisões conflitantes entre as Seções.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar procedente o conflito e declarar competente o MM. Juiz Federal convocado suscitante e aprovar a proposta de edição de súmula nesta matéria, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de conflito de competência entre Seções (1ª e 3ª), suscitado pelo E. Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira nos autos da “Ação de Obrigação de Não Fazer cumulada com Pedido de Antecipação de Tutela” (ação de conhecimento), na qual a parte autora pretende anular a cobrança do INSS atinente ao montante recebido a título de aposentadoria especial e cancelado administrativamente.

Distribuídos os autos ao E. Desembargador Federal Wilson Zauhy, o qual se declarou incompetente ao julgamento do feito, com fundamento no Art. 10, § 3º, do Regimento Interno desta Corte.

Redistribuídos os autos, o E. Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira suscitou o presente conflito ao fundamento de que a matéria debatida reveste-se de natureza de direito privado, na medida em que os valores oriundos de recebimento de benefício previdenciário cassado não possuem o condão de deslocar a competência para a 3ª Seção deste Tribunal.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido de que não se revela necessária a sua intervenção em razão do novo CPC.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

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

O E. Órgão Especial desta Corte Regional, nos autos nº 001271326.2016.4.03.0000/SP, decidiu na sessão de 14.9.2016 que a ação de ressarcimento de benefício previdenciário indevido é da competência da 3ª Seção, conforme julgado abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS DATAS DE INÍCIO DA DOENÇA E DE INÍCIO DA INCAPACIDADE, DAÍ DECORRENDO, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 8.213/1991, A CONCLUSÃO DE QUE SERIA INDEVIDA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DEMANDA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE INTEGRAM A 3ª SEÇÃO DESTA TRIBUNAL.

1. Na demanda subjacente, o INSS busca a restituição de valores que teriam sido indevidamente pagos a título de auxílio-doença, alegando que, revistas administrativamente as datas de início da doença e da incapacidade, constatou que o reingresso no Regime Geral da Previdência Social deu-se quando a segurada já portava a doença.

2. Fundada a demanda, primordialmente, no poder-dever de revisão administrativa de benefícios - previsto no artigo 71 da Lei nº 8.212/1991 - e na impossibilidade de conceder-se auxílio-doença a segurado que reingressa no Regime Geral da Previdência Social quando já portava a enfermidade - nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991 -, é de rigor concluir-se pela natureza previdenciária da demanda e, por conseguinte, pela competência das Turmas da 3ª Seção deste Tribunal Regional Federal.

3. Conflito negativo julgado improcedente.

(TRF3, CC 0012713-26.2016.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, Órgão Especial, j. 14.9.2016)

No precedente supramencionado, o e. Relator fundamentou no sentido de que:

... em primeiro lugar, que a proibição do enriquecimento sem causa não decorre de um princípio do direito privado ou civil, mas de um princípio geral de direito; em segundo lugar, por pensar que, se a questão central a ser debatida na causa é regida pelo direito previdenciário, o respectivo exame há de caber à seção especializada nessa matéria; e, em terceiro lugar, por considerar que nada importa, para a definição da competência, se a questão é posta por iniciativa do segurado, com vistas à obtenção do benefício, ou mediante proposta da autarquia, com o fito de obter o reconhecimento de que o benefício é indevido. Essencialmente, a discussão travada no processo que deu origem ao presente conflito, frise-se, diz com o direito previdenciário e com base na respectiva legislação haverá de ser resolvida, nada melhor havendo que tal se dê por atuação de órgão fracionário afeto à 3ª Seção, especializada naquela matéria.

Por outro lado, o C. STJ já pacificou a questão no sentido de que a execução fiscal não é meio adequado para cobrança de benefício previdenciário pago indevidamente, pois o valor cobrado não se enquadra no conceito de dívida ativa não tributária:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Embora o Agravo Regimental tenha sido julgado quando o feito deveria ser sobrestado (até julgamento do recurso repetitivo), não há motivo para anular a decisão quando não for demonstrado prejuízo para a parte.

3. Hipótese em que o acórdão seguiu a decisão que, ao final, foi posteriormente adotada no julgamento do REsp 1.350.804/PR, no rito do art. 543-C do CPC, segundo a qual se confirmou definitivamente a jurisprudência pacífica do STJ de que a Execução Fiscal não é meio adequado para cobrança de benefício previdenciário pago indevidamente, pois o valor respectivo não se enquadra no conceito de dívida ativa não tributária.

4. Embargos de Declaração rejeitados.

(STJ, EDcl no AgRg no AREsp 291.352/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 06/08/2015)

Ora, se é inviável a via da execução fiscal para cobrança de benefício previdenciário pago indevidamente, mas o meio adequado seria, em tese, a ação de conhecimento, remanesce a competência da 3ª Seção para apreciar a matéria de fundo (natureza alimentar e se deve ou não ser restituído), independentemente do tipo de provimento jurisdicional invocado (conhecimento, execução ou cautelar).

Ademais, suponha-se uma execução fiscal em andamento objetivando a restituição do benefício previdenciário pago indevidamente e distribuída na 1ª Seção, e por outro lado, uma ação de conhecimento (condenatória, declaratória ou constitutiva) ajuizada pela parte autora com o escopo de obstar a mesma cobrança da execução fiscal e que foi distribuída na 3ª Seção. Se ambas as ações forem julgadas procedentes, teremos decisões claramente conflitantes e que gerariam o seguinte impasse: qual decisão deve prevalecer?

O novo CPC, em seu Art. 55 e §§ dispõem:

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 1º. Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

§ 2º. Aplica-se o disposto no *caput*:

I - à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico;

II - às execuções fundadas no mesmo título executivo.

§ 3º. Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

Da leitura do novo regramento, verifica-se que, o § 2º, I, expressamente determina a reunião para decisão conjunta nos casos de execução de título extrajudicial e de ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico e, ainda que assim não fosse, o § 3º preceitua que sejam reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de decisões contraditórias, ainda que sem conexão entre eles. Ou seja, é nítido o perigo de decisões con-

traditórias se a execução fiscal for processada na 1ª Seção e a ação anulatória na 3ª Seção, colocando-se em risco a segurança jurídica das partes.

Tal situação semelhante verifica-se na 2ª Seção desta Corte que julga as ações de execução fiscal de débito tributário, bem como as ações anulatórias de débito fiscal, competência firmada em razão da matéria tributária e não pelo tipo de procedimento judicial adotado.

No caso vertente, trata-se de ação de obrigação de não fazer (ação de conhecimento) e a natureza da questão controvertida é eminente previdenciária, pois está relacionada ao caráter alimentar do benefício previdenciário, que, para a fixação da competência em razão da matéria, antecede todas às outras questões, inclusive o tipo de ação.

Ressalte-se, ademais, que a matéria de restituição de valores recebidos por erro da Administração ou judicialmente, seja por força de sentença transitada em julgado ou antecipação de tutela deferida, é corriqueiramente objeto de processos e de decisões afetos às todas as Turmas que compõem a 3ª Seção, razão pela qual se impõe a uniformização de jurisprudência nesta Corte, a fim de evitar soluções díspares entre as Seções, conforme se vê dos seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NATUREZA ALIMENTAR. IRREPETIBILIDADE. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES.

- Embargos de declaração, opostos pelo INSS, em face do v. Acórdão que negou provimento ao seu agravo legal, mantendo a decisão monocrática.

- Não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o v. acórdão embargado motivadamente, de forma clara e precisa, concluiu ser indevida a devolução de valores recebidos força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela, em razão da boa-fé do segurado e da natureza alimentar dos benefícios previdenciários.

- Não há que se falar em ofensa aos artigos 876, 884 e 885 do Código Civil de 1973, e nem tampouco aos artigos 115, II, da Lei nº 8.213/91 e 154, II, do Decreto nº 3.048/99, uma vez que apenas foi dado ao texto desses dispositivos interpretação diversa da pretendida pelo INSS, privilegiando o princípio da irrepetibilidade dos alimentos recebidos de boa-fé.

- O art. 475-O, II, do CPC de 1973 (art. 520 do novo Código de Processo Civil), que possibilita, nos mesmos autos, a liquidação de eventuais prejuízos decorrentes de execução, tornados sem efeito em face de acórdão que modifique ou anule a sentença objeto de execução, tem aplicação mitigada nos feitos previdenciários, cujos valores destinam-se à própria sobrevivência do segurado, circunstância que o reveste de nítido caráter alimentar, impedindo sua repetição.

- Agasalhado o v. acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 535, do CPC de 1973 (art. 1022 do atual diploma processual).

- O Recurso de Embargos de Declaração não é meio hábil ao reexame da causa.

- A explanação de matérias com finalidade única de estabelecer prequestionamento a justificar cabimento de eventual recurso não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 535, do CPC de 1973 (art. 1022 do atual diploma processual).

- Embargos de declaração rejeitados.

(TRF3, AMS 0003412-87.2013.4.03.6102, Relator Desembargador Federal Fausto de Sanctis, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/05/2016)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.

NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO.

- Conquanto sejam os embargos declaratórios meio específico para escoimar o acórdão dos vícios que possam ser danosos ao cumprimento do julgado, não se constata a presença de contradições, obscuridades ou omissões a serem supridas, uma vez que o r. decisum embargado, de forma clara e precisa, concluiu ser indevida a devolução de valores recebidos por erro de cálculo cometido pela própria administração pública, em razão da boa-fé do segurado e da natureza alimentar dos benefícios previdenciários.

- Constatou expressamente do decisum que, não há que se falar em ofensa aos artigos 115, II, da Lei nº 8.213/91 e 154, II, do Decreto nº 3.048/99, uma vez que apenas deu-se ao texto desses dispositivos interpretação diversa da pretendida pelo INSS, privilegiando o princípio da irrepetibilidade dos alimentos recebidos de boa-fé.

- Também não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais do art. 37 e 195, § 5º, da CF, na medida em que o magistrado, ao proferir sua decisão, não pode fechar seus olhos à aplicação dos demais princípios constitucionais, tais como o princípio da proteção ao hipossuficiente e o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, devendo fazer o cotejo entre as normas constitucionais para o fim de aplicar a que melhor resolve a questão.

- Agasalhado o v. Acórdão recorrido em fundamento consistente, não se encontra o magistrado obrigado a exaustivamente responder a todas as alegações das partes, nem tampouco ater-se aos fundamentos por elas indicados ou, ainda, a explanar acerca de todos os textos normativos propostos, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 1022 do CPC.

- O Recurso de Embargos de Declaração não é meio hábil ao reexame da causa. - A explanação de matérias com finalidade única de estabelecer prequestionamento a justificar cabimento de eventual recurso não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 1022 do CPC.

- Embargos de declaração improvidos.

(TRF3, AC 0038710-21.2015.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Tania Marangoni, 8ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2016)

AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO. DEVOÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. ERRO ADMINISTRATIVO. NATUREZA ALIMENTAR. BOA-FÉ. IRREPETIBILIDADE. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - No agravo do art. 557, § 1º, do CPC, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação, vícios inexistentes na decisão.

II - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

III - Agravo não provido.

(TRF3, AI 0017797-42.2015.4.03.0000, Relatora Juíza Convocada Marisa Cucio, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/03/2016)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. DESPROVIMENTO.

1- Restou pacificado, pelo E. Supremo Tribunal Federal, ser desnecessária a restituição dos valores recebidos de boa fé, devido ao seu caráter alimentar, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

2- Diante da situação fática descrita, não se verifica a má fé do impetrante, não havendo que se falar em desconto nos benefícios de pensão por morte.

3- Agravo desprovido.

(TRF3, AMS 0006433-28.2014.4.03.6105, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, 10ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2015)

Sendo a devolução ou não de valores de benefícios previdenciários recebidos indevidamente sob o fundamento de natureza alimentar matéria e se recebidos de boa ou má-fé, da competência da 3ª Seção, não se deve admitir como matéria de natureza diversa a mesma controvérsia à qual tão-somente se atribuiu uma roupagem diferente (execução fiscal, ação de cobrança, ação declaratória ou ação anulatória de débito ou ação de obrigação de fazer ou não fazer etc).

Não se pode olvidar que a 3ª Seção também julga as ações em que se discute no mesmo processo o pedido de benefício previdenciário e a devolução dos valores recebidos indevidamente pela parte autora. Se o E. Órgão Especial desta Corte resolver pela competência da 1ª Seção para as execuções fiscais e consequentemente das ações de conhecimento (anulatória, por exemplo), ainda assim, haveria o risco de decisões conflitantes com aquelas ações em que se discutem também o benefício em si, que logicamente são da 3ª Seção.

Assim, tendo em vista que a competência das Seções é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa (Art. 10, do Regimento Interno deste Tribunal), e não pelo tipo de ação, bem como para se evitar decisões conflitantes entre Seções, deve ser reconhecida a competência da 3ª Seção para o julgamento do recurso.

À vista destas considerações, proponho aos ilustres integrantes deste Órgão Especial a edição de súmula da questão no sentido de que “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.”

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do E. Juiz Federal Convocado suscitante e, com fundamento no Art. 107, *caput* e § 1º do RI desta Corte, proponho aos ilustres integrantes deste Órgão Especial a edição de súmula no sentido de que “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.”

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI:

Inicialmente, esclareço que pedi vista destes autos, a fim de melhor refletir acerca da divergência apresentada pelo eminente Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, na sessão de julgamento de 26.10.2016.

De acordo com sua Excelência, a questão tratada nos autos, pedido de anulação da cobrança do INSS atinente ao montante recebido a título de aposentadoria especial e cancelado administrativamente, teria natureza civil, e não previdenciária. Ou seja, seria o que o Código Civil denomina “*responsabilidade civil*”, disciplinada nos artigos 186 e 927, do referido diploma. Logo, a competência para julgar o feito seria da 1ª Seção desta Corte.

Com a devida vênia do nobre Desembargador, entendo que é o caso de acompanhar o voto do eminente Relator, Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, em relação a questão de fundo.

Isso porque, este Colendo Órgão Especial, como bem lembrou o Relator, na sessão de 14.09.2016, em julgamento do qual tomei parte, nos termos do voto do processo nº 001271326.2016.4.03.0000/SP, da lavra do eminente Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, decidiu, em ação de ressarcimento de benefício previdenciário indevido, que a competência é da 3ª Seção.

Logo, não vejo motivo para deslocar a competência para a 1ª Seção o julgamento da presente ação, pois, como referido no precedente, “a proibição do enriquecimento sem causa não decorre de um princípio do direito privado ou civil, mas de um princípio geral de direito”, e, ainda, que, para definir a competência não importaria “se a questão é posta por iniciativa do segurado, com vistas à obtenção do benefício, ou mediante proposta da autarquia, com o fito de obter o reconhecimento de que o benefício é indevido”, mas, sim, que a essência da discussão travada diz com o direito previdenciário.

Nestes termos, estou com o relator, para julgar improcedente o conflito.

Contudo, entendo que não seja o caso de edição de súmula, por tratar-se esta, como é sabido, de instrumento condensador de vários julgamentos do tribunal, no mesmo sentido, sobre determinada matéria, e, na hipótese, como bem salientou o Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, na sessão de julgamento do dia 26.10.2016, “não há qualquer precedente tirado em execução fiscal que aponte a competência da 3ª Seção”.

Desse modo, pedindo vênia ao eminente Relator, rejeito a edição da súmula.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0012713-26.2016.4.03.0000

(2016.03.00.012713-3)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO - DÉCIMA TURMA

Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO - SEGUNDA TURMA

Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Parte Ré: JANDIRA PORTES RAMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: CC 20799

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/09/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS DATAS DE INÍCIO DA DOENÇA E DE INÍCIO DA INCAPACIDADE, DAÍ DECORRENDO, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 8.213/1991, A CONCLUSÃO DE QUE SERIA INDEVIDA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DEMANDA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE INTEGRAM A 3ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.

1. Na demanda subjacente, o INSS busca a restituição de valores que teriam sido indevidamente pagos a título de auxílio-doença, alegando que, revistas administrativamente as datas de início da doença e da incapacidade, constatou que o reingresso no Regime Geral da Previdência Social deu-se quando a segurada já portava a doença.
2. Fundada a demanda, primordialmente, no poder-dever de revisão administrativa de benefícios - previsto no artigo 71 da Lei nº 8.212/1991 - e na impossibilidade de conceder-se auxílio-doença a segurado que reingressa no Regime Geral da Previdência Social quando já portava a enfermidade - nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991 -, é de rigor concluir-se pela natureza previdenciária da demanda e, por conseguinte, pela competência das Turmas da 3ª Seção deste Tribunal Regional Federal.
3. Conflito negativo julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de setembro de 2016.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo e. Juiz Federal convocado Leonel Ferreira, atuando na 10ª Turma desta Corte, em substituição ao e. Desembargador Federal Sérgio do Nascimento.

O conflito originou-se na apelação nº 0016499-54.2016.4.03.9999, interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos autos da ação de ressarcimento que ajuizou em face de Jandira Portes Ramos perante o Juízo de Direito da Comarca de Pirapozinho, SP.

Na petição inicial, a autarquia previdenciária alega que, “de acordo com a perícia médica do INSS, as datas de início da doença (DID) e da incapacidade (DII) anteriormente atribuídas à segurada como sendo 01/04/2001 e 07/02/2006 (cópia do P.A. em anexo), respectivamente, devem, na verdade, ser fixadas, em 01/01/1998 e 31/12/1998”; e que, “assim, tornou-se indevido o benefício gozado, na medida em que a interessada saiu do RGPS em 21/09/1989 e só reingressou neste em 06/01/2005 (doc. anexo - CNIS) quando a mesma já estava incapaz para o trabalho, haja vista que ela teve início em 31/12/1998” (cópias dos PA’s em anexo).

Indo adiante, o INSS alega que restou violado “o disposto no art. 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/91, já que ‘não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício’.”

Em primeira instância, proferiu-se sentença reconhecendo a prescrição, nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil de 1973, advindo apelação do autor.

Distribuída a apelação à 2ª Turma (1ª Seção) desta Corte Regional, o e. relator sorteado, Desembargador Federal Souza Ribeiro, declinou da competência para julgar o recurso, ao fundamento de que a demanda teria cunho previdenciário, de competência, portanto, das Turmas da E. 3ª Seção.

Redistribuído o feito à 10ª Turma, o e. Juiz Federal convocado Leonel Ferreira suscitou conflito negativo de competência, invocando, para tanto, o acórdão proferido por este E. Órgão Especial no conflito de competência nº 10382 (autos nº 2007.03.00.084959-9).

Designado o juiz suscitante para o exame das questões urgentes, pedi inclusão do presente conflito em pauta, para julgamento.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

No caso presente, o INSS busca a condenação da ré ao ressarcimento de quantias recebidas a título de “auxílio-doença”, ao fundamento de que, revendo as datas de início da doença e de início da incapacidade e à vista do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991, constatou que o benefício teria sido pago indevidamente, uma vez que a autora teria reingressado ao Regime Geral da Previdência Social já portadora da doença ou da lesão invocada.

Como fundamentos jurídicos do pedido, o INSS invocou, além do mencionado artigo

59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991, o artigo 71 da Lei nº 8.212/1991, o artigo 876 do Código Civil e o princípio geral de direito segundo o qual não se deve placitar o enriquecimento sem causa.

Nesse contexto, penso que a demanda possui nítido caráter previdenciário, na medida em que a premissa fundamental da pretensão repousa sobre a alegação de que, revistas as datas de início da doença e da incapacidade, se revelou indevida, nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991, a obtenção, pela ré, do benefício do auxílio-doença.

É importante destacar que o precedente invocado pelo e. magistrado suscitante cuida de situação diversa da que tratam os presentes autos. No conflito de competência nº 10382 (autos nº 2007.03.00.084959-9), o caso subjacente era uma execução de crédito inscrito em dívida ativa decorrente do pagamento de benefício previdenciário concedido judicialmente e, ao final, revertido. Veja-se a respectiva ementa:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE CRÉDITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA DECORRENTE DO PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO QUE FOI, A FINAL, RECONHECIDO COMO INDEVIDO. NATUREZA INDENIZATÓRIA.

- O segurado, lícitamente, na medida em que amparado por comando judicial, recebeu prestação previdenciária. Posteriormente, no entanto, essa determinação foi revertida, o que deu causa a que o ente público tomasse providências para ser ressarcido. Saber se esse quantum pode ou não ser repetido é o mérito da controvérsia e nenhuma relevância tem para a solução do conflito, assim como, obviamente, o benefício que o originou. Importa examinar é a natureza da pretensão da autarquia deduzida por meio de uma ação específica.

- A legislação civil assegura a restituição do que foi indevidamente auferido (artigos 884 e 885 do Código Civil). Assim, o ente previdenciário busca ser indenizado pelos pagamentos que fez e que foram por fim judicialmente reconhecidos como indevidos. Por essa razão é que o débito foi inscrito na dívida ativa da fazenda pública, que compreende créditos de natureza tributária e não tributária, como deixa claro o § 2º do artigo 39 da Lei nº 4320/64, incluído pelo Decreto-Lei nº 1735/79. A cobrança judicial dos créditos tributários e não tributários inscritos em dívida ativa se dá por meio da execução disciplinada na Lei nº 6.830/80, como preceitua seu artigo 1º.

- Conclui-se que, no caso dos autos, a lide originária tem como causa petendi a satisfação de um crédito de natureza indenizatória, portanto não tributário e tampouco previdenciário, inscrito em dívida ativa. Logo, *ex vi* do inciso III do § 1º do artigo 10 do Regimento Interno, a competência é da Primeira Seção desta corte.

- Conflito de competência julgado procedente.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC 0006301-21.2012.4.03.0000, Rel. p/ acórdão Desembargador Federal André Nabarrete, julgado em 30/05/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/06/2012).

No caso presente, cuida-se de demanda condenatória, ajuizada, como dito, com base na alegação de que, revistas as datas de início da doença e de início da incapacidade, o benefício concedido revelou-se juridicamente indevido e, assim passível de restituição. A demanda funda-se, primordialmente, no poder-dever de revisão administrativa de benefícios - previsto no artigo 71 da Lei nº 8.212/1991 - e no fato de que, nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991, o auxílio-doença não é devido se o interessado ingressa ou reingressa no Regime Geral da Previdência Social após o advento da incapacidade laboral.

Demandas desse teor, por sinal, têm sido julgadas pelas Turmas que integram a E. 3ª Seção deste Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO LEGAL. ART. 557, DO CPC. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO INCABÍVEL. CARÁTER ALIMENTAR. BOA-FÉ. NÃO PROVIMENTO.

1. De acordo com o artigo 557, “caput”, do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

2. Incabível a devolução de valores recebidos a título de benefício previdenciário, em razão de seu caráter alimentar e do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

3. Tratando-se de verba de caráter alimentar recebida de boa-fé pela apelada, não há que se falar em restituição dos valores pagos por reforma da decisão que os concedeu.

4. *A autora recebeu benefício previdenciário de auxílio-doença administrativamente no período de 15.02.2001 a 04.08.2006 e, consoante se depreende do relatório da decisão proferida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social de fls. 21-24, foi submetida a quinze perícias médicas administrativas no período.*

5. *Por ocasião de perícia realizada em 16.09.2005, o profissional médico do ente autárquico alterou a data de início da incapacidade laborativa para 20.11.1992 e opinou pela suspensão do benefício ante a constatação de que a incapacidade era preexistente à data do reinício das contribuições para o Regime Geral da Previdência Social - RGPS.*

6. Conquanto não se negue a possibilidade de revisão administrativa dos benefícios em âmbito administrativo, facultada pela lei a realização de exames periódicos a cargo do INSS para que se avalie a perenidade ou não das moléstias diagnosticadas, a parte autora não pode ser penalizada com posterior condenação à restituição de valores recebidos de boa-fé e decorrentes de regular procedimento administrativo concessivo.

7. Agravo legal não provido.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AC 0001847-51.2010.4.03.6116, Rel. Desembargador Federal Luiz Stefanini, julgado em 07/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/03/2016)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, §1º, DO CPC. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA. VALORES RECEBIDOS DE BOA FÉ PELA AUTORA. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VERBA ALIMENTAR.

I - *Havendo a autora recebido de boa fé, o benefício de natureza alimentar, ainda que tenha se revelado indevida posteriormente a benesse, é descabida a sua devolução à autarquia.*

II - Agravo do INSS, previsto no art. 557, § 1º do CPC, improvido.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC 0003850-43.2014.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, julgado em 16/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2016)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INOMINADO - ART. 557, § 1º, DO CPC - AÇÃO ORDINÁRIA - EQUÍVOCO AUTÁRQUICO, NA FIXAÇÃO DA DATA DE INÍCIO DA DOENÇA (DID), RESULTANTE EM PAGAMENTO INDEVIDO DE BENEFÍCIO (AUXÍLIO-DOENÇA) - ERRO ESTATAL INOPONÍVEL AO RECEBIMENTO DE BOA-FÉ, AOS AUTOS CONFIGURADO - DEVOLUÇÃO INCABÍVEL - PRECEDENTES DO E. STJ - APELAÇÃO PARTICULAR PROVIDA- AGRAVO IMPROVIDO

1. Verifica-se, do acima exposto, que a ora agravante, em seu recurso, não aduz qualquer acréscimo apto a modificar o entendimento esposado na decisão.

2. Vênias todas à r. sentença, contudo, tal como emana nítido dos autos, indevida se põe a cobrança perpetrada, com o fito de remediar falha emanada do próprio Poder Público.

3. Ressalte-se, por primeiro, o inquestionável direito da Administração Pública de rever seus

atos, quando eivados de ilegalidade, observado o decadencial prazo, nos termos do art. 103-A da Lei n. 8.213/91.

4. Dispõe a v. Súmula n. 473, do Excelso Pretório, que “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

5. Em que pese o direito público de invalidar o ato concessivo, revogando o enfocado benefício previdenciário, na espécie, revela-se sem sentido nem substância, “data vênua”, desejo o Poder Público carrear ao segurado sua falha interna, derivada de má avaliação de Perito do próprio INSS, que, ao submeter a parte autora à primeira avaliação médica, estabeleceu que sua doença teria se iniciado em 12/05/2005 (fls. 66), contexto no qual a autora faria jus ao auxílio-doença.

6. Consoante os autos, extrai-se que a parte recorrente percebeu o benefício de auxílio-doença no período de 29/09/2005 a 31/08/2006 (fls. 28), sublinhando-se que na primeira perícia realizada junto ao INSS, a data de início de sua moléstia foi fixada em 12/05/2005 e a data de início da incapacidade em 29/09/2005.

7. *Posteriormente, submeteu-se o polo autoral a nova perícia médica, realizada por Junta Médica oficial, que, inclusive, procedendo à análise de prontuário médico da demandante, obtido junto à Rede Pública de Saúde (fls. 60/66), modificou a data de início da doença, de 12/05/2005 para 09/01/2001, tanto quanto a data de início da incapacidade, de 29/09/2005 para 10/01/2005, alterações estas que exerceram elementar influência sobre o direito particular ao benefício (fls. 29 e 57).*

8. Observe-se que a apelante somente tornou a contribuir para o RGPS em janeiro de 2005 (fls. 25), ou seja, em data posterior àquela em que fixado o novo marco inicial da moléstia (09/01/2001), tendo vertido exatas seis contribuições, descortinando-se cenário de preexistência da doença, em relação à refiliação ao RGPS, no qual o pagamento do benefício é vedado, consoante o parágrafo único do art. 59 da Lei n. 8.213/91.

9. O proceder autárquico não encontra arrimo nos indigitados arts. 115, II, da Lei 8.212/91, e 884, CCB, sublinhando-se que a faculdade do Poder Público de rever seus atos não lhe permite, indiscriminadamente, afetar cifras recebidas pelo beneficiário de boa-fé.

10. Cristalina a boa-fé da parte postulante / apelante, no recebimento das verbas em prisma, indesculpável a assim solitária falha estatal, máxima a jurídica plausibilidade aos fundamentos invocados, inciso XXXV do art. 5º, Lei Maior, inadmitindo-se prossiga a cobrança em pauta. Precedentes.

11. Incabível se revela a retomada dos valores, afigurando-se de rigor o desfecho favorável à pretensão demandante.

12. Impositiva a reforma da r. sentença, a fim de se julgar procedente o pedido inicial, declarando-se descabida a restituição da cifra apurada pelo INSS, da ordem de R\$ 26.165,93 (fls. 87), cujo pagamento, como denotado, derivou de falha exclusiva da Administração.

13. Agravo inominado improvido.

(TRF 3ª Região, NONA TURMA, AC 0004649-74.2009.4.03.6110, Rel. Juiz Convocado Silva Neto, julgado em 26/10/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/11/2015)

Por derradeiro, em atenção às razões expendidas pelo e. Desembargador Federal André Nabarrete em seu voto divergente, peço licença a Sua Excelência para manter a conclusão a que cheguei ao examinar o presente conflito. Faço-o, respeitosamente, por entender, em primeiro lugar, que a proibição do enriquecimento sem causa não decorre de um princípio do direito privado ou civil, mas de um princípio geral de direito; em segundo lugar, por pensar que, se a questão central a ser debatida na causa é regida pelo direito previdenciário, o respectivo exame há de caber à seção especializada nessa matéria; e, em terceiro lugar, por considerar

que nada importa, para a definição da competência, se a questão é posta por iniciativa do segurado, com vistas à obtenção do benefício, ou mediante proposta da autarquia, com o fito de obter o reconhecimento de que o benefício é indevido. Essencialmente, a discussão travada no processo que deu origem ao presente conflito, frise-se, diz com o direito previdenciário e com base na respectiva legislação haverá de ser resolvida, nada melhor havendo que tal se dê por atuação de órgão fracionário afeto à 3ª Seção, especializada naquela matéria.

Ante o exposto, julgo improcedente o conflito.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

Direito Administrativo



RECURSO ADMINISTRATIVO

0015613-26.2009.4.03.0000

(2009.03.00.015613-0)

Recorrente: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINTRAJUD E ASSOCIAÇÃO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA AVALIADORES FEDERAIS NO ESTADO DE SÃO PAULO - ASSOJAF/SP
Recorrido: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: RecAdm 725
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2017

EMENTA

RECURSO ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. INOCORRÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA.

- O remanejamento determinado pela Resolução 339/2008 não implicou *desvio de função*. Neste ponto, sigo o voto do Desembargador Baptista Pereira, que destaca que “[p]ara a análise da questão da possibilidade de se proceder ao remanejamento proposto pela mencionada Resolução, deve-se extrair do cargo ocupado qual a sua denominação, exigências, critérios ou requisitos para o seu provimento, valor de vencimentos e, sobretudo, quais as atribuições, ou seja, todas as características do cargo, e transferi-las para as novas tarefas a serem executadas” (fl. 413v). No caso dos autos, o remanejamento não significou mudança de nenhuma dessas características.
- Quanto ao argumento de violação ao *princípio da legalidade*, os recorrentes alegam que não existe na Lei 8.112/90 o termo “remanejamento” utilizado pela Resolução 339/2008 e que ele não equivale ao instituto da remoção (art. 36, Lei 8.112/90), que diz respeito a deslocamento *de servidor* (e não de cargo) e tampouco à redistribuição (art. 37, Lei 8.112/90), que permite apenas deslocamento de cargo de um órgão para outro, o que não seria o caso dos autos.
- Em primeiro lugar, como os próprios recorrentes parecem admitir, é preciso considerar que a denominação (“nomen iuris”) não é relevante para determinar a legalidade do deslocamento de cargos produzido pela Resolução 339/2008, sendo, na verdade, necessário apreender suas características e a partir delas determinar de que instituto se trata e se seu regime jurídico foi respeitado.
- Os recorrentes alegam que não se trata de redistribuição. Isso porque “a singela leitura [do art. 37 da Lei 8.112/90] revela que a redistribuição não se amolda ao caso em apreço, pois muito embora permita deslocamento de cargo provido, determina que tal mudança seja feita de um órgão para outro - o que não é a situação, pois os cargos permanecerão vinculados ao mesmo órgão” (fl. 508).
- Ocorre que a definição de “órgão” deve ser tomada de forma ampla. Em primeiro lugar, porque esse é o entendimento da doutrina. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, os define como “círculos de atribuições, os feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre

os agentes públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975) e Maria Sylvia di Pietro aponta que “a doutrina que hoje prevalece no direito brasileiro é a que vê no órgão apenas um feixe de atribuições, uma unidade inconfundível com os agentes” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23^a ed. São Paulo: Atlas editora, 2010, p. 507). Em segundo lugar, porque a dicção do art. 37 é a mais ampla possível ao descrever a redistribuição como deslocamento “para outro órgão ou entidade”. Em terceiro lugar, porque, se é possível o deslocamento entre órgãos (e mesmo entre entes diversos), não há razão para se concluir que ela não possa também ocorrer *dentro* de um mesmo órgão.

- Por todas essas razões, conclui-se que o regime do instituto da redistribuição é o que deve ser aplicado ao caso dos autos. Isso significa que os requisitos a serem cumpridos são os previstos no *caput* do art. 37 (interesse da administração; equivalência de vencimentos; manutenção da essência das atribuições do cargo; vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade, mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional, compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade) e, principalmente, que “correrá *ex officio* para ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou entidade” (art. 37, § 1º). Ou seja, trata-se de *ato discricionário, a ser exercido no interesse da administração, não havendo, em regra, direito adquirido dos servidores a ser oposto contra ele*. Precedentes.

- Das ementas acima reproduzidas também se conclui que a *proteção à família* prevista no art. 226 da Constituição Federal não é suficiente a afastar a legalidade do ato administrativo impugnado.

- Finalmente, quanto ao *interesse público* e aos princípios da *razoabilidade, proporcionalidade e eficiência*, observo que, como o ato de redistribuição é exercício de poder discricionário da Administração Pública, não é possível que seu mérito seja atacado, salvo hipóteses excepcionais.

- No caso dos autos, conforme relatado, o Juiz Federal Paulo Cesar Conrado, Corregedor da Central de Mandados Unificada, prestou informações no sentido de que as novidades na administração dos mandados têm sido implementadas de forma bem sucedida, com participação dos oficiais no acerto de questões relativas ao cumprimento de mandados (“todos os Senhores Oficiais foram e seguem sendo reiteradamente instados, com efeito, a participar deste processo, propondo, criticando, indagando [...]”, fl. 540) e concluindo que “o que se evidencia é que também no que toca à sua atividade rotineira, a CEUNI está se estabelecendo com a efetiva integração dos Senhores Oficiais, sendo desconhecida deste Juiz Federal qualquer insatisfação nesse ponto” (fl.540). Dessa forma, não há razão para se concluir que o ato impugnado esteja fora do âmbito razoável de exercício do poder discricionário da Justiça Federal no desempenho de sua função administrativa.

- Recurso administrativo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento

ao recurso administrativo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2017.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de recurso interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal no Estado de São Paulo - SINTRAJUD - e pela Associação dos Oficiais de Justiça Avaliadores Federais no Estado de São Paulo - ASSOJAF - diante de decisão do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região que, por maioria de votos, referendou a Resolução nº 339/2008.

Referida resolução tornou definitivas as Centrais de Mandados dos Fóruns Cível e Previdenciário, ambos da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, e determinou o remanejamento de 39 (trinta e nove) cargos efetivos de Analista Judiciário - Especialidade Executantes de Mandados - entre 17 (dezessete) Centrais de Mandados do interior do Estado de São Paulo, além da Central de Mandados do Fórum de Execuções Fiscais desta Capital, sendo 24 (vinte e quatro) cargos oriundos da Central de Mandados do Fórum Cível da Subseção Judiciária de São Paulo, 02 (dois) cargos da Central de Mandados do Fórum Previdenciário da Subseção Judiciária de São Paulo e 13 (treze) cargos da Central de Mandados da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto.

Em suas razões (fls. 468/524), os recorrentes se insurgem contra esse remanejamento.

Alegam “que com a retirada de vários cargos da Central de Mandados do Fórum Federal Cível Pedro Lessa, o trabalho que anteriormente era realizado de maneira veloz, começou, algum tempo após a vigência da norma, apresentar dificuldades até então nunca experimentadas no setor” (fl. 470), isso porque “o ato administrativo se baseou num estudo meramente estatístico de cumprimento de mandados, que não levou em consideração aspectos relevantes que poderiam influir na decisão final de remanejamento” (fl. 470), levando em consideração apenas o número de diligências realizadas e concluindo pela existência de um excesso de oficiais no Fórum Pedro Lessa, quando, na verdade, o quadro anterior já exigia alta carga de trabalho dos oficiais, considerando particularidades do trabalho na região metropolitana de São Paulo.

Tais particularidades consistiriam, entre outras, nas dificuldades trazidas pela dimensão da Grande São Paulo e na participação na Comissão de Desfazimento, em júris, em leilões judiciais, em comissões de sindicância, em pregões das audiências do mutirão do Sistema Financeiro de Habitação e desapropriações. Os dados em que se baseou a Resolução estariam, além disso, desatualizados.

Assim, o remanejamento seria *contrário ao interesse público*, pois desestruturaria um órgão que funcionava corretamente.

Os recorrentes também alegam que o ato impugnado *não observou o dever de motivação*, em violação aos artigos 2º, p.u e 50, §§ 1º e 3º da Lei 9.784/99, pois a resolução limita-se a apresentar como motivo do remanejamento “o volume processual das Subseções Judiciárias de São Paulo e a limitação legal existente quanto aos recursos humanos disponíveis na Justiça Federal da 3ª Região” (fl. 497), o que não é o real motivo do ato e, ao mesmo tempo, não corresponde à realidade. De acordo com a *teoria dos motivos determinantes*, o ato, portanto, seria nulo.

Também teria sido violado o “*princípio da soberania do edital*”, pois “o eventual desfazimento do ato de nomeação, que se diga, respeito o que era previsto no edital do concurso público, vem ferir frontalmente os princípios norteadores dos certame, notadamente o da soberania do edital e de sua vinculação” (fl. 503). De acordo com os recorrentes, os oficiais teriam um “direito adquirido ao exercício de suas atribuições típicas nas localidades previstas no edital” (fl. 507).

O *princípio da legalidade*, por sua vez, seria violado já que *não existe previsão legal de alteração de lotação da maneira como realizada pela Resolução*. O instituto mais semelhante ao remanejamento efetuado seria o da redistribuição (art. 37, da Lei 8.112/90) que, entretanto, diz respeito a mudança de um órgão a outro, o que não ocorre no caso.

Finalmente, os recorrentes alegam *violação à regra do art. 226 da Constituição que prevê que a família tem especial proteção do estado*, “eis que os servidores que eventualmente foram remanejados estruturaram toda sua família na região [em] que hoje trabalham e para a qual prestaram concurso” (fl. 510), aos *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, uma vez que “retirar tais servidores de seus locais de trabalho, após vários anos, afastando-os do convívio familiar, dos amigos e de seus bens e submetê-los a viver em locais distantes onde não possuem imóveis, familiares ou amigos, significa mergulhar no caos a vida dos mesmos, lesando frontalmente o princípio da razoabilidade e proporcionalidade” (fl. 519) e ao *princípio da eficiência*, pois “impõe uma queda sensível na realização dos serviços com o remanejamento de cargos (e demais consectários), que representa grave redução na capacidade de entrega da prestação jurisdicional” (fl. 523).

Recebida a petição do recurso, a Desembargadora Marly Marques Ferreira requereu ao Juiz Federal Coordenador da Central de Mandados que informasse como estavam sendo organizados os trabalhos dos oficiais de justiça e que se “manifestasse acerca das alegações que tenham pertinência com a central” (fl. 468).

O Juiz Federal Paulo Cesar Conrado, Corregedor da Central de Mandados Unificada, prestou informações às fls. 536/541, onde relata que as novidades na administração dos mandados têm sido implementadas de forma bem sucedida, com participação dos oficiais no acerto de questões relativas ao cumprimento de mandados (“todos os Senhores Oficiais foram e seguem sendo reiteradamente instados, com efeito, a participar deste processo, propondo, criticando, indagando [...]”, fl. 540) e concluindo que “o que se evidencia é que também no que toca à sua atividade rotineira, a CEUNI está se estabelecendo com a efetiva integração dos Senhores Oficiais, sendo desconhecida deste Juiz Federal qualquer insatisfação nesse ponto” (fl. 540).

O feito foi inicialmente distribuído ao Desembargador Federal Roberto Haddad (fls. 574/576), que, entretanto, declarou-se impedido, pois as resoluções impugnadas foram expedidas durante a sua presidência (fls. 575/576).

Considerando que a Resolução nº 339 foi editada em 2008, os recorrentes foram intimados para se manifestar sobre se ainda tinham interesse no julgamento do recurso (fl. 583).

O Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal no Estado de São Paulo (fls. 590/591) e a Associação dos Oficiais de Justiça Avaliadores Federais no Estado de São Paulo (fls. 626/627) se manifestaram pela manutenção de seu interesse no julgamento do recurso.

Peço dia para julgamento.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Inicialmente, reconheço a competência deste C. Órgão Especial para o julgamento do presente recurso, nos termos do disposto nos artigos 11, II, “m” e 46, § único, ambos do Regimento Interno deste Tribunal, assim como à luz do artigo 5º do Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal.

Dispõem os artigos 11, II, “m” e 46, § único, ambos do Regimento Interno desta Corte:

Art. 11. Compete:

[...]

II - ao Órgão Especial:

[...]

m) decidir recursos administrativos interpostos contra decisões dos Conselhos da Justiça Federal e de Administração;

Art. 46 - O recurso administrativo ao Conselho da Justiça Federal, contra atos e decisões do Corregedor-Geral, será interposto no prazo de 30 (trinta) dias, observando-se o disposto em seu Regimento Interno.

Parágrafo único - Admitir-se-á interposição de recurso ao Plenário, no prazo assinalado neste artigo, se o ato ou decisão for do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

No mesmo sentido, o previsto no artigo 5º do Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal:

Art. 5º - Dos atos e decisões do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região caberá recurso administrativo, ao Órgão Especial, no prazo de trinta dias (R.I., art. 46, parágrafo único).

No mérito, observo que o remanejamento determinado pela Resolução 339/2008 não implicou *desvio de função*. Neste ponto, sigo o voto do eminente Desembargador Federal Baptista Pereira, em cujo bojo destacou que “[...] para a análise da questão da possibilidade de se proceder ao remanejamento proposto pela mencionada Resolução, deve-se extrair do cargo ocupado qual a sua denominação, exigências, critérios ou requisitos para o seu provimento, valor de vencimentos e, sobretudo, quais as atribuições, ou seja, todas as características do cargo, e transferi-las para as novas tarefas a serem executadas” (fl. 413/v). No caso dos autos, o remanejamento não significou mudança de nenhuma dessas características.

Com efeito, os próprios recorrentes parecem reconhecer que não está configurado tal desvio, limitando-se a questionar violação de direitos dos oficiais de justiça:

Aqui[,] não tratamos da abusiva prática do desvio de função, como detectado pelo próprio Magistrado [Desembargador Baptista Pereira], mas sim apontamos que o remanejamento dos cargos representa afronta a uma série de direitos [...].

Ou seja, ainda que, de fato, não tenha havido descaracterização do cargo, ficou perceptível que além de não ter atendido o interesse público (como abaixo será pormenorizadamente descrito), a Resolução foi de encontro a garantias dos servidores atingidos pela medida (fl. 472).

Quanto ao argumento de violação ao *princípio da legalidade*, os recorrentes alegam que não existe na Lei 8.112/90 o termo “remanejamento” utilizado pela Resolução 339/2008 e que ele não equivale ao instituto da remoção (art. 36, Lei 8.112/90), que diz respeito a deslocamento

de servidor (e não de cargo) e tampouco à redistribuição (art. 37, Lei 8.112/90), que permite apenas deslocamento de cargo de um órgão para outro, o que não seria o caso dos autos.

Em primeiro lugar, como os próprios recorrentes parecem admitir, é preciso considerar que a denominação (“nomen iuris”) não é relevante para determinar a legalidade do deslocamento de cargos produzido pela Resolução 339/2008, sendo, na verdade, necessário apreender suas características e a partir delas determinar de que instituto se trata e se seu regime jurídico foi respeitado.

Os recorrentes alegam que não se trata de redistribuição. Isso porque “a singela leitura [do art. 37 da Lei 8.112/90] revela que a redistribuição não se amolda ao caso em apreço, pois muito embora permita deslocamento de cargo provido, determina que tal mudança seja feita de um órgão para outro - o que não é a situação, pois os cargos permanecerão vinculados ao mesmo órgão” (fl. 508).

Ocorre que a definição de “órgão” deve ser tomada de forma ampla. Em primeiro lugar, porque esse é o entendimento da doutrina. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, os define como “círculos de atribuições, os feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975) e Maria Sylvia di Pietro aponta que “a doutrina que hoje prevalece no direito brasileiro é a que vê no órgão apenas um feixe de atribuições, uma unidade inconfundível com os agentes” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo: Atlas editora, 2010, p. 507). Em segundo lugar, porque a dicção do art. 37 é a mais ampla possível ao descrever a redistribuição como deslocamento “para outro órgão ou entidade”. Em terceiro lugar, porque, se é possível o deslocamento entre órgãos (e mesmo entre entes diversos), não há razão para se concluir que ela não possa também ocorrer dentro de um mesmo órgão.

Por todas essas razões, conclui-se que o regime do instituto da redistribuição é o que deve ser aplicado ao caso dos autos. Isso significa que os requisitos a serem cumpridos são os previstos no *caput* do art. 37 (interesse da administração; equivalência de vencimentos; manutenção da essência das atribuições do cargo; vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade, mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional, compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade) e, principalmente, que “correrá *ex officio* para ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou entidade” (art. 37, § 1º). Ou seja, trata-se de *ato discricionário, a ser exercido no interesse da administração, não havendo, em regra, direito adquirido dos servidores a ser oposto contra ele*.

Nesse sentido, a jurisprudência também é pacífica:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REDISTRIBUIÇÃO. AGÊNCIA REGULADORA. LEI 11.357/2006. REQUISITOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ART. 37, I, § 1º, DA LEI 8.112/90. ATO DISCRICIONÁRIO.

1. A via mandamental não comporta dilação probatória, porquanto imprescindível a existência de prova pré-constituída de liquidez e certeza do direito alegado.

2. O ato de redistribuição dos servidores, de *natureza eminentemente discricionária*, deverá atender o juízo de conveniência e oportunidade da administração, não sendo dado ao Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo.

3. Segurança denegada.

(MS 200602762403, NEFI CORDEIRO, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 20/08/2015 ..DTPB:.)

AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. REDISTRIBUIÇÃO. INSTITUTO DECORRENTE DO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. REDISTRIBUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE DESVIO DE FUNÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

7. Pode-se dizer que a principal característica do instituto da Redistribuição reside no fato dela decorrer do *interesse da Administração Pública*.

8. A insatisfação do servidor com a lotação encontra-se no *âmbito do Poder Discricionário*, salvo prova de incompatibilidade entre as atividades desenvolvidas pelo servidor e o cargo público respectivo. Se houvesse prova dessa incompatibilidade seria o caso de reconhecer-se o desvio de função. Por sua vez, “cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”, como dispõe o artigo 3º da Lei nº 8.112/90.

9. O ônus da prova incumbe ao autor quanto a fato constitutivo de seu direito. Não provados os fatos alegados na inicial a improcedência do pedido é de rigor.

10. Agravo legal improvido.

(AC 04062315119984036103, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2011 PÁGINA: 75 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. CESSÃO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

1 - Trata-se de pedido de manutenção de cessão de servidor público do TRT/2ª Região para o TRT/15ª Região ou sua redistribuição independentemente da existência de cargo vago.

2 - A questão não comporta maiores digressões, estando pacificado o entendimento jurisprudencial no sentido de que a cessão do servidor público é ato discricionário e precário, não confere direito adquirido e pode ser revogado a qualquer tempo pela administração, inclusive independentemente de motivação.

3 - O mesmo se pode dizer da redistribuição, *estando o servidor sujeito ao interesse e conveniência da administração*, não prevalecendo eventuais necessidades do servidor, cabendo assentar que, no caso, sequer restaram comprovadas as afirmativas volvidas à dependência financeira da mãe e às condições de saúde do marido, embora não tivessem o condão de alterar o panorama já delineado.

4 - Apelo da autoria a que se nega provimento.

(AC 00083271120014036100, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/05/2010 PÁGINA: 198 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. CAUTELAR. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REDISTRIBUIÇÃO. PODER DISCRICIONÁRIO. DEPARTAMENTO DE IMPRENSA NACIONAL. SENTENÇA MANTIDA

1. É lícito à Administração Pública Federal no exercício do poder discricionário redistribuir servidores e cargos em seu próprio âmbito, quando tal conduta se encontra de acordo com a norma do art. 37 da Lei 8.112/90.

2. Integra o poder discricionário da Administração a redistribuição de servidor, *não restando caracterizado o direito dos autores a se opor a tal movimentação*.

3. Apelação desprovida.

(APELAÇÃO 2001.34.00.033249-2, JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU, TRF1 - 3ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA: 15/02/2012 PAGINA:155.)

Das ementas acima reproduzidas também se conclui que a *proteção à família* prevista no art. 226 da Constituição Federal não é suficiente a afastar a legalidade do ato administrativo impugnado.

Finalmente, quanto ao *interesse público* e aos princípios da *razoabilidade*, *proporcionalidade* e *eficiência*, observo que, como o ato de redistribuição é exercício de poder discricionário da Administração Pública, não é possível que seu mérito seja atacado, salvo hipóteses excepcionais.

No caso dos autos, conforme relatado, o Juiz Federal Paulo Cesar Conrado, Corregedor da Central de Mandados Unificada, prestou informações no sentido de que as novidades na administração dos mandados têm sido implementadas de forma bem sucedida, com participação dos oficiais no acerto de questões relativas ao cumprimento de mandados (“todos os Senhores Oficiais foram e seguem sendo reiteradamente instados, com efeito, a participar deste processo, propondo, criticando, indagando [...]”, fl. 540) e concluindo que “o que se evidencia é que também no que toca à sua atividade rotineira, a CEUNI está se estabelecendo com a efetiva integração dos Senhores Oficiais, sendo desconhecida deste Juiz Federal qualquer insatisfação nesse ponto” (fl. 540). Dessa forma, não há razão para se concluir que o ato impugnado esteja fora do âmbito razoável de exercício do poder discricionário da Justiça Federal no desempenho de sua função administrativa.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso administrativo.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0001609-68.2010.4.03.6104

(2010.61.04.001609-8)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Sucedida: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA/SP

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: ApelReex 1686666

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/07/2017

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES. DIREITO À SAÚDE. CONSTRUÇÃO DE POSTO DE SAÚDE EM COMUNIDADE INDÍGENA. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. INTERESSE DE AGIR DEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. AFASTADA A RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDOS.

1 - Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal postulando a condenação da União para dotar a terra indígena Tapyi, em Cananéia/SP, de estabelecimento de saúde projetado de acordo com as diretrizes estabelecidas na Portaria FUNASA nº 840/2007. Pedido julgado procedente.

2 - Os fatos e pedidos formulados pelo *Parquet* estão suficientemente descritos, embasados em documentos, e possibilitaram o pleno exercício do direito de defesa pela ré e a prolação de decisão de mérito pelo juízo *a quo*, não sendo cabível a alegação de inépcia da inicial. Aliás, não se trata de pedidos genéricos, mas sim de pedidos alternativos, sendo certo que a cumulação alternativa é admitida pelo ordenamento jurídico e que a incompatibilidade dos pedidos não afasta a coerência da pretensão do autor, uma vez que o acolhimento de um exclui o outro. Preliminar de inépcia da inicial afastada.

3 - O órgão ministerial atribui ao Poder Público uma conduta omissa no tocante à assistência à saúde de comunidade indígena, demonstrando, em tese, a necessidade de provocação do Poder Judiciário. Interesse processual presente.

4 - Descabida a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, sendo certo que é admitido o controle de políticas públicas na via judicial quando imputada ao Poder Público uma abstenção de implementar políticas definidas pela própria Constituição Federal, voltadas à efetivação de direitos fundamentais.

5 - Preliminares rejeitadas.

6 - A saúde encontra-se no rol de direitos sociais, previsto no art. 6º da Carta Maior, e deve ser garantido a todos mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, na forma do art. 196 do texto constitucional. Outrossim, a Constituição Federal conferiu tratamento especial aos índios, atribuindo

à União o dever de preservar as populações indígenas, conforme o art. 231.

7 - A reserva do possível não pode ser utilizada como um escudo para a não efetivação das políticas públicas de forma devida, descumprindo preceitos normativos da Constituição Federal.

8 - Tratando-se a saúde de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, não existe empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, haja vista que não houve comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da União.

9 - O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência sedimentada no sentido que é possível o controle judicial de políticas públicas, não configurando isso violação à separação de poderes, sendo, pelo contrário, essencial o controle judicial das escolhas dos administradores, podendo determinar a implementação de políticas públicas já resguardadas na Constituição.

10 - Sentença de procedência mantida.

11 - Remessa necessária e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de julho de 2017.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela União, em face da r. sentença que, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, na qual foi julgada procedente a ação e condenou as rés para que dotem a terra indígena Tapyi, em Cananéia/SP, de estabelecimento de saúde projetado de acordo com as diretrizes estabelecidas na Portaria FUNASA nº 840/2007, ajustadas para atender as condições locais de implantação, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

A sentença de procedência encontra-se às fls. 209/212 e fls. 221/222 (providos os embargos de declaração opostos pelo *Parquet* a fim de ser sanada omissão quanto ao pedido de antecipação da tutela, o qual restou deferido).

À fl. 228, a Fundação Nacional de Saúde - FUNASA requereu a sua exclusão da lide em razão da sucessão pelo Ministério da Saúde.

A União interpôs recurso de apelação às fls. 231/271, pleiteando efeito suspensivo ao apelo e arguindo, preliminarmente: a) exclusão da FUNASA do polo passivo da ação; b) inépcia da inicial, c) impossibilidade jurídica do pedido; d) ausência de interesse de agir. No mérito, sustenta que a situação de assistência à saúde na região questionada não reflete as informações contidas na peça inicial.

O recurso foi recebido à fl. 280, no duplo efeito. A União Federal apresentou contrarrazões às fls. 289/310 e a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, assistente litisconsorcial do autor, às fls. 314/317.

A D. Procuradoria Regional da República ofertou parecer, às fls. 321/328, opinando pelo não provimento da remessa necessária e do recurso de apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Do pedido de concessão de efeito suspensivo

Despicienda a postulação de efeito suspensivo, tendo em vista que o recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 280).

Do pedido de exclusão da FUNASA

Verifico que a exclusão da FUNASA da lide foi determinada pelo r. Juízo *a quo*, nos termos do despacho de fl. 273, inexistindo interesse recursal nesse ponto. A referida exclusão deu-se por força no Decreto nº 7.336/2010, o qual determinou a sucessão legal da FUNASA pelo Ministério da Saúde no tocante às ações de saúde e de saneamento ambiental em terras indígenas.

Da inépcia da inicial

A preliminar em questão não merece acolhida uma vez que os fatos e pedidos formulados pelo *Parquet* estão suficientemente descritos, embasados em documentos, e possibilitaram o pleno exercício do direito de defesa pela ré e a prolação de decisão de mérito pelo r. Juízo *a quo*, não sendo cabível a alegação de inépcia da inicial. Aliás, não se trata de pedidos genéricos, mas sim de pedidos alternativos, sendo certo que a cumulação alternativa é admitida pelo ordenamento jurídico e que a incompatibilidade dos pedidos não afasta a coerência da pretensão do autor, uma vez que o acolhimento de um exclui o outro.

No mais, a inicial é clara ao afirmar que as construções ali existentes são insuficientes, conforme constatado em relatório elaborado pela própria FUNASA, razão pela qual se postulou a condenação das rés para que construam um posto de saúde na terra indígena Tapyi ou adequem as edificações eventualmente existentes.

Da falta de interesse de agir

O interesse processual está presente, tendo em vista que o órgão ministerial atribui à União Federal e à FUNASA uma conduta omissa no tocante à assistência à saúde de comunidade indígena, demonstrando, em tese, a necessidade de provocação do Poder Judiciário.

Afasto, portanto, a referida preliminar.

Impossibilidade jurídica do pedido

Por fim, revela-se descabida a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, sendo certo que é admitido o controle de políticas públicas na via judicial quando imputada ao Poder Público uma abstenção de implementar políticas definidas pela própria Constituição Federal, voltadas à efetivação de direitos fundamentais. Os limites impostos ao Poder Judiciário para a realização desse controle dizem respeito ao mérito da causa. Saliento, ainda, que, consoante

a disciplina trazida pelo Novo Código de Processo Civil, o exame da possibilidade jurídica do pedido passa a integrar o julgamento do mérito da demanda.

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame do mérito do recurso.

Do mérito

A saúde encontra-se no rol de direitos sociais, previsto no art. 6º da Carta Maior, e deve ser garantido a todos mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, na forma do art. 196 do texto constitucional.

Outrossim, a Constituição Federal conferiu tratamento especial aos índios, atribuindo à União o dever de preservar as populações indígenas, conforme o art. 231.

Em suas razões de apelação, a União afirma que a comunidade de Tapyi encontra-se assistida no que se refere às ações de saúde e que não há como agilizar a implementação do projeto que já se encontra em andamento, em razão da necessidade de observância das disposições legais, como por exemplo, processos de licitação. Reitera o conteúdo do documento acostado às fls. 22/23, no qual a FUNASA, em resposta ao Ministério Público Federal, informa que a aldeia recebe atendimento semanal por equipe multidisciplinar e que se recorre ao Posto de Atendimento Rural de Saúde de Cubatão quando necessário. Sustenta, ainda, que não cabe ao Poder Judiciário interferir na disposição dos escassos recursos públicos em relação ao *quantum* ou no que concerne ao momento em que serão dispendidos, sob pena de subversão da função típica de cada Poder do Estado.

Não assiste razão à recorrente.

Conforme destacado na exordial e na r. sentença, a própria FUNASA reconheceu, extrajudicialmente, que as condições atuais não garantem pleno atendimento aos indígenas, nos termos dos ofícios da Coordenação Regional de São Paulo, às fls. 48 (datado de 27.07.2009) e 42 (datado de 02.09.2009):

- 1 - Não foram construídos Postos de Saúde na Terra Indígena Tapyi, em Cananéia-SP e Pindoty, em Pariquera-Açú;
- 2 - A Associação Rondon Brasil, disponibilizou materiais para as comunidades pudessem construir locais provisórios para o atendimento da EMSI;
- 3 - Permanece em vigor a Portaria FUNASA n 840/07, na qual um dos pré-requisitos para a construção de Postos de Saúde é a apresentação de cópia do documento de homologação da terra indígena (cópia do item da Portaria mencionado em anexo);
- 4 - As estruturas construídas, por não se tratar inclusive de Postos de Saúde, por si só, não oferecem e nem tão pouco garantem o pleno atendimento nos locais à saúde da comunidades, porém, amenizam a ausência de Postos de Saúde.

Em resposta ao ofício nº 189/12009, referente às representações acima citadas, informo que os motivos que levam a conclusão de que as citadas construções não garantem aos indígenas o pleno atendimento à saúde são:

1. As construções não seguem os padrões técnicos definidos pelo SENSP de uma unidade de saúde (posto de saúde), são locais improvisados para que o atendimento seja feito dentro da aldeia pela equipe multidisciplinar de saúde indígena - EMSI em local abrigado e que ofereça alguma privacidade durante o atendimento;
2. Por não ser um Posto de Saúde, não há condições técnicas e sanitárias para a instalação de consultório odontológico, consultório de enfermagem, consultório médico, sala de expurgo, e outras instalações próprias de uma unidade de saúde e que permitiriam o pleno atendimento por parte da EMSI da demanda por atendimento básico da comunidade indígena dentro da respectiva aldeia;

3. Por exemplo, na ausência de consultórios odontológicos, muitos procedimentos são realizados em unidades de saúde dos municípios aumentando o tempo para a finalização de alguns tratamentos e um maior custo devido ao freqüente deslocamento de pacientes das aldeias até a sede dos municípios.

4. Portanto, essas construções não garantem o pleno atendimento “médico” entendido não só no sentido restrito, mas como do atendimento da EMSI.

Como já mencionado anteriormente no item 4, do despacho anterior dessa Assessoria, em resposta ao Ofício/PRM/SANTOS/GABCÍVEL/AJ MD nº 127/2009, as estruturas construídas amenizam a ausência de Postos de Saúde nas aldeias.

Outrossim, o projeto em andamento a que se refere a União Federal, de construção de posto de saúde na terra indígena de Tapyi, deveria ter sido concluído no ano 2010, ou seja, antes da prolação da sentença de procedência, em 27 de janeiro de 2011, não tendo sido demonstrado nestes autos motivo justo para a sua não concretização.

No mais, os documentos constantes dos autos são suficientes para comprovar que, em razão de omissão da União, a comunidade indígena de Tapyi não tem pleno acesso ao atendimento de saúde, direito que se insere no chamado *mínimo existencial*, conjunto de bens imprescindíveis para uma existência digna.

Quanto à alegada impossibilidade de *judicialização das políticas públicas*, cumpre ressaltar que, conforme entendimento consolidado no C. Supremo Tribunal Federal, uma vez verificada omissão do dever do Poder Público de implementar políticas públicas estabelecidas no próprio texto constitucional, é legítima a intervenção do Poder Judiciário, como instituição de garantia dos direitos fundamentais.

O direito à saúde, além de qualificar-se como um direito fundamental inerente a todas as pessoas, representa consequência indissociável do direito à vida. Assim, o Poder Público não pode se mostrar indiferente à sua efetivação, sob pena de incorrer, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

Pertinente destacar que a Constituição, ao dispor sobre o direito à saúde, não se limitou a aspectos de natureza curativa, mas estabelece que as políticas públicas devem ser amplas no sentido de garantir um tratamento curativo, e a profilaxia de doenças. Buscando garantir que todos os indivíduos tenham uma vida digna.

Insta frisar que a tutela da saúde possui diversas interconexões com a proteção de outros bens fundamentais também objeto de proteção constitucional, entre eles: a vida, o trabalho, a moradia, a proteção da família, das crianças e adolescentes, dos idosos, reforçando a tese de inter-relação entre os direitos fundamentais.

Saliente-se que os direitos sociais fundamentais estabelecidos na Constituição Federal precisam ser verdadeiramente efetivados através das políticas públicas, zelando o Poder Público pelo bem-estar geral da população.

Como bem destacado pelo doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

Para além da sua condição de direito fundamental, a proteção da saúde implica deveres fundamentais, o que decorre já da dicção do artigo 196 da CF: “[a] saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”, impondo precipuamente ao poder público a obrigação de efetivar tal direito. Na condição de típica hipótese de direito-dever, os deveres fundamentais guardam relação com as posições jurídicas pelas quais se efetiva o direito à saúde, podendo-se falar - sem prejuízo de outras concretizações - num dever de proteção à saúde, individual e pública (dimensão defensiva), facilmente identificado em normas penais e normas de vigilância sanitária; assim

como num dever de promoção da saúde (dimensão prestacional em sentido amplo), especialmente vigente no âmbito das normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS. Além disso, importa sublinhar que também os particulares (pessoas físicas e jurídicas) possuem, para além de um dever geral de respeito, até mesmo deveres específicos em relação à saúde de terceiros e mesmo em relação à própria saúde, quando for o caso.

(In Comentários à Constituição do Brasil, ed. Saraiva, São Paulo, 2014, 1ª ed., 2ª tiragem, p. 1932).

As divergências acerca da efetivação desse direito decorrem principalmente de sua natureza prestacional e da aplicação do que se convencionou chamar de *reserva do possível* e *mínimo existencial*.

Nesse contexto, há que se atentar para a impossibilidade de se aplicar indiscriminadamente a *teoria da reserva do possível* à execução de políticas públicas referentes ao direito à saúde, uma vez que esse faz parte do mínimo existencial.

Cabe igualmente esclarecer que a teoria da reserva do possível, de origem alemã, foi aplicada inicialmente em caso paradigmático referente ao direito de acesso à faculdade de medicina como meio de exercer o direito à liberdade profissional, justificando-se a impossibilidade no fundamento de que só se pode exigir do Estado aquilo que for viável dentro dos limites da possibilidade e razoabilidade. Assim, não seria razoável exigir do Estado o livre acesso à faculdade de medicina para quem quiser frequentar, pois não seria possível, dada as condições da Alemanha, assegurar o custeio de vagas para todos, de forma ilimitada. Não haveria como universalizar o direito. Então, a jurisprudência alemã tratou a reserva do possível como “o que razoavelmente se pode esperar do Estado, diante das condições da sociedade”.

Todavia, no Brasil essa teoria foi importada de forma deturpada, sendo utilizada de forma desmedida pelo Estado como fundamento para a não efetivação de políticas públicas.

Utilizando o argumento da falta de condições orçamentárias como obstáculo para efetivação de direitos, principalmente sociais, sustentando que caso fosse priorizado determinado direito social seria retirado dinheiro de outras áreas prioritárias, em detrimento de toda a coletividade.

Não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para o bem estar social que o Estado brasileiro deve assegurar. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o cidadão não pode exigir do Estado prestações supérfluas, já que isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Porém, a situação é completamente diferente no Brasil, onde ainda não são asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer demanda que objetive fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarada como sem razão (supérflua), pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro.

Nesse sentido, Andreas Krell, doutrinador Alemão, critica a utilização da teoria da reserva do possível no Brasil:

Devemos nos lembrar de que os integrantes do sistema jurídico Alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha - como nos países centrais - não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da

rede pública; não há necessidade de organizar a produção básica a milhões de indivíduos para evitar a subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário e assistência social que recebem, etc.

(KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os desca-minhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 108/109)

É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

Porém, aplicando o princípio da reserva do possível de forma modificada, é utilizada por parte da Doutrina Brasileira, e pelo Estado, a tese da decomposição da reserva do possível em: reserva do possível fática e reserva do possível jurídica.

A reserva do possível fática está relacionada à existência de recursos para a realização de direito material. Assim, o problema da reserva do possível fática não é um problema ético e nem jurídico formal, mas sim um problema de ter ou não recursos.

No caso em tela, analisando a razoabilidade e a existência de recursos, percebe-se que é um dever do Estado conferir amplo acesso à saúde à população indígena, não tendo a União demonstrado de forma clara a inexistência de recursos, ou que os recursos existentes já estavam alocados devidamente para outros direitos fundamentais essenciais.

Por óbvio, a alegação de falta de recursos financeiros, destituída de comprovação, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao ente público na efetivação dos direitos sociais. Esses direitos devem ser respeitados como prioridade absoluta pelo Estado, e não podem ficar relegados indefinidamente ao desamparo e ao descaso público.

A reserva do possível jurídica, por sua vez, refere-se à possibilidade de que os recursos sejam gastos sem infringência do ordenamento jurídico. No caso do Brasil, muitos utilizam o argumento da reserva do possível para a não efetivação de um direito social, afirmando que não há autorização na lei orçamentária para que o gasto seja realizado.

No entanto, sujeitar um direito fundamental social à reserva do possível jurídica, à previsão do gasto no orçamento, seria subordinar o direito fundamental, que é contramajoritário, à decisão da maioria política no parlamento. Seria incompatível com a própria lógica da supremacia da Constituição e da fortificação dos Direitos Fundamentais.

Cabe ainda destacar que o entendimento da reserva de possível jurídica não é compatível com a compreensão contemporânea de democracia, posto que a democracia não é apenas o governo da maioria, mas depende da coexistência de alguns pressupostos, dentre os quais estaria o acesso a condições materiais mínimas, que por sua vez são asseguradas por direitos sociais. Então, pelo menos em alguma extensão, não faz sentido condicionar a tutela dos direitos sociais ao orçamento, por que esse condicionamento se basearia na democracia e a garantia dos direitos também visaria a assegurar a democracia.

Dessa maneira, no que concerne ao mínimo existencial, não faz sentido condicionar a efetivação de direitos sociais ao orçamento.

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 Judiciário fazer o controle judicial dessas escolhas, principalmente quando implicam na não efetivação de direitos essenciais.

Não se pode admitir a invocação da teoria da reserva do possível como escudo para o Estado se eximir do cumprimento de suas obrigações prioritárias.

Como bem defendido por Ana Paulo Barcelos e Ricardo Lobo Torres, os direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial não podem se subordinar à discricionariedade do administrador, senão vejamos:

Note-se que em um Estado democrático e pluralista é conveniente que seja assim, já que há diversas concepções da dignidade que poderão ser implementadas de acordo com a vontade popular manifestada a cada eleição. *Nenhuma delas, todavia, poderá deixar de estar comprometida com essas condições elementares, necessárias à existência humana (mínimo existencial), sob pena de violação de sua dignidade que, além de fundamento e fim da ordem jurídica, é pressuposto da igualdade real de todos os homens e da própria democracia.* A identificação desse núcleo, associado ao conceito de mínimo existencial, é igualmente um meio de lidar com outra dificuldade nessa seara: o problema dos custos, ao qual se fará referência adiante. Em suma, e já aplicando a discussão ao tema da saúde: as prestações que fazem parte do mínimo existencial - sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro - são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.

(...)

A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido.

(...) compete ao Judiciário, portanto, determinar o fornecimento do mínimo existencial independentemente de qualquer outra coisa, como decorrência das normas constitucionais sobre a dignidade humana e sobre a saúde.

(BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: Revista da Defensoria Pública de São Paulo. Ano 1 – n. 1 - jul./dez. 2008. Edição Especial Temática Sobre o Direito à Saúde. p. 140/141).

Portanto, ficou evidente que o mínimo existencial está relacionado à garantia de condições materiais básicas de vida. Referida garantia é necessária em si, além de ser instrumento para a realização da democracia e da autonomia.

Ressalte-se que o direito a saúde é um direito fundamental incluso no conceito de mínimo existencial. O mínimo existencial está no núcleo da dignidade da pessoa humana, a qual só se efetiva se o ser humano possuir bens mínimos para uma sobrevivência digna. Assim, o mínimo existencial se faz necessário para a efetiva dignidade da pessoa humana, em torno da qual gravitam os direitos fundamentais.

A pretensão em exame está relacionada a necessidades humanas básicas e a apelante em nenhum momento trouxe argumentos suficientes para a não concessão da tutela pleiteada.

Deve-se destacar que, no que concerne à aplicação dos direitos fundamentais, vigora a *proibição da proteção deficiente*, ou seja, o dever do Estado de efetivar tais direitos de forma devida.

Assim, quando o não desenvolvimento de políticas públicas 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 for possível garantir a efetivação desse direito.

No que se refere ao direito à saúde, a atuação do Poder Judiciário encontra fundamen-

to por ser esse direito indispensável à dignidade da pessoa humana, integrante do mínimo existencial.

Alguns alegam que a intervenção do Poder Judiciário, determinando a implementação de políticas públicas diante da omissão do Estado fere a separação dos poderes.

Porém, esse argumento não se sustenta, pois não há ofensa ao princípio da separação dos poderes. Isso porque a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão “controlador” da atividade administrativa.

Deve-se esclarecer que nenhum poder é ilimitado, e todos devem ser suscetíveis de controle, já que todo aquele que exerce poder de forma ilimitada tende a abusar dele, violando deveres estabelecidos constitucionalmente.

Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

Impende ressaltar que o C. Supremo Tribunal Federal e o E. Superior Tribunal de Justiça reconhecem que, em casos excepcionais, é possível o controle judicial de políticas públicas, não configurando isso violação à separação de poderes, sendo, pelo contrário, essencial ao controle judicial das escolhas dos administradores, até mesmo para ser determinada a implementação de políticas públicas já resguardadas na Constituição.

Nesse sentido destaque julgados do C. Supremo Tribunal Federal e do E. Superior Tribunal de Justiça:

DEFENSORIA PÚBLICA - DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA - PRERROGATIVA FUNDAMENTAL COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA - ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPORTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA - IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA - MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 5º, INCISO LXXIV, DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA - OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS - SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL - O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS - INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) - LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO - A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CONTROLE JURISDICIONAL

DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES - A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(RE 763667 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013)

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF,

art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.* - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Uni-

versal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

(ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

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 medicamentos, 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)

Diante do exposto, fica evidente que o Poder Judiciário não pode definir políticas públicas, mas pode determinar a implementação de políticas públicas já fundamentadas na Constituição Federal para resguardar direitos fundamentais essenciais diante da omissão do Poder Legislativo ou do Executivo.

De fato, no caso em análise, resta evidente que o direito à saúde da comunidade indígena de Tapyi não está sendo devidamente resguardado, sendo imprescindível a intervenção judicial.

Impossibilitar a intervenção, e afirmar que o estabelecido no artigo 196 da CF/88 consiste apenas em uma diretriz a ser seguida pelo administrador, seria o equivalente a negar a força normativa da Constituição. A norma não pode ser apenas uma promessa. O dispositivo constitucional é claro ao estabelecer o dever fundamental de prestação da saúde por parte do Estado.

Inclusive, quanto às medidas preventivas na área da saúde estas devem ser prioritárias, conforme estabelece o artigo 198, inciso II, da Constituição Federal. Destaque-se que o acesso à saúde deve ser promovido de maneira universal e igualitária, sem privilégios ou preconceitos de qualquer espécie, sendo essencial a efetivação desse direito para resguardar uma vida digna.

Por conseguinte, tratando-se de direito essencial, não existe empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, haja vista que não houve comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da União.

Nesses casos, vale dizer, não é possível ao Poder Público invocar a discricionariedade administrativa de maneira a se escusar em adotar a mencionada política pública, porquanto não lhe resta avaliar a oportunidade e conveniência a tanto, antes deve implementá-la norteados pelo princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19.

Impõe-se, dessa forma, a manutenção da sentença recorrida, a fim de que se efetivem os mandamentos constitucionais de proteção das populações indígenas e de promoção do direito à saúde, ambos concretizadores do princípio da dignidade da pessoa humana. Como bem salientou o MM. Juízo *a quo*, embora a previsão de construção do posto de saúde não constitua reconhecimento do pedido, reforça a conclusão acerca da necessidade de deferimento da tutela requerida, a fim de que se confira pleno atendimento de saúde à comunidade da terra indígena Tapyi.

Ante o exposto, nego provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007739-29.2010.4.03.6119
(2010.61.19.007739-1)

Apelante: WAGNER ALMEIDA MARQUES
 Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
 Classe do Processo: AC 1984038
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CNDs. EXPEDIÇÃO SEM A OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS. ART. 10, *CAPUT* E INCISO VII E ART. 11, *CAPUT* E INCISO I DA LEI 8.429/92. LESÃO AO ERÁRIO E ATENTADO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. DOLO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. ART. 208 CTN. PENALIDADES IMPOSTAS DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DO ART. 12, PAR. ÚN. DA LEI 8.429/92. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO.

1. O prazo prescricional é de cinco anos, contado da data em que o fato se torna público, com interrupção do prazo desde a abertura do processo disciplinar até a decisão final da autoridade competente; havendo decisão final no PAD após o ajuizamento da presente ação, não houve prescrição. Art. 23, II, da Lei 8.429/92 e art. 142, I e §§ 1º e 3º da Lei 8.112/90.
2. Tendo havido lesão ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública, resta evidente que os atos de improbidade devem ser tipificados nos artigos 10 e 11 da Lei 8.429/92, não se exigindo a ocorrência de enriquecimento ilícito do agente.
3. Na condição de Auditor Fiscal da Receita Federal desde 1978, sendo, portanto, um funcionário público experiente e com vasto conhecimento acerca da legislação e dos procedimentos inerentes à cobrança de créditos tributários e à expedição de certidões negativas de débito (CNDs), deveria o réu obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de acordo com o disposto no artigo 37 da CF/88 e na Lei 8.429/92.
4. Dentre as irregularidades verificadas, houve: emissão de CNDs sem recolhimentos, com recolhimentos a menor e/ou sem verificação da documentação necessária; emissão de CNDs com simulação do responsável pela obra de construção civil; extravio de processos administrativos; não formalização de Declarações e Informações sobre Obras (DISO).
5. Restou inconteste que o sistema informatizado da Secretaria de Receita Previdenciária exigia que a senha, de uso pessoal e intransferível, fosse substituída a cada 30 (trinta) dias, independentemente da vontade do usuário, e que não permitia o uso de qualquer das últimas 10 (dez) senhas utilizadas; sendo assim, padece de verossimilhança a tese sustentada pelo apelante de que terceiro teria se apropriado de sua senha e emitido as CNDs em seu nome.
6. O apelante não agiu em estado de perturbação mental e, portanto, não estava al-

bergado por uma excludente de culpabilidade, nos termos do artigo 26 do CP, pois, consoante se verifica dos documentos carreados nos autos, ele padecia de sonolência e falta de concentração, o que não inviabilizava sua compreensão acerca do caráter ilícito dos fatos.

7. Verificada a ocorrência de atos de improbidade, praticados com dolo ou culpa gravíssima, e constatado o nexo de causalidade, faz-se mister a imposição das penalidades previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92. Precedentes.

8. Devem ser mantidas as penalidades de ressarcimento integral do dano, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, impostas com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos do artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92.

9. Deve ser mantida a decretação de indisponibilidade de bens, até o limite do prejuízo apontado pela Receita Federal.

10. Negado provimento à apelação.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de agosto de 2017.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de apelação em ação civil pública ajuizada pelo *Ministério Público Federal* em face de *Wagner Almeida Marques*, em razão de atos de improbidade administrativa que teriam sido praticados ao emitir indevidamente diversas Certidões Negativas de Débito (CNDs) a proprietários de obras de construção civil.

Houve sentença de parcial procedência, tendo sido o réu condenado como incurso no artigo 10, *caput* e inciso VII, bem como no artigo 11, *caput* e inciso I, todos da Lei 8.429/92. Foram-lhe impostas as seguintes penalidades: i) ressarcimento integral do dano, por meio da declaração de responsabilidade solidária por todos os créditos tributários constituídos que deixaram de ser oportunamente exigidos em razão de indevidas liberações de certidão de regularidade fiscal, na forma do artigo 208 do Código Tributário Nacional, e por meio do pagamento dos valores que deixaram de ser constituídos oportunamente, alcançados pela decadência, mas que poderiam ter sido exigidos se não concedidas as CNDs indevidas, em valor a ser apurado em liquidação de sentença; ii) perda da função pública, se não decorrente das sanções administrativa/funcional e penal; iii) pagamento de multa civil no valor de uma vez o valor dos créditos que deixaram de ser exigidos pela decadência, com incidência da SELIC a contar da publicação desta sentença.

Foram acolhidos os embargos de declaração opostos pelo réu, para acrescentar ao dispositivo da sentença que a condenação em honorários advocatícios está suspensa porque o réu

é beneficiário da assistência judiciária, nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50.

O réu apelou (f. 579-593), aduzindo, em síntese, que:

a) a sentença deve ser reformada em razão da ocorrência de prescrição, nos termos do disposto no artigo 23 da Lei 8.429/92 e no artigo 142 da Lei 8.112/90;

b) no mérito, restou comprovado que não houve qualquer enriquecimento ilícito por parte do apelante, pois desde 2001, a única renda por ele auferida é a oriunda de seus vencimentos recebidos como servidor público, não tendo havido grandes alterações em seu patrimônio;

c) conforme restou comprovado nos autos, antes do mês de maio de 2007, período anterior à criação da Super Receita, a intranet da Previdência Social era administrada pela DATAPREV, de modo que somente era necessário ligar um terminal e ter em mãos uma matrícula e uma senha válidas, a fim de ter acesso a qualquer software, sem que houvesse registro de quem estava efetivamente operando o terminal;

d) ainda que a matrícula e a senha do apelante figurem como atributo gerador de Certidões Negativas de Débito (CNDs), é cediço que terceiro pode ter se apoderado de tais dados, em razão do sofrível sistema de segurança adotado na época, e praticado as condutas irregulares descritas na petição inicial;

e) em momento algum, nestes autos ou no processo administrativo disciplinar, houve produção de prova técnica pericial capaz de comprovar que terceiro poderia efetivamente ter utilizado os dados do apelante para emitir indevidamente Certidões Negativas de Débito (CNDs);

f) é do conhecimento de todos em seu local de trabalho que o apelante não estava em um bom estado de saúde, apresentando desordens de saúde mental, depressão e falta de concentração, o que configura uma excludente de culpabilidade, nos termos do disposto no artigo 26 do Código Penal;

g) em suma, não há como imputar qualquer responsabilidade ao apelante pelos fatos descritos na petição inicial, seja porque ele nunca agiu com dolo e/ou culpa e sempre atuou dentro dos limites de suas atribuições, seja porque terceira pessoa pode ter obtido seu número de matrícula e senha e praticado os atos tidos por ilegais, seja porque seu estado mental constitui uma excludente de culpabilidade, nos termos do disposto no artigo 26 do Código Penal.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do e. Dr. Sergei Medeiros Araújo, opinou pelo não provimento da apelação (f. 627-631).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

A presente ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de Wagner Almeida Marques, Auditor Fiscal da Receita Federal, em razão de atos de improbidade administrativa que teriam sido por ele praticados.

Aduz o autor que no período de 2001 a 2007, o réu teria sido responsável pela emissão irregular de diversas certidões negativas de débitos (CNDs) para regularizar obras da construção civil da cidade de Mogi das Cruzes/SP, mesmo mediante apresentação de documentação insuficiente e do não recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias pelos proprietários das obras.

Alega o autor, ainda, que a conduta do réu acarretou prejuízo ao erário equivalente a R\$ 1.037.708,64 (um milhão, trinta e sete mil, setecentos e oito reais e sessenta e quatro centavos), nos termos do artigo 10, *caput* e inciso VII da Lei 8.429/92, montante correspondente aos créditos tributários que deixaram de ser recolhidos quando da emissão das CNDs indevidas e que foram atingidos pela decadência tributária. Acrescenta, ainda, que o réu violou princípios da Administração, de acordo com o disposto no artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei 8.429/92.

Foi juntado aos autos o processo administrativo disciplinar (PAD) instaurado em face do réu, e que culminou em penalidade de demissão (f. 121 dos autos - mídia eletrônica).

O réu, por outro lado, negou o cometimento de irregularidades e atribuiu a responsabilidade pela prática do ilícito a outro servidor ou terceiro mal intencionado.

Houve audiências de instrução, na qual foram ouvidos o réu e as testemunhas arroladas (f. 423-424 e f. 427-430).

O juízo *a quo* proferiu sentença de parcial procedência, nos seguintes termos:

Diante de tais fundamentos e das evidências trazidas aos autos pelos documentos acostados com a inicial, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação, extinguindo o processo com julgamento de mérito, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para CONDENAR, pela prática dos atos de improbidade administrativa prescritos nos arts. 10, *caput* e inciso VII e art. 11, *caput* e inciso I, todos da Lei 8.429/92, o réu Wagner Almeida Marques, nas sanções previstas no art. 12, I, da referida lei: (I) ressarcimento integral do dano, que se dá pela declaração de responsabilidade solidária por todos os créditos tributários constituídos que deixaram de ser oportunamente exigidos em razão de indevidas liberações de certidão de regularidade fiscal, na forma do art. 208 do CTN, servindo esta de título para seu redirecionamento nas competentes execuções fiscais; bem como condenação ao pagamento pro responsabilidade direta dos valores que deixaram de ser constituídos oportunamente, alcançados pela decadência, mas que poderiam ter sido exigidos se não concedidas as CNDs indevidas, valor a ser apurado em liquidação de sentença, com incidência da SELIC a contar da citação nestes autos; (ii) perda da função pública, se não decorrente das sanções administrativa/funcional e penal; (III) pagamento de multa civil no valor de uma vez o valor dos créditos que deixaram de ser exigidos pela decadência, com incidência da SELIC a contar da publicação desta sentença. (f. 556-565).

O réu apelou, aduzindo, em suma, que teria ocorrido a prescrição, e que não há como imputar-lhe qualquer responsabilidade pelos fatos descritos na petição inicial. Afirma que nunca agiu com dolo e/ou culpa, que sempre atuou dentro dos limites de suas atribuições, e que terceira pessoa pode ter obtido seu número de matrícula e senha e praticado os atos tidos por ilegais. Acrescenta, ainda, que seu estado mental constitui uma excludente de culpabilidade, nos termos do previsto no artigo 26 do Código Penal.

De início, saliente-se que não há que se falar em prescrição. Isso porque, de acordo com o disposto no artigo 23, II, da Lei 8.429/92 e no artigo 142, I e §§ 1º e 3º da Lei 8.112/90, o prazo prescricional é de cinco anos, quanto às infrações puníveis com demissão, como a cometida no caso em tela. O prazo é contado da data em que o fato se torna público, e interrompido desde a abertura do processo disciplinar até a decisão final da autoridade competente.

In verbis:

Lei 8.429/92:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - (...)

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Lei 8.112/90:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

(...)

§ 1º *O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.*

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º *A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*

§ 4º *Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.* (grifei)

Conforme bem asseverado pelo juízo *a quo*, como todos os fatos foram conhecidos em 29.06.2007, é esta data o termo inicial do prazo prescricional - f. 143 do processo administrativo disciplinar (PAD) n. 16302.000021/2008-26, juntado aos presentes autos a f. 121, por mídia eletrônica.

Houve interrupção do prazo de prescrição, por sua vez, em 20.05.2008, quando da instauração do PAD. Como a decisão final no PAD foi prolatada apenas em 25.07.2011, após o ajuizamento da presente ação, verifica-se que não houve ocorrência de prescrição (f. 173 e 190 do PAD e f. 141 do apenso).

Isto posto, passo à análise do mérito.

O apelante afirma que não teve qualquer enriquecimento ilícito, pois desde 2001, a única renda por ele auferida é a oriunda de seus vencimentos recebidos como servidor público, não tendo havido grandes alterações em seu patrimônio.

Ocorre que, em verdade, a conduta do apelante foi enquadrada nos artigos 10 e 11 da Lei 8.429/92, que tratam, respectivamente, da lesão ao erário e do atentado a princípios da Administração Pública. Em nenhum dos dois tipos legais exige-se enriquecimento ilícito do servidor para configuração da materialidade do ato de improbidade. Veja-se:

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

(...)

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

E ainda:

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

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

Desse modo, tendo havido lesão ao erário - entendida como perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades do Poder Público - e atentado aos princípios da Administração Pública, resta evidente que os atos de improbidade devem ser tipificados nos artigos 10 e 11 da Lei 8.429/92, não se exigindo a ocorrência de enriquecimento ilícito do agente.

Ressalte-se, ademais, que à época dos fatos, entre os anos de 2001 e 2007, Wagner Almeida Marques ocupava o cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal na extinta Secretaria de Receita Previdenciária - Unidade de Atendimento da Previdência Social - em Mogi das Cruzes/SP, tendo chegado até mesmo ao cargo de Chefia.

Na condição de Auditor Fiscal da Receita Federal, deveria o réu obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de acordo com o disposto no artigo 37 da Constituição Federal e na Lei 8.429/92.

A par disso, ressalte-se que o réu era Auditor Fiscal desde 1978, sendo, portanto, um funcionário público experiente e com vasto conhecimento acerca da legislação e dos procedimentos inerentes à cobrança de créditos tributários e à expedição de certidões negativas de débito (CNDs).

Não obstante, consoante restou constatado nos autos, ocorreram diversas expedições de certidões negativas de débito (CNDs) pela extinta Secretaria de Receita Previdenciária - Unidade de Atendimento da Previdência Social - em Mogi das Cruzes/SP, nos anos de 2001 a 2007, em desacordo com as determinações legais.

Dentre as irregularidades verificadas, houve: emissão de CNDs sem recolhimentos, com recolhimentos a menor e/ou sem verificação da documentação necessária; emissão de CNDs com simulação do responsável pela obra de construção civil; extravio de processos administrativos; não formalização de Declarações e Informações sobre Obras (DISO). Dos documentos juntados aos autos, mormente os carreados no processo administrativo disciplinar (PAD), consta extensa descrição das irregularidades, com os respectivos nomes dos contribuintes previdenciários e com as datas das emissões indevidas de CNDs (f.145-170 do PAD).

Demais disso, restou inconteste que o sistema informatizado da Secretaria de Receita Previdenciária exigia que a senha, de uso pessoal e intransferível, fosse substituída a cada 30 (trinta) dias, independentemente da vontade do usuário, e que não permitia o uso de qualquer das últimas 10 (dez) senhas utilizadas. Considerando que os fatos ocorreram de 2001 a 2007, foram efetuadas aproximadamente 68 (sessenta e oito) trocas de senha.

Sendo assim, padece de verossimilhança a tese sustentada pelo apelante de que terceiro teria se apropriado de sua senha e emitido as CNDs em seu nome, haja vista que o suposto terceiro teria que acompanhar as trocas de senha a cada 30 (trinta) dias.

Saliente-se, a respeito, o seguinte trecho do Relatório Final da Corregedoria no Processo Administrativo Disciplinar (PAD) (f. 144-145 do apenso):

(...) Vale lembrar que o sistema MV2/CND tem como peculiaridade o fato de exigir a troca de senha a cada 30 dias, independentemente da vontade do usuário, ou seja, essa condição é inerente ao sistema, não sendo possível repetir as últimas 10 senhas.

O PLENUS, ao ser acessado, exibe em sua tela inicial a mensagem;

“O acesso não autorizado, a disponibilização voluntária ou acidental da senha ou quebra de sigilo constituem infrações que sujeitam o usuário à responsabilização administrativa, penal e civil. Todo acesso é controlado. Base legal: Constituição Federal, Código penal e portaria ministerial n. 862 DOU 26/03/2001. Ao efetuar login, o usuário declara-se ciente das responsabilidades acima referidas.”

Dessa forma, *o acesso aos Sistemas é controlado, sendo permitido somente a pessoas autorizadas mediante código de acesso e uso privativo de senha pessoal e intrasferível, formalizado mediante assinatura de Termo de Responsabilidade.*

(...)

3.3.4. Registre-se a *inexistência quanto ao controle de acesso* aos sistemas informatizados da previdência Social pela então DRP/Guarulhos, conforme se observou pelos depoimentos dos servidores em exercício em Mogi das Cruzes, bem como da *Chefe da ORAR e gestora do SCA, Alice Yukie Hamada.*

3.3.5. Essa falta de controle aliada ao descumprimento das orientações contidas no Termo de Responsabilidade propiciaram a utilização contínua, por um longo período, pelo servidor Wagner, considerando que a CND n. 019522001 foi liberada em 01/06/2001 (Ruhtra) e a CND n. 01088/2007, em 12/02/2007 (Potencial), *importando em 2051 dias entre as duas CNDs, implicando necessariamente a alteração de senha no sistema Plenus, 68 vezes aproximadamente, uma vez que o sistema exige a troca de senha a cada 30 dias.* (...) (grifos no original)

Desse modo, afigura-se descabida a alegação do réu de que terceiro mal-intencionado teria se apropriado de sua senha e expedido irregularmente as CNDs, sendo desnecessária perícia para comprovar esse suposto uso indevido.

Demais disso, em alguns casos houve simulação do responsável pela obra, o que gerou uma distorção fiscal. Isso porque para pessoas físicas concedia-se a CND mediante o recolhimento de 100% do valor apurado em Aviso para Regularização da Obra - ARO, ao passo que para pessoas jurídicas bastaria o recolhimento de 70% do valor apurado (f. 204-216 do PAD em apenso). Desse modo, simulava-se que o proprietário da obra era uma pessoa jurídica, quando, em verdade, era uma pessoa física, e deixava-se de recolher o percentual devido para que a CND fosse emitida.

Em certos casos, como no da empresa Ruhtra, o réu realizou auditoria fiscal quanto aos períodos de 1998 a 2006, não apontando irregularidades e declarando o encerramento das atividades da empresa em 31.07.2006, quando na realidade apurou-se em outra auditoria fiscal que a empresa estava inativa desde 2003. No período de 2003 a 2006, entretanto, diversas CNDs foram emitidas em nome da Ruhtra, tendo sido aceito o registro da referida empresa como responsável por obras sem a devida comprovação desta circunstância e sem recolhimento algum dos créditos tributários (f. 121 e 122 do PAD).

Tanto no caso da empresa Ruhtra quanto em outros casos, não houve sequer apresentação da DISO, que correspondia a uma fiscalização mínima, pois a DISO equivale ao “formulário através do qual se inicia todo o procedimento de conferência dos recolhimentos efetuados e demais dados da obra”, conforme consta no relatório do PAD (f. 216).

A corroborar a prática de tais ilegalidades, ressaltam-se os seguintes trechos do relatório final do PAD:

(...) durante a instrução processual, ficou evidenciada a prática contínua e reiterada do indiciado nas liberações irregulares de CNDs, sem a formalização dos respectivos processos e com ausência ou insuficiência de recolhimento de contribuições previdenciárias, bem como efetuando alterações cadastrais sem os respectivos documentos comprobatórios. (f. 1045 do PAD)

E ainda:

(...) ademais, o modo como o indiciado liberou tais CNDs, por aproximadamente seis anos, revela que o mesmo não observava as normas, apesar de conhecê-las, conforme seu inter-

rogatório, f. 313 do Volume II, em resposta à oitava pergunta, no qual afirma que ao liberar CND para obra de construção civil de pessoa física e jurídica eram observadas as rotinas determinadas pelas instruções vigentes à época dos fatos. É relevante observar que a empresa Ruhtra foi a maior beneficiada pelas irregularidades cometidas pelo indiciado, haja vista que tal empresa obteve 52 (cinquenta e duas) certidões negativas de débito junto à Previdência Social, todas, sem exceção, liberadas indevidamente pelo indiciado. Além disso, o mesmo foi responsável pelo procedimento fiscal na referida empresa, não constituindo qualquer crédito e afirmando ter visto documentos, que o sócio da empresa declarou não existirem (f. 1046-1047 do PAD).

Assim, inconteste que as CNDs foram emitidas irregularmente pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal Wagner Almeida Marques - tendo sido-lhe imposta até mesmo a penalidade de demissão no âmbito administrativo, conforme consta no Relatório Final do PAD (f. 138-190 do PAD, juntado aos presentes autos a f. 121, por mídia eletrônica).

Ademais, conquanto o réu alegue ter agido em conformidade com as disposições legais e regulamentares, considerando o cargo que o réu ocupava e o tempo de serviço prestado à Receita Federal, queda evidente que as irregularidades não decorreram de inabilidade ou de despreparo do réu, e sim de má-fé e dolo ou culpa gravíssima, que se equipara ao dolo.

Por outro lado, cumpre asseverar que a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça entende que o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil, exigindo a presença de dolo para a caracterização dos atos de improbidade arrolados nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, e, ao menos, de culpa, para os mencionados no artigo 10 da mesma lei.

Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.

2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade.

3. É que *“o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.”* (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em *“O Limite da Improbidade Administrativa”*, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). *“A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto”* (Alexandre de Moraes, in *“Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”*, Atlas, 2002, p. 2.611). *“De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado”* (REsp 213.994-O/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999). (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006)

4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

5. Recurso especial provido. (REsp 734.984/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJe 16/06/2008) (grifei)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DA

CONDUTA. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

2. Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. *A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.* Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10 (v.g.: REsp 734.984/SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006). (...)

4. Recurso especial do Ministério Público parcialmente provido.

Demais recursos providos.

(REsp 827.445/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010) (grifei)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo.

2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal.

3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008).

4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.

5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: *“vontade de realizar fato*

descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.

7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade.

8. *As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ.*

9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário.

10. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 765.212/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010) (grifei)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 9.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.

1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, *caput*, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei.

2. *Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa.*

3. Recurso especial provido.

(REsp 604.151/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 08/06/2006, p. 121) (grifei)

Tampouco merece prosperar o argumento de que o apelante teria agido em estado de perturbação mental e que, portanto, estaria albergado por uma excludente de culpabilidade, nos termos do artigo 26 do Código Penal. Isso porque, na realidade, consoante se verifica das alegações do próprio apelante e dos documentos carreados nos autos, ele padecia de sonolência e falta de concentração, o que não inviabilizava sua compreensão acerca do caráter ilícito dos fatos (v. depoimentos das testemunhas - f. 423 e 424 e f. 427-430 dos presentes autos).

Ressalte-se, ainda, conforme bem asseverado pelo juízo *a quo*, que a circunstância da

suposta excludente de culpabilidade não foi aventada pelo réu nem no PAD nem no decorrer da instrução nos presentes autos. Pelo contrário: em todo o conjunto probatório, destacou-se a qualidade técnica e profissional do agente, sendo que não se afigura crível que o réu desempenhasse suas funções e expedisse as CNDs se não tivesse consciência e autodeterminação sobre seus atos.

Em suma, restou evidenciado o nexo de causalidade entre as condutas do réu e o prejuízo ao Erário, haja vista que era dever do réu, na qualidade de Auditor Fiscal da Receita Federal, emitir as CNDs, verificando se haviam sido recolhidos os tributos devidos e se estavam presentes os demais requisitos para sua emissão.

Uma vez verificada a ocorrência de atos de improbidade, praticados com dolo ou culpa gravíssima, e constatado o nexo de causalidade, faz-se mister a imposição das penalidades previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGENTE POLÍTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. TÍPICIDADE. DOLO. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. ELEMENTOS DE PROVA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS FIXADOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cuidam os autos de ato de improbidade administrativa atribuída a Procurador-Geral de Município e subordinado, pelo desempenho de atividades de interesse particular - advocacia - no âmbito da Administração Pública. Ficou demonstrada na fundamentação do acórdão recorrido a existência do elemento subjetivo dos agentes, em ato que causou lesão ao erário - art. 10, XIII, da Lei 8.429/1992 -, e violação dos princípios insculpidos no *caput* do art. 11, da Lei 8.429/1992.

2. O destinatário final das provas produzidas é o juiz, a quem cabe avaliar, quanto à suficiência e necessidade, em consonância com o disposto no parte final do art. 130 do CPC. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca das provas produzidas, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de Especial, a teor da Súmula 7/STJ. (Precedentes: AgRg no Ag 1419008/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15/09/2011, DJe 03/10/2011; AgRg no Ag 1050105/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 21/11/2008; AgRg no Ag 1364996/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 18/08/2011, DJe 24/08/2011).

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

4. A Primeira Seção, ao julgar os EREsp 895.530/PR, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, por maioria, firmou que, em ação civil pública movida pelo Parquet, devem ser seguidas as seguintes balizas: I) o Ministério Público não pode auferir honorários por vedação constitucional, consoante o art. 128, § 5º, II, letra “a”, da Constituição da República; II) aplicam-se estritamente os critérios previstos nas regras específicas da Lei 7.347/85, quanto à verba honorária; III) o STJ entende que o Ministério público somente pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios apenas nos casos de prova irrefutável de sua má-fé e; IV) dentro de critério de absoluta simetria, se o Ministério Público não paga os honorários, também não deve recebê-los. (Precedente: REsp 1099573/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda

Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 19/05/2010). Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.

(RESP 201101496684, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 14/03/2012 ..DTPB:.) (grifei)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO DE CARGOS. OMISSÃO CARACTERIZADA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. SANÇÕES DO ART. 12 LEI 8.492/92. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida.

2. Deixando o acórdão de se manifestar sobre a matéria sub judice, rejeitando os embargos declaratórios, insistindo na omissão, incorre em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

3. *É indispensável, sob pena de nulidade, que a sentença indique os motivos para a aplicação de cada uma das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.492/92, levando em consideração a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. Precedentes do STJ.*

4. Recursos especiais conhecidos e providos para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que profira nova decisão com a análise das alegações dos recorrentes.

(RESP 201100049794, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 14/09/2011 ..DTPB:.) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE - CUMULAÇÃO - PENA PECUNIÁRIA - APLICAÇÃO ALÉM DO MÍNIMO - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - ANULAÇÃO PARCIAL DO JULGADO.

1. Não deve ser conhecido o recurso especial sobre questão que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal *a quo*. Súmula 211/STJ.

2. É inadmissível recurso especial com suporte na alínea “c” do permissivo constitucional, quando o suposto dissídio jurisprudencial não foi apresentado de forma analítica, como determina o art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não vislumbra omissão, *in casu*, quanto à configuração do ato de improbidade, apenas no tocante à aplicação das penas.

4. *Consoante a jurisprudência desta Corte, as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, bem como da sua cumulação. Para as sanções pecuniárias se faz necessária a motivação da sua aplicação além do mínimo legal.*

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp 713.146/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 22/03/2007, p. 324) (grifei)

Por fim, no que tange à aplicação da responsabilidade do funcionário pela expedição irregular da CND, nos termos do previsto no artigo 208 do Código Tributário Nacional, tem-se:

Art. 208. A certidão negativa expedida com dolo ou fraude, que contenha erro contra a Fazenda Pública, responsabiliza pessoalmente o funcionário que a expedir, pelo crédito tributário e juros de mora acrescidos.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não exclui a responsabilidade criminal e funcional que no caso couber.

Em que pese a redação do artigo 208 do Código Tributário Nacional mencionar respon-

sabilidade pessoal do agente, verifica-se que, via de regra, a responsabilidade é solidária com o contribuinte. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INCIDENTES SOBRE A MÃO-DE-OBRA EMPREGADA NA CONSTRUÇÃO CIVIL. FRAUDE NA EMISSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO (CND). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONTRIBUINTE E DO SERVIDOR QUE EMITIU A CERTIDÃO FALSA. ART. 208 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 173, II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

1. *O art. 208 do Código Tributário Nacional estabelece que a certidão negativa de débito expedida com dolo ou fraude responsabiliza pessoalmente o funcionário que a expedir, pelo crédito tributário e juros de mora, e não exclui as responsabilidades criminal e funcional cabíveis no caso.*

2. *Não obstante esse dispositivo mencione que a responsabilidade tributária é pessoal, trata-se de responsabilidade solidária, que não exime o contribuinte de pagar o tributo, pois não é forma de extinção do crédito tributário. Ao contrário, consta da certidão a ressalva do direito do INSS de cobrar qualquer importância que venha a ser considerada devida.*

3. *O fato gerador da contribuição previdenciária incidente sobre obras de construção civil é tido por ocorrido na data da conclusão da obra. Consequentemente, a Fazenda tem o prazo de 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao da conclusão da obra (fato gerador), para fiscalizar e efetuar, de ofício, o lançamento da respectiva exação, conforme determinam o art. 173, I, do Código Tributário Nacional e a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal.*

4. *No caso em exame, no entanto, aplica-se o prazo de cinco anos, mas contado da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, nos termos do art. 173, II, do Código Tributário Nacional. Como a decisão que concluiu pela irregularidade na emissão da CND é de 18/01/2000 (Parecer nº 2.006 da Consultoria Jurídica do INSS), e a NFLD foi emitida em 13/12/2004, não há que se falar em decadência. Precedente deste Tribunal.*

5. *Apelação a que se nega provimento.*

(AC 00031640220054036103, DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/08/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

No caso em comento, as empresas envolvidas - Construtora Níquel e Diamante, Potencial Construtora e Incorporadora Empreendimentos Imobiliários Ltda., CIVIMON Construtora, Incorporadora e Empreiteira de Mão de Obra Ltda., Ruhta Construtora e Incorporadora e Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Construtora e Incorporadora Carillo Ltda. - foram devidamente notificadas para efetuarem o pagamento das contribuições previdenciárias devidas, conforme consta dos Avisos de Regularização de Obra (AROs) de f. 152-170 do PAD, juntado aos autos a f. 121 por mídia eletrônica.

Havendo responsabilidade solidária entre o réu e as empresas envolvidas nos fatos em comento, deve ser mantida a obrigação de ressarcimento integral do dano, por meio da declaração de responsabilidade solidária pelos créditos tributários constituídos que deixaram de ser oportunamente exigidos em razão de indevidas liberações de certidão de regularidade fiscal, na forma do disposto no artigo 208 do Código Tributário Nacional.

Deve também ser mantida a condenação ao pagamento por responsabilidade direta dos valores que deixaram de ser constituídos oportunamente, alcançados pela decadência, mas que poderiam ter sido exigidos se não concedidas as CNDs indevidas.

Nesse sentido, agiu com acerto o juízo *a quo* ao impor as penalidades do artigo 12 da Lei 8.429/92, porquanto considerou a extensão do dano causado, o proveito patrimonial obtido pelo agente e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, nos termos dos artigos 10, *caput* e inciso VII, e 11, *caput* e inciso I, e do artigo 12, todos da Lei 8.429/92:

a) há de ser mantida a obrigação de ressarcimento integral do dano, com incidência da SELIC a contar da citação nestes autos, por meio da declaração de responsabilidade solidária pelos créditos tributários constituídos que deixaram de ser oportunamente exigidos em razão de indevidas liberações de certidão de regularidade fiscal, na forma do disposto no artigo 208 do Código Tributário Nacional, bem como por meio da condenação ao pagamento por responsabilidade direta dos valores que deixaram de ser constituídos oportunamente, alcançados pela decadência, mas que poderiam ter sido exigidos se não concedidas as CNDs indevidas;

b) há de ser mantida a penalidade de perda da função pública, se não decorrente das sanções administrativa/funcional e penal;

c) há de ser mantida a obrigação de pagamento de multa civil no valor de uma vez o valor dos créditos que deixaram de ser exigidos pela decadência, com incidência da SELIC a contar da publicação desta sentença.

Demais disso, deve ser mantida, nos termos fixados na sentença, a decretação de indisponibilidade de bens e valores do réu, em virtude da garantia ao cumprimento de sua condenação, consistente em responsabilidade solidária pelos créditos tributários constituídos (e pelos não constituídos em razão da decadência que poderia ter sido evitada com a não emissão de CNDs fraudulentas).

Ante o exposto, nego provimento à apelação do réu, de acordo com o disposto no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem condenação ao pagamento das verbas de sucumbência, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003358-87.2014.4.03.6102
(2014.61.02.003358-8)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
 Apelada: CLEUSA APARECIDA TEIXEIRA DE MORAIS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
 Classe do Processo: AC 2170059
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2017

EMENTA

CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. LIMITE DE 30%.

- 1 - Decréscimo inesperado da remuneração da servidora em razão da exoneração de seu cargo de comissão, o que importou em que o crédito consignado tomasse quase a totalidade de seu vencimento remanescente, inviabilizando sua própria subsistência.
- 2 - A soma das consignações para pagamento de empréstimos não pode exceder 30% da remuneração do devedor (art. 21 da Lei nº 1.046/1950).
- 3 - Norma de preservação do mínimo existencial do consumidor que consubstancia matéria de ordem pública, não afeita, assim, à livre negociação entre as partes (art. 1º c/c o art. 7º da Lei nº 8.078/1990; Súmula nº 297/STJ).
- 4 - O código consumerista adota a teoria da base objetiva do negócio jurídico em seu art. 6º, V, impondo a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes, ainda que previsíveis, que as tornem excessivamente onerosas.
- 5 - A porcentagem incide apenas sobre a parcela remanescente da remuneração básica após a dedução das consignações compulsórias (art. 2º, § 2º, do Decreto 4.840/2003), e não sobre o rendimento bruto.
- 6 - Apelação não 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 à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de julho de 2017.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em face de sentença de fl. 132 que julgou procedente o pedido para limitar os descontos a 30% da remuneração disponível da autora.

Alega-se, em síntese, que (i) “a Caixa respeitou o limite de margem consignável, entretanto, se o autor contraiu empréstimos em outras instituições e conseguiu averbar o desconto com seu empregador, a empresa pública não pode ser penalizada por isso”; (ii) “alterar o contratado ou esquivar-se das obrigações assumidas implica em manifesta violação ao princípio da obrigatoriedade dos contratos”; (iii) subsidiariamente, pleiteia que os 30% incidam sobre a remuneração bruta da apelada, e não da líquida.

Prazo para contrarrazões transcorreu *in albis* (fl. 144 v.o.).

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

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

Conforme dicção do art. 21 da Lei nº 1.046/1950, a soma das consignações para pagamento de empréstimos não pode exceder 30% da remuneração do devedor.

Na mesma senda, redações originais do art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.820/2003 e art. 45, § 2º, da Lei nº 8.112/1990.

Tal restrição consubstancia verdadeira preservação do mínimo existencial do consumidor, sendo matéria de ordem pública, não afeita, assim, à livre negociação entre as partes (art. 1º c/c o art. 7º da Lei nº 8.078/1990).

Ainda, considerando que a Lei nº 1.046/1950 é norma de caráter nacional, mesmo as leis dos entes federados não podem estatuir de maneira diversa, ainda que em relação a seus próprios servidores.

No caso em tela, a apelada é servidora da Prefeitura de Sertãozinho, no cargo efetivo de escriturária, tendo sido também nomeada para exercer cargo em comissão de Diretora Administrativa de Unidade de Saúde.

Ocorre que a mesma foi exonerada do cargo em comissão, de sorte que seu vencimento passou de, à época, R\$ 4.572,52 a 1.431,00.

O empréstimo consignado, por outro lado, somava R\$ 1.069,00, de maneira que quase nada restava para o próprio sustento da recorrida (fls. 16/17).

Consoante escólio de Cláudia Lima Marques, “o superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo” (Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul, Revista do Direito do Consumidor 55/11-52, p. 12).

A autora assenta que se trata de fenômeno recorrente que necessita de soluções eficazes no âmbito consumerista, símiles à falência e recuperação judicial, como dilação de prazo e amortização do débito, bem como regulação da publicidade e a observância de deveres de boa-fé de cooperação, que evitem a ruína do contratante (exceção da ruína).

Nessa senda, com fulcro na jurisprudência francesa, Maria Manual Leitão Marques, classifica o superendividamento em ativo e passivo (O endividamento dos consumidores, Coimbra, Almedina).

O ativo é aquele em que o consumidor endivida-se voluntariamente (i) por má-fé, tendo já

intenção apriorística de não adimplemento (consciente) ou (ii) por imprudência (inconsciente).

O passivo consubstancia-se em situação de insolvência imposta por condições alheias à volição do devedor, como desemprego, doença, morte de provedor familiar e redução salarial.

Apenas o superendividamento ativo inconsciente e o passivo demandam tutela jurisdicional que assegure o reequilíbrio financeiro do consumidor.

A recorrida se enquadra exatamente no superendividamento passivo, pois a exacerbação das parcelas consignatórias promana do decréscimo inesperado de sua remuneração, não de qualquer intenção deliberada ou mesmo negligência.

Nos termos da Súmula nº 297 do STJ, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Por sua vez, o código consumerista adota a teoria da base objetiva do negócio jurídico em seu art. 6º, V, impondo a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Diferentemente da teoria da imprevisão - adotada pelo Código Civil (art. 478) -, não exige o advento de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis para tal alteração.

Por conseguinte, correta a sentença ao determinar que o desconto do empréstimo consignado não ultrapasse 30% da remuneração da servidora.

Improcedente, outrossim, o pedido subsidiário de que tal porcentagem incida sobre o valor bruto da remuneração da devedora, pois o art. 2º, § 2º, do Decreto 4.840/2003 prevê que a remuneração disponível é a parcela remanescente da remuneração básica após a dedução das consignações compulsórias.

Ressalte-se que tal silogismo é consentâneo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

2. Ao permitir a consignação em folha de pagamento, em percentual de 70% (setenta por cento), o acórdão recorrido diverge da jurisprudência atual e pacífica desta Corte de Justiça, que limita os descontos consignados em 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do servidor público.

(REsp 1184378/RS, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 20/11/2012)

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO à apelação.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004642-15.2014.4.03.6108
(2014.61.08.004642-3)

Apelante: NEUSA RIO BRANCO

Apelados: UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: AC 2195008

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/07/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. LEI Nº 11.520/2007. PORTADOR DE HANSENÍASE. ISOLAMENTO E INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. COMPROVAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA, DE OFÍCIO, PARA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. Cuida-se de pedido de concessão de pensão especial instituída pela Lei nº 11.520/07, por ser a parte autora portadora de hanseníase e ter sido submetida a tratamento mediante isolamento e internação compulsória no Hospital Lauro de Souza Lima, nos períodos de 27.10.1979 a 15.11.1979, 06.12.1979 a 23.02.1981.

2. São requisitos necessários à concessão do benefício previsto no art. 1º da Lei 11.520/2007, que o beneficiário tenha sido acometido por hanseníase e submetido a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até dezembro de 1986.

3. A pensão especial instituída pela referida norma possui natureza indenizatória e visa reparar política de saúde implantada pelo Estado, que de forma coercitiva promovia o isolamento e internação compulsória de pacientes de hanseníase em hospitais-colônia.

4. Na hipótese dos autos, resta comprovado que a autora foi acometida por hanseníase virchoviana e submetida à política de isolamento e internação compulsória no Hospital Lauro de Souza Lima, para tratamento, nos períodos de 27.10.1979 a 15.11.1979 e de 06.12.1979 a 23.02.1981; bem como, a partir desta data, foi internada no setor social (área asilar) do hospital onde permanece até hoje.

5. Incontroverso o diagnóstico da hanseníase, cabe perquirir acerca da compulsoriedade da internação. A jurisprudência dos Tribunais Regionais é firme no sentido de que a compulsoriedade do isolamento e da internação para a concessão da pensão mensal vitalícia aos portadores de hanseníase, haja vista a repulsiva política sanitária adotada à época, bem como ao estigma social a que ficavam submetidas as pessoas acometidas pela doença no mundo todo, constante, inclusive de textos bíblicos, cujo preconceito perdura até hoje, pode ser presumida diante da violência psíquica sofrida à época.

6. Assim, a comprovação da compulsoriedade do isolamento e internação deve ser examinada, não só como coerção física imposta ao internando no intuito de privá-lo da liberdade e do convívio com sua família, mas também pela coação psicológica exercida sobre o portador da doença e seus familiares a indicar que não havia outra alternativa possível e viável ao tratamento e à cura, senão a submissão ao isolamento e internação obrigatória em hospitais-colônia.

7. Recebido o diagnóstico, não restava outra alternativa ao portador da doença, senão procurar os sanatórios e viver em isolamento social, dado que o convívio em sociedade

era impossível, notadamente aos mais carentes.

8. O simples fato de não constar na ficha social da parte autora que a mesma foi levada à força, por terceiros, não ilide a constatação da obrigatoriedade no tratamento ofertado pela política sanitária de isolamento e internação.

9. Preenchidos os requisitos necessários à concessão da pensão especial prevista na Lei 11.520/2007, razão pela qual dever ser reformada a r. sentença para julgar procedente o pedido para conceder o benefício a partir do requerimento administrativo.

10. As parcelas em atraso deverão ser corrigidas monetariamente nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal elaborado pelo Conselho da Justiça Federal-CJF e acrescidas de juros de mora, a partir da data da citação. Tendo em vista a procedência do pedido, devem ser invertidos os ônus da sucumbência.

11. Apelação provida. Deferida tutela antecipada, de ofício, para implantação do benefício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e, de ofício, após a concordância do ilustre representante do Ministério Público Federal ouvido na sessão, conceder a antecipação de tutela, determinando a implantação do benefício pleiteado no prazo de trinta dias a partir da ciência do presente julgamento, sob pena de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por dia de atraso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Determinou ainda a expedição de ofício ao Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador Regional Federal José Leonidas Bellem de Lima, para ciência do inteiro teor do julgado.

São Paulo, 20 de julho de 2017.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Trata-se de apelação interposta por NEUSA RIO BRANCO, em face da r. sentença proferida na ação ordinária, onde se objetiva a concessão de pensão especial de que trata a Lei nº 11.520/2007, desde a entrada em vigor daquele diploma ou a partir do requerimento administrativo formulado em 24/11/2007.

Às fls. 42/44 foi indeferida a antecipação de tutela.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, por não comprovada a compulsoriedade da internação promovida, indispensável à concessão da pensão postulada. Face à sucumbência, condenou a demandante ao pagamento dos honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00, exigíveis nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50. Custas na forma da lei.

Em suas razões recursais, a parte autora sustenta, em síntese, restar comprovado o preenchimento dos requisitos legais à concessão da pensão especial previstos na Lei nº 11.520/2007. Aduz ser portadora de hanseníase e em decorrência desta foi submetida a isolamento e internação no Hospital Lauro de Souza Lima. Afirma que “querer fazer crer que alguém viesse a permanecer nesse lugar de livre e espontânea vontade por toda a vida é no mínimo vergonhoso,

já que em nenhum momento isso seria uma opção e sim o que restava quando se tinha um diagnóstico com essa enfermidade”. Esclarece que a Lei nº 11.520/2007 foi decretada na tentativa de amenizar a dor e o sofrimento causado pela sociedade aos portadores de hanseníase, como ocorreu no presente caso. Requer o provimento do apelo.

Apresentadas contrarrazões pela União Federal (fls. 140/144v) e pelo INSS (146/147), aduzindo a não comprovação da compulsoriedade da internação.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Merece acolhimento a insurgência da apelante.

Cuida-se de pedido de concessão de pensão especial instituída pela Lei nº 11.520/07, por ser a parte autora portadora de hanseníase e ter sido submetida a tratamento mediante isolamento e internação compulsória no Hospital Lauro de Souza Lima, nos períodos de 27.10.1979 a 15.11.1979, 06.12.1979 a 23.02.1981.

A Lei nº 11.520/2007 assim dispõe acerca do direito invocado em juízo:

Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, às pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até dezembro de 1986, que a requererem, a título de indenização especial, correspondente a R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais).

São requisitos necessários à concessão do benefício previsto no art. 1º da Lei 11.520/2007, que o beneficiário tenha sido acometido por hanseníase e submetido a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até dezembro de 1986.

A pensão especial instituída pela referida norma possui, portanto, natureza indenizatória e visa reparar política de saúde implantada pelo Estado, que de forma coercitiva promovia o isolamento e internação compulsória de pacientes de hanseníase em hospitais-colônia.

Frise-se que tal política sanitária de segregação compulsória promoveu, equivocadamente, o aumento do estigma da doença, o preconceito e os maus tratos a que desnecessariamente foram submetidas tais pessoas.

Na hipótese dos autos, os documentos que acompanham a inicial (fls. 19/29), bem como o processo administrativo de requerimento de revisão trazido em contestação pela União Federal (fls.56/106), comprovam que a parte autora foi submetida a isolamento e internação no Hospital Lauro de Souza Lima, por ser portadora de hanseníase virchoviana, para tratamento nos períodos de 27.10.1979 a 15.11.1979, 06.12.1979 a 23.02.1981 e, a partir desta data, foi transferida para o setor social (área asilar) do hospital onde permanece até hoje.

Consta do histórico da autora elaborado pelo Instituto Lauro de Souza Lima (doc fls. 20), que foi internada pela primeira vez no Hospital Lauro de Souza Lima, no período de 27.10.1979 a 15.11.1979 por ser portadora de hanseníase virchoviana e estar apresentando reação tipo 2 (Eritema Nodoso Hansênico); reinternou-se em 06.12.1979 devido a um novo episódio de reação tipo 2; permaneceu internada na enfermaria a 23.02.1981, tendo neste período vários episódios de reação tipo 2; não retornou ao seu domicílio de origem, sendo transferida para

o setor social (área asilar) do hospital, onde permanece até hoje. Neste período teve ainda surtos de reação tipo 2, que foram diminuindo de intensidade e atualmente não apresenta mais estes surtos. Em 15.07.1981, foi encaminhada a SORRI, entidade criada para reabilitação e reintegração de pessoas com incapacidades, especialmente as acometidas pela hanseníase, com o intuito de reintegrá-la à sociedade. E que o setor social do Instituto é o domicílio da autora Neusa Rio Branco.

Do Histórico de Enfermagem Geriátrico do Instituto Lauro de Souza Lima (fls. 26) encontra-se o relato da vida pregressa da autora dando conta de que, após realização de biópsia e oficialmente diagnosticada, foi “encaminhada para o Instituto, pois foi lhe dito que se não viesse para cá ia morrer”.

Verifica-se, ainda, da declaração feita pelo Diretor do Instituto Lauro de Souza Lima (fls. 89v) que a parte autora “teve diagnóstico confirmado e tratamento para Hanseníase em sua cidade de origem Marília, SP e foi internada e tratada para reações ou outras condições clínicas neste Instituto entre 1979 e 1981. Após este período, a paciente passou a residir no Pavilhão Anita Costa na área social deste Instituto, não retornando mais ao seu local de origem. Desde então, a requerente permanece residindo no mesmo setor social”.

A declaração prestada por Valdira Maria Gomes de Lima (fls. 90), confirma que conheceu a Sra. Neusa Rio Branco “quando a mesma esteve internada na colônia do então Asilo Colonia Aimorés, atual Instituto Lauro de Souza Lima/Bauru, permanecendo durante o período de 1979 a 1981 (...) estivemos internadas juntas na mesma enfermaria quando fomos transferidas para a colônia no Pavilhão Anita Costa. Na época a Sra. Neusa chorava muito, tendo muitas dores causadas pela reação do medicamento, assim também pela rejeição junto aos parentes, que não aceitavam a sua permanência com eles, obrigando a mesma a voltar a se internar no antigo hospital colônia.”.

A declaração prestada por Belarmino Cypriano (fls. 90v) também confirma que conheceu a Sra. Neusa Rio Branco “quando a mesma residia na colônia do então Asilo Colonia Aimorés, atual Instituto Lauro de Souza Lima/Bauru, no ano de 1981, e atualmente continua residindo no mesmo local”.

A declaração prestada por Beatriz Ferreira de Souza, auxiliar de enfermagem do Instituto Lauro de Souza Lima, desde 01.09.1976, dá conta de que conhece a autora desde 1979 e que a mesma, quando em 1981 foi internada na Colônia, esteve sobre seus cuidados de enfermagem. Afirma que ainda permanece no mesmo local trabalhando, onde a autora também permanece até hoje. (fls. 22 e 99).

Constam, ainda, declarações de Ademar Ferreira Neto (fls. 98vº) e de Elias de Souza Freitas (fls. 99 vº), confirmando conhecer a autora desde sua internação no Instituto Lauro de Souza Lima e que a mesma permanece morando naquele local.

Deste modo, incontestemente, pelas fichas médicas, atestados e declarações dos médicos, profissionais de saúde e pacientes contemporâneos à internação da autora no Hospital Lauro de Souza Lima, que esta foi acometida pela hanseníase e ter sido submetida à política de isolamento e internação para tratamento, bem como residir no setor social (área asilar) do hospital onde permanece até hoje.

Cabe assinalar que as sequelas da doença e de seu tratamento mediante isolamento e internação compulsória, sejam elas físicas ou psicológicas, se mostram de tal monta que a autora até hoje reside na área asilar do hospital.

Incontroverso, portanto, o diagnóstico da hanseníase, cabe perquirir acerca da compulsoriedade da internação.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais é firme no sentido de que a compulsoriedade do isolamento e da internação para a concessão da pensão mensal vitalícia aos portadores de hanseníase, haja vista a repulsiva política sanitária adotada à época, bem como ao estigma social a que ficavam submetidas as pessoas acometidas pela doença no mundo todo, constante, inclusive de textos bíblicos, cujo preconceito perdura até hoje, pode ser presumida diante da violência psíquica sofrida à época.

Assim, a comprovação da compulsoriedade do isolamento e internação deve ser entendida, não só como a coerção física imposta ao internando no intuito de privá-lo da liberdade e do convívio com sua família, mas também pela coação psicológica exercida sobre o portador da doença e seus familiares a indicar que não havia outra alternativa possível e viável ao tratamento e à cura, senão a submissão ao isolamento e internação obrigatória em hospitais-colônia.

Recebido o diagnóstico, não restava outra alternativa ao portador da doença, senão procurar os sanatórios e a viver em isolamento social, dado que o convívio em sociedade era impossível, notadamente aos mais carentes.

Destarte, o simples fato de não constar na ficha social da parte autora que a mesma foi levada à força, por terceiros, não ilide a constatação da obrigatoriedade no tratamento ofertado pela política sanitária de isolamento e internação.

Nesse sentido, os acórdãos assim ementados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LEI Nº 11.520/2007. HANSENÍASE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. SEGREGAÇÃO. ISOLAMENTO. COMPROVAÇÃO. PENSÃO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. AGRAVOS LEGAIS DESPROVIDOS.

1. A questão posta nos autos diz respeito a pedido de concessão de pensão especial a pessoas atingidas por hanseníase, pleiteado por João Severino de Figueiredo, em face da União Federal e do INSS, por ter sido submetido à internação compulsória em hospital colônia antes de 1986.
2. A decisão monocrática ora agravada entendeu por reformar a r. sentença a fim de dar provimento à presente ação, reconhecendo ao autor o direito à concessão da referida pensão especial, com percepção retroativa do benefício desde setembro de 2007, corrigida de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
3. Em seus agravos legais, tanto a União Federal como o INSS defendem a não comprovação dos requisitos exigidos pela Lei 11.520/2007, e, portanto, a impossibilidade de deferimento da pensão especial nela prevista.
4. Conforme já explanado na decisão agravada, nos termos do referido diploma legal, a concessão da pensão pressupõe o preenchimento de dois requisitos: a comprovação da moléstia e o isolamento ou internação compulsórios.
5. O diagnóstico da doença é fato incontroverso nos autos. *Já acerca da internação compulsória é certo que, tendo em vista a repulsiva política sanitária adotada à época, bem como o estigma social a que ficavam submetidos as pessoas acometidas pela doença no mundo todo, a obrigatoriedade do isolamento é presumida.*
6. *Assim, entende-se que, independente do tempo de internação, o fato de ser o paciente obrigado a se internar em hospitais especializados para tratamento da doença, por si só, é indicativo da compulsoriedade, já que não existia à época a possibilidade de o paciente realizar o tratamento em casa, como é feito hoje, em que a poliquimioterapia é aplicada nos postos de saúde pública, em dias designados. Observa-se que o significado da palavra compulsório, do verbo compelir, é obrigar, forçar, coagir, constranger. Se nas décadas de 70 e 80 os portadores de hanseníase, ao receberem o diagnóstico, eram encaminhados aos hospitais-colônia onde era feito o tratamento médico e ali permaneciam sob os cuidados dos profissionais da área, eles eram obrigados, forçados, constrangidos a se submeterem à rotina de tratamento então vigente, do que resta clara a internação ou segregação compul-*

sória prevista pela Lei nº 11.520/2007 como requisito para a concessão da pensão especial.

7. A decisão monocrática, portanto, foi bem fundamentada, sendo acertada a concessão da pensão especial no corrente caso.

8. Já a atualização do valor a ser pago retroativamente permanece nos moldes da Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, já considerados os ajustamentos decorrentes do quanto decidido nas ADI's 4357 e 4425, item 5 das ementas publicadas em 26.09.2014 e 19.12.2013, respectivamente, em especial a inconstitucionalidade por arrastamento da Lei nº 9.494/97 retornando ao panorama anteacto, qual seja a correção monetária estabelecida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001, na MP nº 1973-67, de 26.10.2000, convertida na Lei nº 10.522, de 19.07.2002, que determina a aplicação do IPCA-E/IBGE.

9. Das alegações trazidas no presente, salta evidente que não almeja a agravante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada.

10. Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática.

11. Agravos legais desprovidos.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1928976 - 0002253-38.2011.4.03.6116, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/07/2016)

ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. LEI Nº 11.520/2007. REQUISITOS. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E ISOLAMENTO. HANSENÍASE. COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO E DO INSS. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS.

1. O INSS é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que lhe cabe, deferido o benefício, a operacionalização do pagamento; é o que se extrai do contido nos arts. 1º, §, e 6º da Lei nº 11.520/2007.

2. A União também é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, já que lhe compete a análise dos requisitos para a concessão da pensão especial.

3. Eventual procedência da demanda afetará a esfera jurídica da União e do INSS, cuidando-se, destarte, da figura do litisconsórcio passivo necessário, condição de validade do processo, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil.

4. A prescrição quinquenal é de ser reconhecida por força da disposição contida no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, relativa às parcelas anteriores ao ajuizamento da demanda.

5. *A jurisprudência dos Tribunais Regionais tem entendido que a compulsoriedade do isolamento e da internação para a concessão da pensão mensal vitalícia aos portadores de hanseníase, haja vista a repulsiva política sanitária adotada à época, bem como ao estigma social a que ficavam submetidos as pessoas acometidas pela doença no mundo todo, constante, inclusive de textos bíblicos, cujo preconceito perdura até hoje, pode ser presumida diante da violência psíquica sofrida à época.*

6. *Recebido o diagnóstico, não restava outra alternativa ao portador da doença, senão procurar os sanatórios e a viver em isolamento social, dado que o convívio em sociedade era impossível, notadamente aos mais carentes.*

7. *A comprovação de que houve compulsoriedade na internação é presumida, não havendo que se perquirir acerca da efetiva violência física, traduzida pela condução forçada até a colônia, haja vista que a violência psíquica a que ficaram submetidas as pessoas é suficiente para atender ao requisito da compulsoriedade.*

8. A prova meramente testemunhal necessita ao menos de um início de prova material.

9. Da documentação carreada ao processo administrativo não concluiu o Hospital São Julião quanto à compulsoriedade da internação, remetendo tal decisão à autoridade administrativa. No entanto, a situação que se desenha é que, realmente, há dúvidas quanto à compulsoriedade, cabendo à prova testemunhal, diante da ausência de registro efetivo, a solução da controvérsia. Destaque-se o teor do § 2º do art. 2º da Lei nº 11.520/2007.

10. Comprovado o acometimento pela hanseníase, e demonstrado, haver sido atingido por tal política de isolamento no período de 7.6.1977 a 18.6.1993, o caso é de deferimento da pensão mensal vitalícia, porque presentes os requisitos exigidos pela Lei nº 11.520/2007.

11. O art. 3º, parágrafo único da Lei nº 11.520/2007 é claro ao afirmar que “o recebimento da pensão especial não impede a fruição de qualquer benefício previdenciário”, não merecendo guarida o pedido de compensação formulado pela União.

12. Para o período de mora anterior à publicação da Lei nº 11.906/2009 (30.06.2009), os juros devem ser de 6% (seis por cento) ao ano; para o período posterior, os juros devem ser os aplicáveis às cadernetas de poupança. Questão apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso submetido à sistemática do art. 543-C do CPC.

13. Os critérios de correção monetária remanescem inalterados, porquanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.357/DF, declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, ao fundamento de que a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada no período, de maneira que não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

14. Não se trata de verba honorária exorbitante, revelando-se, na verdade, caso de majoração. Verba mantida em homenagem ao princípio da *ne reformatio in pejus*.

15. Remessa oficial e Apelação da União parcialmente providas para aplicar os critérios da Lei nº 9.494/97. Apelação do INSS desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 2030390 - 0002099-43.2012.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/02/2016)

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESPECIAL. LEI Nº 11.520/2007. PORTADOR DE HANSENÍASE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E ISOLAMENTO. COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO. PARCELAS PRETÉRITAS. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL ATÉ JUNHO DE 2009. A PARTIR DE 30/06/2009, DATA DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11960/09, QUE MODIFICOU A REDAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, ATUALIZAÇÃO SEGUNDO A TR (TAXA REFERENCIAL). A PARTIR DA INSCRIÇÃO DO DÉBITO EM PRECATÓRIO ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO PELA FAZENDA NACIONAL, INCIDÊNCIA DO IPCA-E (ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL) MENSAL, DO IBGE. LIMINAR PROFERIDA NOS AUTOS DA RECLAMAÇÃO (RCL) Nº 21147. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cuida-se de apelação cível alvejando sentença que, nos autos de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, confirmou a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela postulada e julgou procedente em parte o pedido formulado na exordial, condenando a ré a implantar em favor do autor a pensão especial prevista no art. 1º da Lei nº 11.520/2007, desde a data da vigência do aludido diploma legal, observando-se a prescrição quinquenal. Determinou que as parcelas pretéritas deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, na forma do estatuído no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. Não houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios, haja vista a sucumbência recíproca, a teor do disposto no art. 21 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

2. O deferimento da pensão especial prevista na Lei nº 11.520/2007 depende de três requisitos:

1) ter sido acometido pela hanseníase; 2) submissão a isolamento e internação compulsórios em hospitais colônia; e 3) a internação compulsória deve ter ocorrido até 31 de dezembro de 1986. 3. Na espécie, é incontroverso o fato de o demandante ser portador de hanseníase, consoante se verifica dos documentos carreados ao caderno processual. No que toca ao segundo requisito, consta do prontuário médico adunado que, no período compreendido entre 19.07.1984 e 31.12.1986, o autor se internou no Hospital Estadual Curupaiti, encaminhado por funcionário do mencionado nosocômio, o que revela o caráter compulsório da internação e do isolamento. Nesse ponto, a definição de compulsoriedade perpassa pela natureza da doença e sua gravidade, além da sistemática de tratamento impingida aos doentes.

4. *A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais tem entendido que a comprovação da compulsoriedade do isolamento e da internação para a concessão da pensão mensal vitalícia aos portadores de hanseníase, haja vista a repulsiva política sanitária adotada à época, bem como ao estigma social a que ficavam submetidas as pessoas acometidas pela doença no mundo todo, constante, inclusive, de textos bíblicos, cujo preconceito perdura até hoje, pode ser presumida diante da violência psíquica sofrida.*

5. Em relação ao último requisito, restou demonstrada nos autos, através dos depoimentos colhidos, bem assim da prova documental produzida, que o autor é portador da hanseníase e que foi internado no Hospital-Colônia de Curupaiti em 19.07.1984, sendo o caso de deferimento da pensão mensal vitalícia, porque presentes os requisitos exigidos pela Lei nº 11.520/2007.

6. Não merece acolhida a tese de que as internações ocorreram por períodos curtos e espaçados, o que retiraria o caráter de compulsoriedade e isolamento. As internações a que o autor se submeteu são suficientes para a concessão do benefício, eis que não há na Lei nº 11.520/07 qualquer previsão a respeito de um prazo mínimo de internação para que o paciente faça jus à pensão especial nela prevista. Não cabe ao intérprete da norma fazer distinções e/ou restrições onde a mesma não o faz de forma expressa.

7. A pensão instituída pela Lei nº 11.520/2007 buscou reparar, ainda que de maneira pecuniária e tardia, o dano sofrido por aqueles que foram privados do convívio social, inclusive familiar, fruto da adoção de política sanitária reconhecidamente equivocada e degradante, por estarem acometidas por hanseníase. Vê-se, pois, que a razão da pensão especial vitalícia é buscar reparar a segregação compulsória, o preconceito e os maus tratos a que desnecessariamente foram submetidas tais pessoas.

8. A apresentação de requerimento administrativo tem o condão de suspender a fluência do prazo prescricional enquanto a Administração estiver analisando o pedido, consoante preceitua o art. 4º do Decreto nº 20.910/1932.

9. A pretensão autoral não se encontra fulminada pela prescrição, haja vista que o processo administrativo instaurado a requerimento do demandante foi concluído apenas em 16.07.2013, ao passo que a presente demanda foi ajuizada em 30.04.2014. Assim, verifica-se que o lustro prescricional permaneceu suspenso, razão pela qual o autor, a princípio, faz jus a receber os atrasados pleiteados, desde a data do requerimento administrativo de percepção da pensão.

10. As parcelas em atraso deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, a partir da data da citação, de acordo com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, na redação atribuída pela Lei nº 11.960/2009, nos mesmos moldes da correção monetária. Precedentes: STF, RE 870947, DJe 24/04/2015; TRF2, APELREEX 2013.51.03.113377-4, E-DJF2R 19/06/2015; TRF2 APELREEX 2013.51.01.113314-8, E-DJF2R 23/07/2015.

(...)

14. Apelação conhecida e improvida.

(TRF 2ª Região, SEXTA TURMA, APELAÇÃO CIVEL 0006034-31.2014.4.02.5101, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, julgado em 24/08/2016, e-DJF2 Judicial 1 DATA: 13/09/2016)

PENSÃO ESPECIAL. LEI Nº 11.520/2007. HANSENÍASE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. SEGREGAÇÃO. ISOLAMENTO. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. ANTE-

CIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA.

1. Analisado o contexto de maneira ampla, sopesados os depoimentos das testemunhas e, ainda, considerado o fato de haver internações compulsórias e isolamento no Hospital de Dermatologia do Paraná até o ano de 1986, tendo o autor passado por 14 internamentos no período de 1977 a 1985, restou devidamente comprovado o atendimento aos requisitos delineados pela Lei nº 11.520/2007, de modo que faz jus à pensão pleiteada.
2. O pedido sucessivo, relativo à indenização por danos morais no valor de R\$ 100,00 (cem mil reais) ou uma pensão vitalícia de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) não merece trânsito, tendo em vista que é de cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem, o prazo prescricional da ação de indenização contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32.
3. Diante da manutenção da sentença, penso estar devidamente demonstrado o *fumus boni iuris*. Por outro lado, o *periculum in mora* deriva, no presente caso, da natureza alimentar da demanda. Assim, defiro a antecipação da tutela, nos exatos termos em que julgado procedente o feito, deixando de fixar, por ora, multa por eventual descumprimento.
4. Não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante.
5. Apelação da União Federal e remessa oficial improvidas. Apelação do autor parcialmente provida.

(TRF4, APELREEX 5023292-43.2011.404.7000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 07/12/2012)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ESPECIAL. LEI 11.520/2007. PORTADORES DE HANSENÍASE. PRESUNÇÃO DE SEGREGAÇÃO COMPULSÓRIA. DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA. COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO. RECURSO PROVIDO.

1. Cuida-se de recurso interposto por louraci ferreira de lima contra sentença que julgou improcedente pedido de concessão de pensão especial prevista na Lei nº 11.520/2007, fundada na ausência de comprovação da segregação compulsória. Alega ter sido internada compulsoriamente na antiga Colônia Santa Marta em 01.11.1974, afastando-se do convívio familiar aos 16 anos de idade; destaca que somente em 1986 foi implantado oficialmente o tratamento poliquimioterápico preconizado pela Organização Mundial de Saúde, sendo que até então prevalecia grande estigma e preconceito contra os portadores da doença; alega que nos hospitais como a Colônia Santa Marta os documentos dos pacientes eram incinerados ao longo do tempo, demonstrando o descaso das secretarias de saúde com os portadores de hanseníase, em prejuízo dos seus direitos; tal fato se confirma pela informação da Colônia acerca da emissão das fichas epidemiológicas apenas até 1970 e alguns casos até 1976, não podendo a atual administração informar acerca de fatos e dados ocorridos há mais de 30 anos; que aos doentes de hanseníase não era dada a escolha de se internarem ou não, sendo levados automaticamente para internação assim que era diagnosticada a moléstia.
2. O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.
3. O art. 1º da Lei nº 11.520/2007 estabelece: “Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, às pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até 31 de dezembro de 1986, que a requererem, a título de indenização especial, correspondente a R\$750,00 (setecentos e cinquenta reais)”.
4. Nota-se do exposto que a concessão da pensão pressupõe o preenchimento de dois requisitos: a comprovação da moléstia e o isolamento ou internação compulsórios. *Nesse ponto, com a devida vênia ao entendimento esposado pelo nobre Julgador, creio que a definição de compulsoriedade perpassa pela natureza da doença e sua gravidade, além da sistemática de tratamento impingida aos doentes.*

5. De acordo com informações retiradas do site Wikipédia Enciclopédia Livre a lepra ou hanseníase é uma doença infecciosa endêmica causada pelo bacilo *Mycobacterium leprae* que afeta os nervos e a pele, provocando danos severos, afetando a humanidade há pelo menos 4000 anos, sendo que o Brasil se inclui entre os países de alta endemicidade de lepra no mundo.
 6. Ainda de acordo com as informações constantes no referido site. “A hanseníase foi durante muito tempo incurável e muito mutiladora, forçando o isolamento dos pacientes em gafarias, leprosários em português do Brasil, principalmente na Europa na Idade Média, onde eram obrigados a carregar sinos para anunciar a sua presença. *No Brasil existiram leis para que os portadores de hanseníase fossem ‘capturados’ (grifei) e obrigados a viver em leprosários a exemplo do Sanatório Aimores em Bauru, SP, que após a revogação de lei ‘compulsória’ tornou-se Instituto de dermatologia Lauro de Souza Lima, sendo hoje centro de pesquisa referência nacional em dermatologia e referência mundial em hanseníase.* Há também o Hospital do Pirapitingui (Hospital Dr. Francisco Ribeiro Arantes) e do Hospital Curupaiti em Jacarepaguá, no Rio de Janeiro. *A lei ‘compulsória’ foi revogada em 1962, porém o retorno dos pacientes ao seu convívio social era extremamente dificultoso em razão da pobreza e isolamento social e familiar a que eles estavam submetidos”.*
 7. Da exposição supra verifica-se a dificuldade de tratamento da hanseníase não só no Brasil como em todo mundo, sendo que em nosso País esse tratamento é longo e feito com controle governamental intenso, com profissionais especialmente treinados.
 8. Com efeito, se hoje em que a realização do tratamento poliquimioterápico equivale à cura da doença, o preconceito e o estigma ainda rondam os portadores de forma cruel, o que dizer das décadas de 70 e 80, quando esse tratamento ainda não era feito e as pessoas eram submetidas, imediatamente após o diagnóstico da doença, a internações independentes de sua vontade.
 9. *A meu ver o fato de ser o paciente obrigado a se internar em hospitais especializados para tratamento da doença, por si só, é indicativo da compulsoriedade, já que não existia à época a possibilidade de o paciente realizar o tratamento em casa, como é feito hoje, em que a poliquimioterapia é aplicada nos postos de saúde pública, em dias designados. Se o paciente não se desloca voluntariamente até o posto, todo mês, o agente de saúde vai até sua residência para ministrar os compostos químicos.*
 10. *De se notar que o significado da palavra compulsório, do verbo compelir, é obrigar, forçar, coagir, constranger. Se nas décadas de 70 e 80 os portadores de hanseníase, ao receberem o diagnóstico, eram encaminhados aos hospitais-colônia onde era feito o tratamento médico e ali permaneciam sob os cuidados dos profissionais da área, eles eram obrigados, forçados, constrangidos a se submeterem à rotina de tratamento então vigente, do que resta clara a internação ou segregação compulsória prevista pela Lei nº 11.520/2007 como requisito para a concessão da pensão.*
 11. No caso sob exame, a documentação acostada comprova a internação da autora na Colônia Santa Marta em 01.11.1974, com matrícula no leprosário nº 3.844, havendo fichas indicando que a alta ocorreu apenas em 25.05.1991.
 12. Assim, comprovada a doença e a internação compulsória, a reclamante faz jus à concessão da pensão prevista na Lei nº 11.520/2007.
 13. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inaugural, concedendo em favor da parte autora a pensão especial de que trata a Lei nº 11.520/2007 desde a data da publicação, acrescendo-se às parcelas vencidas juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.
 14. Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei nº 9.099/95).
- (Processo 277117320094013, REL_SUPLENTE: PAULO ERNANE MOREIRA BARROS, TR1 - 1ª Turma Recursal - GO, Diário Eletrônico 19/10/2010)

COMPLSÓRIA E ISOLAMENTO, HANSENÍASE. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. LEGITIMIDADE DO INSS. APELAÇÕES IMPROVIDAS

1. O cerne da questão restringe-se em saber se a documentação acostada aos autos é hábil a demonstrar que a parte autora, atingida pela hanseníase, foi submetida a isolamento e internação compulsória até 31 de dezembro de 1986, requisito essencial para a concessão da pensão especial prevista na Lei 11.570/2007.
2. O INSS - Instituto Nacional do Seguro Social é parte interessada, posto que lhe cabe a obrigação do pagamento do benefício. (AC496972/SE, Des. Federal Relatora MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, DJE 13.05.10 - Página 999).
3. Após minuciosa análise dos autos, verifica-se que os fundamentos exarados na sentença recorrida identificam-se com o entendimento deste Relator, motivo pelo qual trago, aqui, parte da fundamentação da mesma como motivação deste voto[1], na medida em que o MM Juiz *a quo* demonstrou, com propriedade e conforme informações e documentações acostadas aos autos, que a autora faz jus à pensão especial prevista na Lei 11.520/2007 (itens 4 a 8 desta ementa).
4. “O art. 1º da Lei nº 11.520/2007 dispõe: Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, às pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até 31 de dezembro de 1986, que a requererem, a título de indenização especial, correspondente a R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais)”.
5. “Do exame dos autos, tem-se que a autora foi submetida à internação e isolamento compulsório no Hospital- Colônia Sanatório Padre Manoel (Hospital Geral da Mirueira), em 1977, tendo sido internada em 08/05/1977.”
6. “Ora, em nenhum momento a lei sobredita exige um período mínimo de isolamento e internação compulsória, exigindo, tão somente, isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até 31 de dezembro de 1986 - razão pela qual não prosperam as alegações acerca de períodos de labor pela autora nos anos de 1978/1979 -, e dúvidas não há, a meu ver, de que a demandante foi submetida à internação e isolamento compulsório no Hospital Colônia Sanatório Padre Manoel (Hospital Geral da Mirueira), em 1977, haja vista a declaração daquele nosocômio, no sentido de que foi ela internada em 08/05/1977, bem como suas INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES RELATIVAS AO OFÍCIO Nº 5845/2009 CIAHANSE-NÍASE/SEDH/PR, de 06/08/2009, dando conta de que ela foi internada compulsoriamente, no item 7, em que consta: internação compulsória;. (...)”
7. “Mais a mais, há declaração do próprio Hospital da Mirueira no sentido de que a paciente apresenta seqüelas de hanseníase, doença que a obrigou a internamento durante o período de 08/05/1977 a 1983.”
8. “Ora, para a concessão da pensão sob exame, basta que tenha sido ela submetida à internação e isolamento compulsório durante este interregno - e até 31/12/1986 -, para que faça jus àquela, fato devidamente comprovado nos autos.”
9. Ademais, a internação compulsória há de ser comprovada por meio de depoimentos e declarações, ante a falta de exibição dos prontuários médicos pelo órgão responsável pelo arquivamento dos mesmos. (Precedente desta Corte: PROCESSO: 200985000022751, AC496972/SE, RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, JULGAMENTO: 11/05/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 13/05/2010 - Página 999).
10. No que pertine a indenização por dano moral pleiteada pela parte autora, diante de suposta inércia administrativa em analisar seu requerimento, tal argumento não há de prosperar, eis que a negativa da administração, ocasionando o necessário ingresso no judiciário, não faz, por si, nascer o direito à reparação moral.
11. Remessa Oficial e Apelações da União e do Particular improvidas.
(TRF5, PRIMEIRA TURMA, APELREEX 08004579520134058300, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, j. 14/11/2013, PJe)

EMENTA: HANSENÍASE. PENSÃO ESPECIAL. LEI 11.520, DE 18 DE SETEMBRO DE 2007. LEGITIMIDADE DOS AUTORES. EXAURIMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. DOENÇA ESTIGMATIZANTE. LEGITIMIDADE DOS INSS. AUSÊNCIA DE PRONTUÁRIOS MÉDICOS. COMPULSORIEDADE DOS INTERNAMENTOS. APELAÇÕES IMPROVIDAS. JUROS DE MORA NA FORMA DOS ART. 1ºF DA LEI 9.494, A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.960/2009, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO DISPOSITIVO.

1. Apelação interposta contra sentença que concedeu a pensão especial, instituída na Lei nº 11.520/2007, aos ex-internados no Leprosário Lourenço Magalhães.

2. Internação compulsória comprovada por meio de depoimentos e declarações, ante a falta de exibição dos prontuários médicos pelo órgão responsável pelo arquivamento dos mesmos.

3. A hanseníase é doença que causa estigma aos seus portadores, assim como dificulta sua inserção social.

4. Os juros de mora são aplicáveis na forma do art. 1ºF da Lei nº 9.494/97, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao dispositivo.

5. Apelações improvidas e remessa oficial parcialmente provida unicamente para calcular os juros de mora na forma do art. 1ºF da Lei nº 9.494/97, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao dispositivo.

(TRF5, QUARTA TURMA, APELAÇÃO CÍVEL 496972-SE (2009.85.00.002275-1), REL. DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, j. 11/05/2010, publ. DJe 13/05/2010, pg. 999)

Assim, preenche a autora os requisitos necessários à concessão da pensão especial prevista na Lei 11.520/2007, razão pela qual dever ser reformada a r. sentença para julgar procedente o pedido para conceder o benefício a partir do requerimento administrativo (14.11.2007 - fls. 57).

Oportuno consignar que a apresentação de requerimento administrativo tem o condão de suspender a fluência do prazo prescricional enquanto a Administração estiver analisando o pedido, consoante preceitua o art. 4º do Decreto nº 20.910/1932.

A pretensão autoral, portanto, não se encontra fulminada pela prescrição, haja vista que o processo administrativo instaurado a requerimento do demandante foi concluído apenas em 02.10.2014, ao passo que a presente demanda foi ajuizada em 07.11.2014. Assim, verifica-se que o lustro prescricional permaneceu suspenso, razão pela qual a autora faz jus a receber os atrasados pleiteados, desde a data do requerimento administrativo de percepção da pensão.

De outra parte, o art. 3º, parágrafo único da Lei nº 11.520/2007 é claro ao afirmar que “o recebimento da pensão especial não impede a fruição de qualquer benefício previdenciário”, não merecendo guarida a impugnação da autarquia previdenciária.

As parcelas em atraso deverão ser corrigidas monetariamente nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal elaborado pelo Conselho da Justiça Federal-CJF e acrescidas de juros de mora, a partir da data da citação.

Tendo em vista a procedência do pedido, devem ser invertidos os ônus da sucumbência.

Concedo, de ofício, a tutela antecipada determinando à implantação do benefício ora deferido no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do presente julgamento, sob pena de multa no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação da parte autora, para julgar procedente a ação, nos termos acima consignados.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0021813-09.2014.4.03.6100
(2014.61.00.021813-3)

Apelantes: TONY OKONDJI MONGENGO E JESSICA OKONDJI MONGENGO (incapazes)

Apelada: UNIÃO FEDERAL

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: AMS 357806

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2017

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REFÚGIO DE MENORES INCAPAZES. AUSÊNCIA DE AMBOS OS GENITORES. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA GUARDA LEGAL. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

- A falta de recebimento do pedido de refúgio restringe os apelantes ao exercício de direitos fundamentais, como saúde e educação, além de deixá-los em situação irregular no país.

- Não há na Lei nº 9.474/1997, qualquer exigência quanto à apresentação do termo de guarda de menores desacompanhados dos respectivos genitores.

- A recusa no recebimento do pedido de refúgio ofende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que impede o legítimo exercício do direito dos apelantes de permanência no Brasil, situação essa criada por diversas razões de perseguição no país de origem, submetendo-os a uma situação de extrema vulnerabilidade.

- A r. sentença de primeiro grau deve ser reformada, determinado que a autoridade coatora receba e processe os pedidos de solicitação de refúgio dos apelantes, independente da apresentação de termo de guarda.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de maio de 2017.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta por TONY OKONDJI MONGENGO e JESSICA OKONDJI MONGENGO, ambos assistidos pela Defensoria Pública da União, em face da r. sentença de fls. 56/58, denegatória da segurança, cujo pedido trata-se de deferimento de provimento juris-

dicional que determine à autoridade impetrada que receba e processe o pedido de solicitação de refúgio dos impetrantes, em que pese a inexistência de termo de guarda dos adolescentes.

Em suas razões de apelo alegam que, exigir termo de guarda, como condição para a aceitação do pedido de refúgio, os coloca em situação de maior vulnerabilidade, além de não estar legitimada por nenhuma previsão legal (fls. 65/68).

Com contrarrazões (fls. 71/75), subiram os autos a este E. Tribunal.

Encaminhados os autos, o D. Ministério Público Federal opinou pelo provimento da apelação (fls. 78/79).

É o Relatório.

VOTO

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

Cinge-se a controvérsia em declarar o direito dos apelantes, menores incapazes, a fim de que seja determinado à autoridade impetrada que receba e processe seus pedidos de refúgio, apresentados por sua tia, em que pese a inexistência de termo de guarda dos adolescentes.

Pois bem.

O artigo 1º, da Resolução Recomendada nº 08/2006, do Conselho Nacional de Imigração, que dispõe sobre pedidos de refúgio apresentados ao Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, define:

Art. 1º. Recomendar ao Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, Órgão vinculado ao Ministério da Justiça, o encaminhamento ao Conselho Nacional de Imigração - CNIg dos pedidos de refúgio que não sejam passíveis de concessão, mas que, a critério do CONARE, possam os estrangeiros permanecer no país por razões humanitárias.

Por sua vez, o art. 2º, da Resolução Normativa nº 27/1998, do mesmo Conselho, prevê:

Art. 2º. Na avaliação de pedidos baseados na presente Resolução Normativa, serão observados os critérios, princípios e objetivos da imigração, fixados na legislação pertinente.

Por fim, com relação à Lei nº 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados, destaco:

Art. 1º. Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

(...)

Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

(...)

Art. 17. O estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.

Informa a tia dos apelantes que os três são nacionais da República Democrática do Congo e ingressaram no Brasil em 2014. Alega ainda que já exercia o dever de cuidado dos impetrantes no país de origem, vez que houve o abandono materno e o desaparecimento de seu genitor, em virtude dos conflitos armados internos ocorridos no país. Assim, os apelantes, acompanhados de sua tia, deixaram o país com o propósito de buscar refúgio no Brasil.

Aduzem os apelantes ainda que, apresentaram requerimento de refúgio perante a Superintendência da Polícia Federal em São Paulo, entretanto, somente o pedido apresentado pela tia foi recebido referido órgão, com a justificativa de que os requerimentos dos apelantes não podem ser apresentados por quem não possua capacidade plena, e que a guarda de fato, exercida pela tia, deveria primeiramente ser regularizada perante a Justiça Estadual, podendo em seguida formalizar o pedido de refúgio.

Entendo que a falta de recebimento do pedido de refúgio restringe os apelantes ao exercício de direitos fundamentais, como saúde e educação, além de deixá-los em situação irregular no país.

Outrossim, não há na Lei nº 9.474/1997, qualquer exigência quanto à apresentação do termo de guarda de menores desacompanhados dos respectivos genitores.

A recusa no recebimento do pedido de refúgio ofende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que impede o legítimo exercício do direito dos apelantes de permanência no Brasil, situação essa criada por diversas razões de perseguição no país de origem, submetendo-os a uma situação de extrema vulnerabilidade.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para reformar a r. sentença, julgando procedente o pedido e concedendo a segurança, determinado que a autoridade coatora receba e processe os pedidos de solicitação de refúgio dos apelantes, independente da apresentação de termo de guarda, nos termos da fundamentação supra.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000573-02.2016.4.03.6000
(2016.60.00.000573-9)

Apelante: VALDECI DA SILVA
 Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES EBSEH
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
 Classe do Processo: AMS 366149
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2017

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60 (SESSENTA HORAS). SEGURANÇA DENEGADA.

- Embora haja previsão constitucional da permissão de acúmulo de cargos privativos de profissionais da área da saúde, há que se atentar para a impossibilidade dessa acumulação nos casos em que haja incompatibilidade de carga horária, esta não compreendida apenas como o choque entre as jornadas de trabalho, mas igualmente como uma jornada tão extensa que coloque em risco a higidez física e mental do trabalhador.

- A disposição constitucional de acumulação de cargos públicos, em especial de profissionais da área da saúde, deve ser analisada de forma restritiva, visto que há necessidade de uma limitação temporal para o exercício do labor, sob pena de violação dos princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e da razoabilidade. Essa limitação se mostra necessária também para que o exercício profissional se dê de maneira eficiente, atendendo aos valores sociais do trabalho, e visando a proteção tanto do trabalhador, quanto dos pacientes que dele dependem.

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 MAIORIA, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR, ACOMPANHADO PELOS VOTOS DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY E DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS; VENCIDO O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, QUE LHE DAVA PROVIMENTO.

São Paulo, 03 de agosto de 2017.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPI-

TALARES - EBSERH contra decisão que denegou a segurança em ação que objetivava que a autoridade impetrada se abstivesse de exonerá-la em virtude de limitação da acumulação de cargos à carga horária de 60 horas semanais.

Sustenta a impetrante, em síntese, que embora esteja trabalhando concomitantemente com os dois vínculos, há compatibilidade de horários e a eficiência do serviço foi comprovada através de questionários de avaliação.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Embora haja previsão constitucional da permissão de acúmulo de cargos privativos de profissionais da área da saúde, há que se atentar para a impossibilidade dessa acumulação nos casos em que haja incompatibilidade de carga horária, esta não compreendida apenas como o choque entre as jornadas de trabalho, mas igualmente como uma jornada tão extensa que coloque em risco a higidez física e mental do trabalhador.

Acompanhando esse raciocínio, o C. Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela impossibilidade de acumulação de cargos nas hipóteses em que as jornadas somem mais de sessenta horas semanais, *in verbis*:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 635.757 - RJ (2014/0325175-9)

RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

AGRAVANTE: ROSANE PEREIRA CARDOSO

ADVOGADO: PATRÍCIA VAIRAO CARELLI VIEIRA E OUTRO(S)

AGRAVADO: UNIÃO

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. ENFERMAGEM. CARGA HORÁRIA MÁXIMA SEMANAL. PARECER AGU GQ-145/1998. JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60 (SESSENTA HORAS). IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA QUE DISCIPLINA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DA HIGIEDEZ FÍSICA E MENTAL DO TRABALHADOR. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ENTENDE PELA INCOMPATIBILIDADE DE CARGA HORÁRIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por Rosane Pereira Cardoso, com fulcro no art. 544 do CPC, contra decisão que não admitiu o recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo interposto pela agravante, nos termos da seguinte ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CUMULAÇÃO DE CARGOS. CARGA HORÁRIA SEMANAL SUPERIOR A 60 HORAS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. AUSÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INFIRMADO. 1. É cediço que o art. 37, XVI, a, da CRFB/88 excepciona a regra da inacumulabilidade de cargos ao admitir a cumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, exigindo, todavia, a compatibilidade de horários. 2. Da análise dos autos,

verifica-se que a parte autora é ocupante de cargo privativo de profissionais de saúde, fato este que, em um primeiro momento, nos leva a pensar no cabimento da exceção constitucional no tocante à acumulação de cargos. 3. Por seu turno, o parágrafo 2º, do art. 118, da Lei nº 8.112/90, dispõe que a acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários. Esta comprovação se faz necessária para garantir a eficiência do serviço público. 4. É importante ressaltar que a compatibilidade de horários não deve ser entendida, apenas, como a ausência de choque entre as jornadas de trabalho. Tomando-se como base a Lei nº 8.112/90, que prevê uma jornada de trabalho de, no máximo, 40 horas semanais (art. 19), com possibilidade de 2 horas de trabalho extras por jornada (art. 74), vê-se que esse limite foi reputado pelo legislador como necessário para preservar a saúde física e mental do trabalhador e, em consequência, sua produtividade. 5. No caso sob análise, além de a carga horária de trabalho semanal ser superior a 60 horas, considerada cumulativamente, como bem evidenciado na sentença recorrida, se considerado o cumprimento da jornada de trabalho em plantão noturno pela impetrante junto ao Hospital Municipal da Piedade, e o cumprimento da carga horária diuturna no Hospital Central do Exército, a impossibilidade de acumulação torna-se ainda mais evidente, por ser humanamente impossível que, depois de 12 horas de trabalho, alguém consiga desempenhar, com a necessária eficiência, vale dizer, sem comprometimento da atenção, concentração e qualidade do trabalho, as atribuições próprias de enfermeira, no cumprimento da jornada de 7 (sete) horas em outro idêntico cargo. 6. Uma vez verificada a incompatibilidade de horários, indispensável para autorizar a pretendida cumulação de cargos, resta infirmado o alegado direito líquido e certo da impetrante. 7. Apelação conhecida e desprovida. Foram opostos embargos de declaração na origem, os quais restaram rejeitados. Nas razões do recurso especial, interposto com base na alínea a do permissivo constitucional, a agravante aponta violação do art. 118, § 2º, da Lei 8.112/1990, ao fundamento de que não haveria incompatibilidade de horários para o exercício concomitante dos cargos que se deseja acumular, porquanto, não pode o acórdão recorrido “prestigiar o entendimento trazido pelo Parecer nº GQ 145/98 da AGU combinado com o Acórdão 2242/2007 do TCU e considerar ilícita a acumulação da recorrente com base em urna limitação de carga horária semanal que não possui guarrição em nosso ordenamento jurídico. Ferindo assim o dispositivo infraconstitucional contido no artigo 118 da Lei 8112/90, pois somente o referido artigo traz em seu rol de forma taxativa as causas que impedem a acumulação de cargos.” (fls. 182/183-e). Foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial. O Presidente do Tribunal *a quo* proferiu juízo negativo de admissibilidade do recurso especial, ao entendimento de que o exame da controvérsia demanda reexame do acervo fático-probatório (Súmulas 5 e 7/STJ) e que o acórdão recorrido estaria em sintonia com a jurisprudência do STJ (Súmula 83/STJ). Nas razões de agravo, a agravante sustenta o equívoco da decisão agravada, na medida que “não se pretende transferir ao C. Superior Tribunal de justiça, em nenhuma hipótese, o reexame das provas contidas neste processo. Propõe esta peça recursal a impugnação de decisões contrárias a uniformização do entendimento de lei federal, nas questões já decididas” (e-STJ, fl. 239). Foi apresentada contraminuta ao agravo. É o relatório. Passo a decidir. A agravante impugnou os fundamentos adotados na decisão de inadmissibilidade e mostrando-se preenchidos os pressupostos de admissibilidade do presente agravo, passo à análise do recurso especial, o qual não merece prosperar. Isto porque a 1ª Seção do STJ no julgamento do MS 19.336/DF, da minha relatoria, firmou entendimento no sentido de que o Parecer GQ-145/98 da AGU, que trata da limitação da jornada, não esvazia a garantia prevista no inciso XVI do art. 37 da CF, ao revés, atende ao princípio da eficiência que deve disciplinar a prestação do serviço público, notadamente na saúde, de modo que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. Eis a ementa do julgado: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ENFERMEIRA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. JORNADA

SEMANAL SUPERIOR A 60 (SESSENTA HORAS). AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de ato praticado pelo Ministro de Estado da Saúde consistente na demissão da impetrante do cargo de enfermeira por acumulação ilícita de cargos públicos, com fundamento nos arts. 132, XII, e 133, § 6º, da Lei 8.112/90. 2. Acertado se mostra o Parecer GQ-145/98 da AGU, eis que a disposição do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal - “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI” - constitui exceção à regra da não-acumulação; assim, deve ser interpretada de forma restritiva. 3. Ademais, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. 4. Também merece relevo o entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido da coerência do limite de 60 (sessenta) horas semanais - uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso interjornada, dois turnos de seis horas (um para cada cargo), e um intervalo de uma hora entre esses dois turnos (destinado à alimentação e deslocamento) -, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos. Ora, é limitação que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal. 5. No caso dos autos, a jornada semanal de trabalho da impetrante ultrapassa 60 (sessenta) horas semanais, razão pela qual não se afigura o direito líquido e certo afirmado na inicial. 6. Segurança denegada. (MS 19.300/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 18/12/2014) Nesse mesmo sentido: ADMINISTRATIVO. PROFISSIONAIS DE SAÚDE. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. ART. 37, XVI, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E § 2º DO ART. 118, DA LEI Nº 8112/1990. OPÇÃO POR UM DOS CARGOS. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. LIMITAÇÃO DE JORNADA PREVISTA NO PARECER GQ-145/1998, DA AGU. 1. Nos termos dos arts. 37 da CF e 118 da Lei nº 8.112/1990, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, ressalvados os casos expressamente previstos no art. 37, XVI, da CF, dentre eles o de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, desde que haja compatibilidade de horários e os ganhos acumulados não excedam o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da Lei Maior. 2. Sobre o tema, o entendimento desta Corte era no sentido de que, não havendo limitação constitucional ou legal, quanto à jornada laboral, não era possível impedir o exercício do direito de o servidor público acumular dois cargos privativos de profissional da saúde. A prova da ineficiência do serviço ou incompatibilidade de horários ficaria a cargo da administração pública. 3. Contudo, no julgamento do MS 19.336/DF, DJe de 14/10/2014, acórdão da lavra do Min. Mauro Campbell Marques, a Primeira Seção assentou novo juízo a respeito da matéria ao entender que o Parecer GQ-145/98 da AGU, que trata da limitação da jornada, não esvazia a garantia prevista no inciso XVI do artigo 37 da CF, ao revés, atende ao princípio da eficiência que deve disciplinar a prestação do serviço público, notadamente na saúde. 4. O legislador infraconstitucional fixou para o servidor público a jornada de trabalho de, no máximo, 40 horas semanais, com a possibilidade de 2 horas de trabalho extras por jornada. Partindo daí, impõe-se reconhecer que o Acórdão TCU 2.133/2005 e o Parecer GQ 145/98, ao fixarem o limite de 60 horas semanais para que o servidor se submeta a dois ou mais regimes de trabalho deve ser prestigiado, uma vez que atende ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. 5. Assim, as citadas disposições constitucionais e legais devem ser interpretadas restritivamente, levando-se em conta a proteção do trabalhador, bem como a do paciente, observando-se o princípio da dignidade humana e os valores sociais do trabalho. Não se deve perder de vista que a realização de plantões sucessivos e intensos coloca em risco a segurança do trabalho, bem como a saúde dos profissionais e dos pacientes por eles atendidos. Trata-se, portanto, de

direito fundamental que não pode ser objeto de livre disposição por seu titular. Recurso especial improvido. (REsp 1435549/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE. JORNADA SUPERIOR A 60 (SESSENTA) HORAS SEMANAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do MS 19.336/DF, consignou que o Parecer GQ-145/98 da AGU, que trata da limitação da jornada, não esvazia a garantia prevista no inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal, ao revés, atende ao princípio da eficiência que deve disciplinar a prestação do serviço público, notadamente na área de saúde. Essa nova diretriz em limitar a jornada a 60 horas semanais encontra apoio também na Corte de Contas (TCU), máxime para se garantir o intervalo interjornadas (mínimo de 11 horas) e entre as jornadas de 6 horas (mínimo de 1 hora), não com vistas à evitar coincidência entre os horários, mas pela natural preocupação com a eficiência e a otimização do serviço público. 2. No caso concreto, afigura-se incontestável a ilicitude da acumulação dos cargos públicos pretendida pelo agravante pois as jornadas, somadas, superam 60 horas semanais. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 527.298/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 12/11/2014). *In casu*, tendo o Tribunal de origem reconhecido a inexistência de compatibilidade de horários, porquanto “a impetrante é enfermeira no Hospital Central do Exército, admitida em 30.08.1984, com uma carga horária semanal de 33 horas (fl. 25), e tem o mesmo cargo no Hospital Municipal da Piedade, conforme se verifica do documento de fl. 26, no qual consta informação no sentido de que sua carga horária é de 30 horas semanais, o que comprova, efetivamente, uma carga horária total de 63 (sessenta e três) horas. [...] No caso sob análise, além de a carga horária de trabalho semanal ser superior a 60 horas, considerada cumulativamente, como bem evidenciado na sentença recorrida, se considera o cumprimento da jornada de trabalho em plantão noturno com entrada às 18:00 h e saída às 06:00 h, referente ao cargo ocupado pela impetrante junto ao Hospital Municipal da Piedade, em escala de 12 x 60, e o cumprimento da carga horária diuturna de 7 às 14:00 h no Hospital Central do Exército, de segunda à quinta-feira e de 7 às 12:00 h apenas na sexta-feira, “a impossibilidade de acumulação torna-se ainda mais evidente, por ser humanamente impossível que, depois de 12 horas de trabalho, alguém consiga desempenhar, com a necessária eficiência, vale dizer, sem comprometimento da atenção, concentração e qualidade do trabalho, as atribuições próprias de enfermeira”, no cumprimento da jornada de 7 (sete) horas em outro idêntico cargo” (fls. 139/140-e) (destaquei), rever tal entendimento, a fim de reconhecer a compatibilidade de carga horária entre os cargos públicos que se pretende acumular, como pretende a agravante, demanda o necessário reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ART. 37, INC. XVI, DA CF/88. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. [...] 2. Tendo o Tribunal de origem concluído pela compatibilidade de horários, rever tal decisão demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório da causa, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça em razão da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1358870/PB, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 02/12/2013) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 37, XVI, C, DA CF. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA ÁREA DE SAÚDE. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS APURADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. [...] 4. Conquanto não haja amparo legal para a limitação da carga horária semanal, para alterar o posicionamento da Corte de origem, no sentido pretendido pela recorrente, qual seja, da

compatibilidade de horários entre os cargos assumidos, seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, vedado a teor da Súmula 7/STJ. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1250650/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011) ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PRETENSÃO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFISSIONAL DA SAÚDE. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 118 DA LEI Nº 8.112/90. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA COMPATIBILIDADE ENTRE OS HORÁRIOS DE TRABALHO. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDAMENTADO EM FATOS E PROVAS. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. 1. Esta Corte firmou o entendimento de que é lícita a acumulação de cargos públicos, bastando, tão somente, que o servidor comprove a compatibilidade entre os horários de trabalho, a teor do que preceitua o § 2º, do art. 118 da Lei nº 8.112/90. 2. Não há, ressaltado-se, qualquer restrição quanto ao número total de horas diárias ou semanais a serem suportados pelo profissional, até porque a redação do retrocitado dispositivo segue a regra do art. 37, inciso XVI, da Constituição da República de 1988. 3. O Tribunal de origem, soberano na análise das provas carreadas nos autos, verificou a compatibilidade de horários entre os cargos ocupados pela agravada. Sendo assim, revisar tal entendimento, a fim de caracterizar a violação do § 2º, do dispositivo legal supra referido, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que não se admite em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1198868/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 10/02/2011) Ante o exposto, CONHEÇO do agravo e NEGO SEGUIMENTO ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 10 de abril de 2015. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES Relator (STJ - AREsp: 635757 RJ 2014/0325175-9, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Publicação: DJ 20/04/2015)

In casu, é incontroverso que a agravante, com a acumulação de cargos pretendida, teria uma jornada superior à sessenta horas de trabalho por semana, o que, por si só, pode comprometer sua higidez física e mental, sua segurança e saúde no trabalho, bem como, colocar em risco a incolumidade física dos pacientes.

O descanso entre jornadas se mostra necessário e adequado para atender as necessidades básicas do profissional da saúde e manter boas condições físicas e psicológicas do mesmo.

Ademais, a disposição constitucional de acumulação de cargos públicos, em especial de profissionais da área da saúde, deve ser analisada de forma restritiva, visto que há necessidade de uma limitação temporal para o exercício do labor, sob pena de violação dos princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e da razoabilidade. Essa limitação se mostra necessária também para que o exercício profissional se dê de maneira eficiente, atendendo aos valores sociais do trabalho, e visando a proteção tanto do trabalhador, quanto dos pacientes que dele dependem.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos expostos.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR:

Divergindo no julgamento efetuado e ficando vencido procedo à declaração de voto.

Cinge-se a controvérsia à questão da possibilidade ou não de a Administração impor limitação de carga horária de sessenta horas semanais para fins de cumulação de cargos na área da saúde.

Sobre a cumulação de cargos, o artigo 37, inciso XVI, da Constituição Federal dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)

Da leitura do dispositivo constitucional verifica-se a possibilidade de cumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, quando houver compatibilidade de horário.

Por outro lado, a compatibilidade de horários é a única exigência constitucionalmente prevista para que possa ocorrer a cumulação, não cabendo à Administração a estipulação de outros requisitos, como a limitação de carga horária semanal, sendo vedado criar restrição não prevista constitucionalmente, conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. FIXAÇÃO DE JORNADA POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. LIMITAÇÃO DA ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. *A jurisprudência da Corte é no sentido de que a Constituição Federal autoriza a acumulação remunerada de dois cargos públicos privativos de profissionais da saúde quando há compatibilidade de horários no exercício das funções e que a existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, inciso XVI, alínea c.*

2. Agravo regimental não provido.

(STF, ARE 859484 AgR, Segunda Turma, Relator: Ministro Dias Toffoli, j. em 12.05.2015)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. PROFISSIONAL DA SAÚDE. ART. 17 DO ADCT.

1. Desde 1º.11.1980, a recorrida ocupou, cumulativamente, os cargos de auxiliar de enfermagem no Instituto Nacional do Câncer e no Instituto de Assistência dos servidores do Estado do Rio de Janeiro - IASERJ. A administração estadual exigiu que ela optasse por apenas um dos cargos.

2. A recorrida encontra-se amparada pela norma do art. 17, § 2º, do ADCT da CF/88. Na época da promulgação da Carta Magna, acumulava dois cargos de auxiliar de enfermagem.
3. *O art. 17, § 2º, do ADCT deve ser interpretado em conjunto com o inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, estando a cumulação de cargos condicionada à compatibilidade de horários. Conforme assentado nas instâncias ordinárias, não havia choque de horário nos dois hospitais em que a recorrida trabalhava.*
4. Recurso extraordinário conhecido e improvido.
(STF, RE nº 351905/RJ, Segunda Turma, Relatora: Ministra Ellen Gracie, j. em 24.05.05)

Também de utilidade na questão julgado desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFISSIONAL DA SAÚDE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.
I - *A cumulação dos cargos ocupados pela impetrante amolda-se à exceção constitucionalmente prevista.*
II - *Não é aceitável que a Administração crie regras que limitem a jornada semanal, sem que haja regulamentação para tal. Permitir que a Administração defina quais jornadas são ou não compatíveis é assentir que a mesma imponha nova condição para a cumulação dos cargos públicos, sem amparo legal.*
III - Cabe à administração observar se o servidor cumpre adequadamente as tarefas que lhe são atribuídas, respeitando os horários e a jornada de trabalho estabelecidos.
IV- Preliminar rejeitada. Apelação provida.
(TRF3, AMS 0003499-87.2015.4.03.6000, Terceira Turma, Relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2016)

Estas as razões de meu voto dando provimento ao recurso.

É o voto declarado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR

APELAÇÃO CÍVEL

0002475-78.2016.4.03.6100

(2016.61.00.002475-0)

Apelante: BRUNO GROMBOWISKI DE ANDRADE

Apelada: UNIVERSIDADE PAULISTA UNIP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AMS 367999

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/08/2017

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. IRREGULARIDADE NO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA EM CURSO SUPERIOR. POSSIBILIDADE.

1. O apelante busca a expedição de diploma no curso superior de ciência da computação, mediante a validação da declaração de conclusão de ensino médio emitida pelo Centro Educacional Futura (fls. 18), independentemente da apresentação de certificado de conclusão de ensino médio.
2. Em que pese a assinatura de termo de compromisso pelo apelante, com imputação de apresentação do referido certificado, deve ser reconhecida a omissão da Apelada ao permitir que o discente em situação irregular realizasse todas as atividades acadêmicas, com o pagamento das mensalidades e efetivação da colação de grau (fls. 19).
3. Nota-se, ainda, a inexistência de eficaz fiscalização do Poder Público na situação concreta, especialmente em relação ao funcionamento do Centro Educacional Futura.
4. A averiguação das irregularidades da instituição de ensino médio só ocorreu em momento posterior à conclusão do curso pelo apelante, não podendo este sofrer as consequências de ato ao qual não deu causa.
5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de junho de 2017.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em sede de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Bruno Grombowiski de Andrade contra ato do Reitor da Universidade Paulista - UNIP, objetivando a emissão de Diploma de Conclusão no Curso na área de Ciência da Computação.

O impetrante sustenta que ingressou no curso ministrado pela instituição de ensino impetrada, colando grau na data de 29 de agosto de 2014. Não obstante, ao requerer a expedição do diploma, com objetivo de inscrição em pós-graduação, foi informado de que a declaração de conclusão de Ensino Médio apresentada no ato da matrícula não foi considerada válida.

Em informações, a autoridade impetrada apontou que o aluno deixou de apresentar certificado de conclusão de ensino médio no momento da matrícula, restando tal fato comprovado pela assinatura de termo de compromisso de fls. 72. Assim, tinha prévio conhecimento de que sua matrícula somente seria referendada após a entrega de cópia autenticada do certificado.

O pedido de liminar foi indeferido.

O impetrante interpôs agravo de instrumento, o qual teve o efeito suspensivo negado.

O r. Juízo *a quo* denegou a segurança, julgando improcedente o pedido. Sem condenação em honorários advocatícios.

Apelou o impetrante, aduzindo em suas razões que a impetrada foi omissa e permitiu a participação no curso superior por 04 anos, sem cancelamento de matrícula, restando afastado o disposto no termo de compromisso. Ademais, reforça a regularidade do diploma de ensino médio.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Opinou o Ministério Público Federal pelo provimento da apelação.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

A r. sentença apelada bem analisou os fatos e a pretensão deduzida em juízo, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

De acordo com a declaração emitida pelo Centro Educacional Futura (fl. 71), datada de 16 de janeiro de 2010, o impetrante concluiu o ensino médio no ano de 2.009: (...) *concluiu os estudos relativo ao Ensino Médio, na Modalidade de Estudo de Jovens e Adultos a Distância em 2009. Estando apto (a) a prosseguir seus estudos a Nível Superior. Informamos ainda que o certificado de conclusão está em fase de elaboração o qual deverá ser entregue posteriormente ao conculinte.*

No momento da realização de matrícula na instituição apelada, a autoridade aceitou referida declaração com as ressalvas descritas no termo de compromisso (fl. 72):

Eu, Bruno Grombowski de Andrade, (...), declaro que deverei entregar o CPF e a documentação de Conclusão do Ensino Médio (2º Grau, Colegial ou equivalente) por meio da apresentação dos documentos exigidos, constantes no item 2 (Matrícula) do Manual do Candidato, impreterivelmente até o dia 13/02/2010.

Declaro, também, que caso não consiga comprovar a conclusão do curso do Ensino Médio e caso não entregue o CPF até a data acima, será cancelada automaticamente a minha classificação e consequentemente a minha matrícula e todos os atos escolares que porventura tenham sido praticados, sem direito a qualquer reclamação, recurso ou restituição de valores pagos.

Como mencionado na r. sentença, de acordo com a exigência da lei nº 9.394/1996, em seu art. 44, II, a educação superior abrange cursos de graduação *abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo*.

O certificado de conclusão do curso médio não foi apresentado pelo apelante em nenhum momento durante o curso de graduação, nem instruiu a inicial do presente *mandamus*. Tampouco existe nos autos qualquer justificativa que demonstre que, dentro do período comprometido, a falta de entrega do certificado ocorreu por motivos alheios à vontade do impetrante.

No termo de compromisso de fls. 72 efetivamente consta que o apelante deveria ter entregue o CPF e o certificado de conclusão no ensino médio, impreterivelmente até o dia 13/02/2010, com a previsão de que não sendo apresentada referida documentação estaria cancelada automaticamente a classificação e a matrícula, bem como os atos escolares subsequentes, sem direito a reclamação, recurso ou restituição dos valores pagos.

É certo que houve inércia da instituição de ensino superior, que mesmo após a não apresentação dos documentos necessários permitiu que o impetrante continuasse no curso de ciência de computação, inclusive pela emissão de certificação de conclusão de curso e realização da colação de grau (fl. 19).

Não obstante, é inegável que o apelante conhecia sua situação irregular, assumida no termo de compromisso, com todas as consequências previstas em caso de não regularização dos documentos exigidos legalmente, razão pela qual deve ser apartada qualquer presunção de sua boa-fé pela não entrega dos documentos necessários.

O fato é que o encerramento das atividades do Centro Educacional Futura, noticiada pelo ora apelante no presente *mandamus*, é indicativo de que a instituição não obteve autorização do Ministério da Educação e Cultura - MEC, para funcionamento regular desde o início, incluindo o período em que o ora recorrente cursou o ensino médio.

Assim, correta a r. sentença ao afirmar que frente a ausência de documento indispensável, não é possível vislumbrar *o alegado direito líquido e certo do impetrante de obter Diploma do Curso de Ciências da Computação, já que não cumpriu os requisitos acadêmicos imprescindíveis ao ingresso no ensino superior*.

Neste sentido, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. IRREGULARIDADE. SENTENÇA REFORMADA.

- Inicialmente, cabe destacar o que dispõem os incisos I e II do artigo 44 da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, *in verbis*: Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: I - cursos sequenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino, desde que tenham concluído o ensino médio ou equivalente; II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo.

- No caso concreto, constata-se que a aluna/impetrante teve frequência integral, bem como obteve aprovação em todas as matérias e pagou a totalidade das mensalidades relativas ao curso superior em debate. Contudo, inobstante tenha efetuado sua matrícula por força de decisão liminar autorizadora, o acórdão proferido na apelação cível nº 2007.029362-0/0000-0 declarou a invalidade do certificado de conclusão do ensino médio apresentado pela acadêmica, o qual foi emitido pelo Centro Educacional Alfa (fls. 35/36). Desse modo, é de ser reconhecida a existência de óbice à expedição do Certificado de Conclusão do Curso de Enfermagem

da impetrante, uma vez que não se encontra satisfeita a exigência prevista na norma citada. - Outrossim, informa a aluna que, insegura quanto ao julgamento relativo à ação declaratória que ajuizara contra o Centro Educacional Alfa, Estado de Mato Grosso do Sul e Escola Exata, frequentou o ensino médio em outra instituição de ensino (Colégio Portinari) e juntou aos autos o respectivo certificado de conclusão (fls. 38/39). Verifica-se, entretanto, que o referido documento não se mostra apto a demonstrar efetivamente o término do 2º grau, como alega o centro universitário impetrado, na medida em que certifica que a aluna concluiu os estudos do Projeto Pedagógico de Ensino Médio no ano letivo de 2006, e, nos termos da informação encartada aos autos, emitida pela Secretaria de Estado da Educação - Coordenadoria de Ensino da Região Metropolitana da Grande São Paulo, tal referência (Aproveitamento do Projeto Pedagógico), não tem valor de conclusão do ensino médio. Informa o referido documento, ademais, que o Colégio Portinari, desde 20/04/2001, não tinha autorização para oferecer o curso em questão. Nesse contexto, merece reforma a sentença recorrida, dado que não se encontra satisfeita a exigência prevista nos incisos I e II do artigo 44 da Lei nº 9.394/96.

- Remessa oficial a que se dá provimento.

(TRF3, Quarta Turma, REOMS 00001938020104036002, Rel. Juiz. Convocado Sidmar Martins, e-DJF3 02/03/2016).

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO RETIFICADOR

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

Após ouvir os pronunciamentos dos meus eminentes pares por ocasião do julgamento desta apelação e melhor refletindo acerca de seus fundamentos, de fato, assiste razão à apelante.

O apelante busca a expedição de diploma no curso superior de ciência da computação, mediante a validação da declaração de conclusão de ensino médio emitida pelo Centro Educacional Futura (fls. 18), independentemente da apresentação de certificado de conclusão de ensino médio.

Em que pese à assinatura de termo de compromisso pelo apelante, com imputação de apresentação do referido certificado, deve ser reconhecida a omissão da Apelada ao permitir que o discente em situação irregular realizasse todas as atividades acadêmicas, com o pagamento das mensalidades e efetivação da colação de grau (fls. 19).

Nota-se, ainda, a inexistência de eficaz fiscalização do Poder Público na situação concreta, especialmente em relação ao funcionamento do Centro Educacional Futura.

A averiguação das irregularidades da instituição de ensino médio só ocorreu em momento posterior à conclusão do curso pelo apelante, não podendo este sofrer as consequências de ato ao qual não deu causa.

Como ressaltado pela r. cota Ministerial *a declaração de conclusão do ensino médio é anterior ao encerramento das atividades de Estudos de Jovens Adultos (EJA) pela instituição de ensino, de modo que não se pode imputar ao impetrante má-fé ou conduta irregular* (fl. 160).

Neste sentido, os julgados:

ADMINISTRATIVO - ENSINO MÉDIO E SUPERIOR - CASSAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE ESCOLA DE NÍVEL MÉDIO - CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE

ENSINO MÉDIO RECONHECIDO.

1. A Secretaria de Estado da Educação editou a Resolução nº 109/2002, determinando a cassação da autorização de funcionamento da Escola e cursos do referido colégio.
2. Os autores concluíram regularmente o ensino médio na instituição no ano de 2001, conforme os Certificados de Conclusão do ensino Médio acostados aos autos.
3. Nesse período a autorização de funcionamento ainda estava em vigor.
4. Com relação ao ingresso no curso superior, os autores cumpriram o requisito disposto no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.394/96.
5. No caso em tela, ficou demonstrado que não foram os autores quem deram causa à cassação da autorização de funcionamento do colégio, não tendo qualquer participação nas irregularidades constatadas.
6. Como não podem sofrer os prejuízos da invalidação dos atos escolares de nível superior, em virtude da cassação da autorização de funcionamento do Colégio São José de Vila Zelina S/C Ltda, a matrícula dos autores no curso de Direito, cancelada em cumprimento ao mencionado Ofício do Ministério da Educação, deve ser restabelecida pela Faculdade Radial.
7. Apelações não providas.
(TRF 3ª Região, Terceira Turma, AC 00145795920034036100, Rel. Des. Nery Junior, e-DJF3 30/11/2012).

MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - NEGATIVA DE MANUTENÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL E DE CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR - IRREGULARIDADE NO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO.

1. A análise da validade do certificado de conclusão de ensino médio deveria ter sido realizada no ato da matrícula, e não após 3 (três) anos e 6 (seis) meses do início do curso, não podendo o impetrante ser penalizado pelo funcionamento irregular da instituição de ensino onde concluiu o ensino médio, nem pela inércia da impetrada na análise da documentação apresentada no ato da matrícula.
2. Precedente da Turma. 3. Remessa oficial não provida.
(TRF 3ª Região, Terceira Turma, REOMS 00037048620104036002, Rel. Des. Márcio Moraes, e-DJF3 02/12/2011).

Em face do exposto, dou provimento à apelação.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0023152-96.2016.4.03.0000

(2016.03.00.023152-0)

Agravante: CLAUDIO DO NASCIMENTO SANTOS E CLEIA ABREU RODEIRO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 270/273
Requerentes: UNIÃO FEDERAL E MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Partes Autoras: CLAUDIO DO NASCIMENTO SANTOS E CLEIA ABREU RODEIRO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - PRESIDENTE
Classe do Processo: SLAT 3032
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/07/2017

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AÇÃO POPULAR - “FEIRA DA MADRUGADA” - NOVA DETERMINAÇÃO DO JUÍZO PARA QUE SUSPENDA EXECUÇÃO DAS OBRAS - PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO - QUESTÃO ESTRANHA AOS CONTORNOS DA LIDE PROPOSTA - ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA - PARALISAÇÃO QUE IMPÕE GRAVES RISCOS À ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - Esclareça-se, de início, que da ação popular nº 0008996-73.2015.4.03.6100, da 24ª Vara Federal de São Paulo, derivaram dois pedidos de suspensão de liminar. O primeiro, interposto contra decisão que determinou ao Município de São Paulo que suspendesse a execução do Contrato de Concessão nº 013/2015/SDTE e reassumis-se o imóvel, dentre outras providências, recebeu nesta Corte o numeral 0012399-80.2016.4.03.0000, teve o pedido de suspensão acatado em 04.07.2016 e o agravo regimental dos autores da ação popular julgado improvido em 09.11.2016. O segundo é o presente, de nº 0023152-96.2016.4.03.0000, cujo pedido de suspensão foi acatado em 27.12.2016 e cujo agravo agora se apresenta, onde se objetiva suspender a decisão que determinou a suspensão das obras por ter sido encontrado no local trilhos e dormentes de linha férrea;

II - A ação popular proposta objetivava assegurar o cumprimento de cláusula contratual. Um ano e meio depois de ajuizada, com a lide já estabilizada, sobreveio pedido de paralisação das obras sob o pretexto de ter sido descoberto, nas escavações, malha ferroviária do início do século, que estaria sob a proteção do patrimônio histórico. A inovação de causa de pedir e pedido evidencia o intuito de tumultuar o feito e impedir a concretização do contrato administrativo;

III - A decisão agravada não usurpou a competência recursal do Tribunal porque apenas suspendeu a eficácia da medida deferida pelo juízo da 24ª Vara Federal, sem entrar no mérito do litígio;

IV - A ordem pública encontra-se ameaçada de risco em face das inúmeras medidas liminares concedidas que obstaram a realização das obras necessárias para o execução do contrato. Essas liminares até o momento não foram confirmadas por sentença, de forma que os empecilhos encontrados pela Administração para cumprir as obrigações

assumidas em contrato decorrem de manifestações judiciais precárias, produzidas em cognição sumária e sem análise de mérito;

V - Informações prestadas pela União apontam que no local “vicejavam inúmeras denúncias de operação de esquemas criminosos”, sendo notória a ausência de Estado no Pátio do Pari, onde agentes públicos raramente podiam transitar para inspeções de rotina sem riscos à própria integridade física, não havendo nenhum controle fiscal ou de proteção ao consumidor sobre o comércio ali realizado. Acode à ordem pública reestabelecer o poder público no local, com saneamento das irregularidades mediante a execução de obras de melhoria e a inclusão na formalidade do comércio exercido;

VI - Também a ordem econômica necessita de salvaguarda, pois a manutenção do Município de São Paulo à frente do espaço público gera um gasto mensal da ordem de dois milhões de reais, onde se inclui, dentre outras, despesas com água, luz e limpeza. Por sua vez, a União deixa de receber os valores que lhe são devidos como contraprestação pela cessão de uso do terreno;

VII - Tanto o poder público municipal como o federal, além do Ministério Público Federal, são favoráveis à realização das obras e à retomada e regularização do terreno público, indevidamente utilizado por alguns comerciantes para fins particulares;

VIII - A edificação da passarela possui previsão contratual, constituindo obrigação acessória firmada pela Concessionária e submetida ao crivo dos órgãos de proteção ao patrimônio histórico;

IX - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de julho de 2017.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se agravo regimental interposto por Cláudio Nascimento Santos e Outros (fls. 327/339), autores da ação popular, contra decisão desta Presidência (fls. 270/273) que deferiu pedido de suspensão de liminar apresentado pelo Município de São Paulo e pela União.

O Município de São Paulo e a União apresentaram pedido de suspensão da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 24ª Vara de São Paulo/SP que, nos autos da ação popular nº 0008996-73.2015.4.03.6100, mais uma vez concedeu liminar para suspender as obras de revitalização do local conhecido como “Feira da Madrugada”.

A suspensão da liminar foi deferida em 27 de dezembro de 2016 (fls. 270/273).

Por meio do agravo de fls. 327/339 alega-se, em síntese, que o pedido de suspensão de liminar não tem o condão de revisar pronunciamento judicial, eis que o mérito da decisão deve ser apreciado pela via recursal própria. Salienta que o “decisum” agravado não se limitou

a apreciar a suspensão da tutela antecipada, tendo invadido o mérito da ação e modificado a decisão de Primeira Instância, extrapolando as finalidades legais do instrumento.

Afirma-se que ordem pública não pode ser confundida com ordem jurídica e que esta, se lesada, deve ser tutelada pela via do recurso, sendo inviável a concessão do pedido sob este fundamento.

No que tange à ordem econômica, diz-se que esta não pode se sobrepor ao direito coletivo a um meio ambiente equilibrado e ao direito à saúde. Isso porque “a antecipação da tutela foi deferida com base nos inegáveis prejuízos ao meio ambiente e à saúde pública, cuja causa está na construção de uma passarela, sem previsão legal no contrato resolúvel, sem projeto e licença, para arriscar a travessia de milhares de pessoas sobre a linha férrea que recaem diretamente sobre a população da região e os Trabalhadores data máxima vênica” (*sic*). Argumenta que o juízo de Primeira Instância não proibiu a construção da passarela, mas apenas a condicionou ao prévio licenciamento ambiental e à realização de estudo de impacto ambiental, pois é certo que a construção de passarela a ser utilizada por milhares de pessoas causará impactos ambientais regionais.

Contraminuta da União a fls. 389/394v e do Município de São Paulo a fls. 395/405v, ambos pelo não provimento do recurso.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do agravo (fl. 407).

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

VOTO

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

Insurgem-se os agravantes contra a decisão desta Presidência que deferiu pedido de suspensão da decisão liminar proferida pelo MM. Juiz Federal da 24ª Vara de São Paulo/SP nos autos da *ação popular nº 0008996-73.2015.4.03.6100*.

Primeiramente há de se esclarecer que da ação popular nº 0008996-73.2015.4.03.6100, da 24ª Vara Federal de São Paulo, *derivaram dois pedidos de suspensão de liminar*. O primeiro, interposto contra decisão que determinou ao Município de São Paulo que suspendesse a execução do Contrato de Concessão nº 013/2015/SDTE e reassumisse o imóvel, dentre outras providências, recebeu nesta Corte o numeral 0012399-80.2016.4.03.0000, teve o pedido de suspensão acatado em 04.07.2016 e o agravo regimental dos autores da ação popular julgado improvido em 09.11.2016. O segundo é o presente, de nº 0023152-96.2016.4.03.0000, cujo pedido de suspensão foi acatado em 27.12.2016 e cujo agravo agora se apresenta. A decisão combatida tem a seguinte fundamentação (fl. 49):

Oficie-se ao CONDEPHAAT para que diligencie no imóvel denominado “Pátio do Pari”, nos termos das petições de fls. 1788/1794 e fls. 1795/1816, a fim de aferir presença de interesse na preservação do patrimônio (inclusive linha férrea), informando diretamente a este Juízo, no prazo de 15 (quinze) dias, seja em caso positivo ou negativo, com a exposição devida de motivos. Oficie-se igualmente ao IPHAN para se manifestar concretamente sobre eventual interesse daquela instituição em relação à parte ou totalidade do imóvel denominado “Pátio do Pari”, visto que a Lei nº 11.483/2007 atribui ao IPHAN a responsabilidade de receber e administrar os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural, oriundos da extinta RFFSA, bem como zelar pela sua guarda e manutenção.

Recomendável também nas circunstâncias, que se determine ao município e ao concessionário a suspensão da execução de qualquer obra no local que possa acarretar maiores danos a eventual patrimônio histórico (inclusive linha férrea), até a conclusão dos trabalhos e manifestação conclusiva do CONDEPHAAT e do IPHAN, em cuja ocasião a interdição ora imposta poderá ser revista pelo Juízo.

É importante consignar que a alegada necessidade de proteger o patrimônio histórico, fundamento invocado pelo juízo da 24ª Vara Federal para novamente suspender a obra, não foi objeto do pedido da ação popular e tampouco sua causa de pedir. A petição inicial (fls. 166/170v), protocolada em 11.05.2015, confusa e alvo de múltiplos aditamentos, buscou tão somente obter o cumprimento dos itens II e IX da cláusula 7ª do Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais firmado entre a União e o Município de São Paulo.

A suposta necessidade de proteção ao patrimônio histórico somente surgiu em 16.11.2016 (fl. 34), ou seja, um ano e meio depois do ajuizamento da demanda, quando a relação jurídica já estava formalizada e, por conseguinte, impossível de ser modificada sem o consentimento da parte contrária.

Portanto, conquanto este não seja o juízo natural para apreciar a questão processual referente à inovação da lide, a observação se faz necessária para comprovar a necessidade de manutenção do *decisum* agravado a fim de se evitar prejuízos à Administração com a paralisação da obra, como também evidenciar o modo de agir dos agravantes, ávidos por tumultuarem o feito e impedir a concretização do contrato administrativo.

Em seu recurso dizem os agravantes que a decisão recorrida usurpou a competência do Tribunal porque “não apenas suspendeu a eficácia da decisão impugnada como também alterou o seu conteúdo”.

A alegação é *equivocada* porque não houve incursão sobre o mérito da lide e tampouco substituição da decisão proferida pelo magistrado da 24ª Vara Federal, mas sim a sua suspensão com fulcro no artigo 4º da Lei nº 8.437/92.

Com relação à ordem pública os agravantes não demonstraram não ter havido sua violação. Confundindo conceitos, dizem apenas que ordem pública não se confunde com ordem jurídica e que esta não é tutelada pela Lei nº 8.437/92.

A *ordem pública* encontra-se ameaçada de risco em face das inúmeras medidas liminares concedidas que obstaram a realização das obras necessárias para o execução do contrato. Essas liminares até o momento não foram confirmadas por sentença, de forma que os empecilhos encontrados pela Administração para cumprir as obrigações assumidas em contrato decorrem de manifestações judiciais precárias, produzidas em cognição sumária e sem análise de mérito.

Elton Venturi, em sua obra *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público* (Malheiros, 3ª edição, pág. 207), explica que ordem pública configura um conceito profundamente indeterminado, porém, o extinto TFR, pelo seu então Ministro Nery da Silveira, proferiu julgamento paradigmático sobre a questão assentando que “no juízo de ordem pública está compreendida, também, a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração, pelas autoridades constituídas” (TFR, SS 4.405/SP, DJu 07.12.1979).

Na hipótese *sub judice* a ordem pública encontra-se sob grave risco diante da impossibilidade de a Administração perseguir seu objetivo de regularizar a situação de um bem público da União usurpado por um pequeno grupo de pessoas. Neste sentido trago à baila trecho da contraminuta da União noticiando o histórico de acontecimentos no local (fls. 391):

Local onde vicejavam inúmeras denúncias de operação de esquemas criminosos, no Pátio do Pari a ausência do Estado era notória. Agentes públicos raramente podiam transitar no local em inspeções de rotina sem risco à própria integridade física. E sobre o comércio ali realizado se mostrava inexistente o controle fiscal ou de proteção ao consumidor.

A UNIÃO, por intermédio da Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), havia concedido Termo de Permissão de Uso do Pátio do Pari à empresa GSA Administração e Organização de Feiras e Eventos Ltda. *Tal área vinha sendo ocupada clandestinamente por inúmeros comerciantes ambulantes*, formando o que ficou conhecida por “Feira da Madrugada”.

Diante da ausência de licitação prévia, o Ministério Público Federal expediu a Recomendação nº 38, de 29 de junho de 2009, onde, após vários “considerando”, recomendou ao inventariante da extinta RFFSA, que promovesse licitação para a permissão de uso das áreas do conjunto imobiliário do Pátio da Estação do Pari, na forma e nos termos da Lei nº 8.666/1993.

A UNIÃO, por sua vez, ajuizou ação de reintegração de posse, com pedido de liminar, em face da empresa GSA, logrando a efetiva reintegração da posse (autos nº 0006288-26.101.403.6100, 9ª Vara Cível Federal do Estado de São Paulo). Contudo, após a reintegração de posse, em decorrência da expedição da Recomendação nº 35, de 26 de agosto de 2010, a UNIÃO transferiu ao MUNICÍPIO a guarda provisória do imóvel.

O MUNICÍPIO, objetivando disciplinar a gestão do Pátio do Pari ante sua ocupação por milhares de comerciantes sem permissão de uso, editou atos normativos e estabeleceu a manutenção provisória daqueles que lá estavam, assim, todos os comerciantes já instalados no local obtiveram autorização para continuarem exercendo suas atividades.

Posteriormente, a área foi cedida à Municipalidade, por meio de concessão de direito real de uso, pelo prazo renovável de 35 anos (doc. 07). Ficou prevista a realização de licitação para a concessão da área para a iniciativa privada.

Percebe-se desde já que o MUNICÍPIO assumiu, “sponte propria”, a gestão da área que sequer é sua, já que a irregularidade da ocupação ocasionava sérios prejuízos à ordem pública e à segurança e incolumidade dos frequentadores do espaço. Tão logo o fez, passou a adotar medidas de caráter emergencial no espaço que se encontrava sem as condições mínimas de ocupação segura, com risco iminente de incêndio ou de desabamentos, expondo os comerciantes e os usuários do local a graves riscos.

Nesse contexto, como acima já se mencionou, em atenção a recomendação do Corpo de Bombeiros, a então ainda conhecida “Feira da Madrugada” foi fechada em maio de 2013 para a realização de reforma emergencial.

A despeito dos inúmeros obstáculos impostos pelo mesmo MM. Juízo da 24ª Vara nos autos nº 0016425-96.2012.4.03.6100, a reforma foi levada a cabo. Ao fim, reabriu-se o comércio e se autorizou a atividade dos comerciantes a quem foi conferida, enfim, permissão de uso, nos termos do Decreto Municipal nº 54.318/13, em uma primeira etapa apenas aos comerciantes que participaram do cadastro acima referido.

Com a estabilização da ocupação da área e com o término do cadastramento dos ocupantes, conforme determinam os acordos estabelecidos com a UNIÃO, o MUNICÍPIO iniciou o procedimento licitatório objeto da demanda originária. Realizou a Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014 para a construção, implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Projeto Circuito das Compras.

A superveniência da decisão que se pretende suspender já trouxe de volta o panorama anterior, pondo em xeque o esforço para se reconduzir a área ao controle pelo Poder Público e à sujeição às leis da Federação.

Reporta o concessionário, em ofício endereçado a órgãos do MUNICÍPIO (Doc. 13 da inicial de Suspensão):

“Fatos ocorridos no último dia 05.12.2016, devidamente registrados por gravações em vídeo e consignados em Boletim de Ocorrência lavrado perante a Superintendência Regional da Polícia Federal, em que pessoas não identificadas depredaram o patrimônio do Circuito SP, destruindo tapumes que protegeriam obras que seriam realizadas na área sul do Pátio do Pari.

O motivo da invasão e destruição das estruturas que delimitavam o local da intervenção (tapumes) decorreria exatamente da equivocada interpretação da decisão judicial em tela, uma vez que os infratores, ao que consta, entendiam que mesmo que a área sul, que em nada se relaciona ao provimento liminar, teria quaisquer obras obstadas.”

Ademais da crise já iniciada, a comoção social decerto se intensificará. A decisão estimula sentimento de desordem, desgoverno sobre o Pátio do Pari, motivando indivíduos insatisfeitos com os novos rumos que a concessão à iniciativa privada deu ao local à conflagração para reafirmarem seus interesses. - grifo meu.

Percebe-se que antes da intervenção pública faltava segurança ao local, seja em seu aspecto de policiamento ostensivo/preventivo, seja no aspecto de proteção aos usuários e aos próprios comerciantes, ausente que estava de certificado de licença emanado do Corpo de Bombeiros. Não havia fiscalização quanto às mercadorias comercializadas e tampouco autorização ou permissão para o uso do terreno público por particulares para fins econômicos.

Portanto, acode à ordem pública o restabelecimento do poder público no local, com o saneamento das irregularidades apuradas mediante a execução de obras de melhoria e a inclusão na formalidade do comércio ali exercido.

Também a *ordem econômica* necessita de salvaguarda, pois conforme consignado na decisão inicial por mim proferida, a cada mês que o Município de São Paulo permanece com a administração do local são gastos cerca de *dois milhões de reais* com a manutenção do espaço, o que inclui, dentre outras, despesas com água, luz e limpeza.

Ademais, a suspensão da obra provoca atraso no cronograma para a entrega do centro de compras, não permitindo o cumprimento das cláusulas e dos prazos pactuados na avença, o que pode inviabilizar o pagamento das verbas devidas pelo concessionário em decorrência de possível desequilíbrio econômico-financeiro, já que a exploração do empreendimento constituirá, sem sombra de dúvidas, a base de suas receitas financeiras.

Os cofres da União sofrem, igualmente, negativamente com a paralisação das obras porque do valor a ser pago mensalmente pelo Circuito de Compras São Paulo SPE S/A, vencedor da licitação, ao município, 50% (cinquenta por cento) será revertido à Administração Federal. Considerando o piso mínimo fixado no subitem 11.4.1 da cláusula 11 do Contrato de Concessão Pública (fl. 86), são cerca de dois milhões de reais que a União deixa de receber pela utilização de seu terreno.

Por fim, é de se ressaltar que a construção da passarela possui previsão contratual, constituindo obrigação acessória assumida pela Concessionária no contrato firmado com a municipalidade (cláusula 5ª, subitem 5.1.4) - fl. 84v. Assim, não me parece correto determinar a suspensão da obra justamente pelo cumprimento de obrigação assumida junto ao Poder Público, a qual já passou pelo crivo dos órgãos de proteção do patrimônio histórico (CONDEPHAAT a fls. 120/134, CONPRESF a fls. 135 e IPHAN a fls. 137/146).

Ausentes argumentos jurídicos capazes de alterar a decisão impugnada, e estando presentes os requisitos legais do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, deve ser mantida a suspensão da liminar.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0002429-22.2017.4.03.0000

(2017.03.00.002429-4)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP

Agravada: SUA IMAGEM DIAGNÓSTICOS MÉDICOS LTDA.

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: AI 595028

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CRF. MULTA. RESPONSABILIDADE TÉCNICA. HORÁRIO INTEGRAL DE FUNCIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE FARMÁCIA: MANIPULAÇÃO OU DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS. CLÍNICA DE DIAGNÓSTICOS POR IMAGEM. LEI 13.021/2014. RECURSO PROVIDO.

1. Na vigência da Lei 13.021/2014, é obrigatória a contratação de farmacêutico, por todo o período de funcionamento, para atuar em farmácias, independentemente do porte da unidade, restando, pois, superada a jurisprudência firmada com base na Súmula 140/TFR.

2. As atividades típicas de farmácia são as previstas no artigo 3º e devem ser prestadas sob assistência de responsável técnico, ainda que os serviços sejam voltados a público reservado e mesmo que não haja, propriamente, o comércio de medicamentos, bastando a respectiva manipulação ou dispensação.

3. Ainda que a agravante seja clínica de exames de diagnóstico por imagem, a contratação de responsável técnico por tempo integral é necessária se existente farmácia, qualquer que seja o seu porte, com manipulação ou dispensação de medicamentos. Tal exigência não depende de estar ou não o estabelecimento registrado no CRF, mas apenas da constatação da existência de farmácia com a prestação de serviços específicos, que exigem o profissional técnico previsto na lei.

4. A atuação eventual de enfermeira ou médico, responsáveis pelos medicamentos, não é suficiente, na vigência da Lei 13.021/2014, para afastar a exigência de profissional técnico da área específica de farmácia.

5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de agosto de 2017.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento à antecipação de tutela em ação ajuizada por SUA IMAGEM DIAGNÓSTICOS MÉDICOS LTDA em face do CRF, para reconhecimento de inexistência de relação jurídica que a obrigue a registro, afastando multas respectivas.

A decisão agravada (f. 117/122) deferiu a tutela pleiteada para que o CRF/SP “se abstenha de adotar qualquer medida que importe em sanção administrativa pelo não atendimento das exigências aqui combatidas, suspendendo a exigibilidade das multas aplicadas, assim como para afastar a necessidade de registro junto ao Conselho, até decisão final”.

Alegou o CRF/SP: (1) obrigatoriedade de manutenção de farmacêuticos por todo o período de funcionamento, nos termos dos artigos 3º, 5º, 6º, I e 8º, parágrafo único, da Lei 13.021/2014, em vigor desde 27/09/2014; e (2) o dispensário de medicamentos, previsto na Lei 5.991/1973, como o setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente, deixou de existir, sendo atualmente classificado como “farmácia”, expressamente na lei.

Houve contraminuta pelo desprovimento do recurso.

Os autos vieram-me conclusos e foram recebidos fisicamente no Gabinete em 07/04/2017, com inclusão em pauta para julgamento na sessão de 17/05/2017, ficando adiado para a sessão de 19/07/2017.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

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

Senhores Desembargadores, ainda que a atividade da agravante seja a de prestação de serviços médicos em diagnósticos por imagem em geral (f. 26), a exigência de responsável técnico é vinculada à existência de farmácia, a teor da Lei 13.021/2014:

Art. 3º Farmácia é uma unidade de prestação de serviços destinada a prestar assistência farmacêutica, assistência à saúde e orientação sanitária individual e coletiva, na qual se processe a manipulação e/ou dispensação de medicamentos magistrais, officinais, farmacopeicos ou industrializados, cosméticos, insumos farmacêuticos, produtos farmacêuticos e correlatos.

Parágrafo único. As farmácias serão classificadas segundo sua natureza como:

I - farmácia sem manipulação ou drogaria: estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;

II - farmácia com manipulação: estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e officinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica.

Art. 5º No âmbito da assistência farmacêutica, as farmácias de qualquer natureza requerem, obrigatoriamente, para seu funcionamento, a responsabilidade e a assistência técnica de farmacêutico habilitado na forma da lei.

Art. 6º Para o funcionamento das farmácias de qualquer natureza, exigem-se a autorização e o licenciamento da autoridade competente, além das seguintes condições:

I - ter a presença de farmacêutico durante todo o horário de funcionamento;

Art. 8º A farmácia privativa de unidade hospitalar ou similar destina-se exclusivamente ao atendimento de seus usuários.

Parágrafo único. Aplicam-se às farmácias a que se refere o *caput* as mesmas exigências legais previstas para as farmácias não privativas no que concerne a instalações, equipamentos, direção e desempenho técnico de farmacêuticos, assim como ao registro em Conselho Regional de Farmácia.

A leitura sistemática da legislação revela que não é necessário que a farmácia comercialize medicamentos, mas apenas que os manipule ou dispense, ainda que a usuários privativos. A Lei 13.021/2014 foi rígida na imposição do dever de contratação de responsável técnico, superando a jurisprudência anterior, firmada nos termos da Súmula 140/TRF.

Nesse sentido a posição das Cortes Regionais, inclusive desta Turma:

AC 01069182020144025117, Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER, publ. 25/11/2016: ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - CRF/RJ - PROFISSIONAL FARMACÊUTICO - PRESENÇA - ROL TAXATIVO DO ART. 15, DA LEI Nº 5.991/73 - OBRIGATORIEDADE DECORRENTE DE DECRETO - RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO DO DECRETO REGULAMENTAR À LEI - DECRETO QUE DESBORDA SEUS LIMITES DE REGULAMENTAÇÃO - ILEGALIDADE - RELEITURA DA SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR - FISCALIZAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.021/2014. - A alteração positivada na regulamentação do art. 15, da Lei nº 5.991, de 17.12.1973, por força do advento do Decreto nº 793, de 05.04.1993, importou em ilícita inovação da ordem jurídica, vez que estabelecida no regulamento disposição exorbitante ao conteúdo da lei regulamentada, disposição consubstanciada, *in casu*, na obrigatoriedade de assistência de farmacêutico responsável nos “setores de dispensação dos hospitais públicos e privados e demais unidades de saúde, distribuidores de medicamentos, casas de saúde, centros de saúde, clínicas de repouso e similares que dispensem, distribuam ou manipulem medicamentos sob controle especial ou sujeitos a prescrição médica” (art. 27, § 2º, do Decreto nº 74.170, de 10.06.1974, na forma da redação dada pelo Decreto nº 793, de 05.04.1993). Precedente do E. STJ (REsp nº 205.323-SP, DJU de 21.06.1999).

- O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1110906/SP, assentou o entendimento de que a Súmula 140 TFR continua aplicável, todavia, com atualização de seu conteúdo, no que tange ao conceito de “pequena unidade hospitalar”, como sendo a que possui capacidade de até cinquenta leitos, em respeito à atual definição de “pequena unidade hospitalar” dada pelo Ministério da Saúde. - Entretanto, a partir de 25 de setembro de 2014, data em que passou a vigor a Lei nº 13.021, a qual dispõe sobre o exercício e a fiscalização da atividade farmacêutica, toda essa discussão acerca da presença do profissional farmacêutico nos dispensários de medicamentos perdeu o sentido, uma vez que a referida lei nº 13.021/2014 determina que as farmácias, de qualquer natureza, inseridos nesse contexto os dispensários de medicamentos, deverão contar com a presença de farmacêutico em todo o seu horário de funcionamento, passando a ser obrigatória, portanto, à partir de então, a presença desse profissional.

- Em que pese, apenas para as situações posteriores à vigência da Lei nº 13.021/2014, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei, resta superada a jurisprudência uníssona do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido da inexigibilidade da presença do profissional farmacêutico apenas nas unidades de saúde com até 50 leitos. Deve ser mantido e aplicado, pois, o entendimento acerca da inexigibilidade da presença do farmacêutico nesse tipo de estabelecimento, no período anterior a 25 de setembro de 2014, em respeito à jurisprudência

1 dominante, até então aplicável.

- A autuação do Conselho Regional de Farmácia/RJ *in casu* se deu em data anterior à vigência da Lei nº 13.021/2014 e, não demonstrada a exigibilidade da presença do profissional farmacêutico na Unidade Básica de Saúde, resta ilegal a autuação realizada pelo citado Conselho Profissional.

- Recurso não provido.

AC 00039795720144036111, Rel. CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 Judicial 20/06/2017: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - CRF/SP. AUTUAÇÃO DE FARMÁCIA EM CLÍNICA VETERINÁRIA. MEDICAMENTOS CONSTANTES DA PORTARIA 344/1998. RESPONSÁVEL TÉCNICO. NECESSIDADE. LEI 13.021/2014.

1. A Lei nº 13.021/2014, aplicável às situações cogitadas nos autos de infração lavrados após sua vigência, prevê expressamente a necessidade da presença de farmacêutico em farmácias de qualquer natureza, inclusive nos chamados dispensários de medicamentos.

2. No caso vertente, os autos de infração foram lavrados em face farmácia mantida nas dependências da Clínica Veterinária da Associação de Ensino de Marília Ltda., que presta serviços de saúde aos animais, ante a necessidade da presença de técnico responsável inscrito no Conselho Regional de Farmácia.

3. De acordo com os autos de infração foi apurada pela fiscalização a existência de medicamentos constantes da Portaria 344/1998 do Ministério da Saúde, os quais são destinados também ao uso humano, de modo que se faz necessária a presença do profissional farmacêutico.

4. Não existe fundamento para a suspensão da exigibilidade das multas originárias das notificações relativas aos referidos autos de infração, sendo de rigor a reforma do r. *decisum* de primeiro grau.

5. Precedentes desta Corte: 3ª Turma, ED em AI nº 0004455-27.2016.4.03.0000, Rel. Des. Federal Carlos Muta, j. 08/09/2016, v.u.; 6ª Turma, AI nº 0022755-71.2015.4.03.0000, Des. Federal Johonsom Di Salvo, j. 07.07.2016, DJ 20.07.2016.

6. Apelação provida.

AI 00179824620164030000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 Judicial 30/06/2017:

DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NECESSIDADE DE FARMACÊUTICO EM DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.021/2014.

1. A ação originária visa desconstituir a cobrança de multas por infração ao disposto do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 3.820/1960, devidas ao Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP, em razão da inexigibilidade de responsável técnico farmacêutico em dispensários de medicamentos, bem como impedir o ora agravante de autuar estabelecimentos prisionais do autor/agravado.

2. Na redação da Lei nº 3.820/60, que cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Farmácia, dando providências sobre tal profissão e a fiscalização desta, somente farmácias e drogarias estão obrigadas à manutenção de responsável técnico devidamente inscrito no Conselho Regional de Farmácia em suas dependências.

3. Já em 11/08/2014 foi publicada a chamada Nova Lei de Farmácia (Lei nº 13.021/2014), que, não revogando a Lei 3.820/60, passou a atuar subsidiariamente em tudo que aquela não tratava, como os casos de fiscalização e punição.

4. Antes da Lei 13.021/2014, diante do silêncio contido na Lei nº 3.820/60, a jurisprudência se consolidou no sentido de que a Súmula 140/TFR devia ser interpretada considerando dispensário de medicamentos a pequena unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos para efeito de afastar a obrigatoriedade da exigência de manter profissional farmacêutico. Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.110.906/SP,

alçado como representativo da controvérsia e submetido à sistemática prevista no art. 543-C, do Código de Processo Civil revogado, firmou entendimento no sentido de que o conceito de dispensário de medicamentos, a excluir a presença de profissional farmacêutico, atinge tão somente clínicas e pequenas unidades hospitalares, isto é, aquelas com até 50 leitos.

5. Com a Lei nº 13.021/2014, a figura do dispensário de medicamentos foi incluída no conceito de farmácia, estendendo a ele a obrigatoriedade da responsabilidade e da assistência técnica de farmacêutico habilitado na forma da Lei, nos termos do artigo 3º.

6. Na espécie, as autuações administrativas, com exceção do Auto de Infração nº 277973, ocorreram antes da vigência da Lei nº 13.021/2014, atraindo assim o entendimento da jurisprudência do STJ pela dispensa de profissionais farmacêuticos registrados no Conselho Regional de Farmácia em dispensários de medicamentos, sendo este qualquer unidade hospitalar ou pequena clínica com até 50 (cinquenta) leitos, situação que, obviamente, não se ajusta ao caso representado nestes autos. Por outro lado, o Auto de Infração nº 277973 foi lavrado em 12/12/2014, ou seja, depois da vigência da Lei nº 13.021/2014. Desta forma, deve ser mantida a suspensão dos Autos de Infração lavrados antes da vigência da Lei nº 13.021/2014.

7. Agravo parcialmente provido.

No caso, a própria agravante reconhece que havia solicitado a sua inscrição no CRF, embora tenha requerido cancelamento em 24/05/2016 (f. 39), em data posterior à primeira fiscalização em 18/04/2016 (f. 103/4), não obstante a segunda tenha ocorrido em 20/06/2016 (f. 105).

No estabelecimento da agravante foi apurada a existência de local com armazenamento de diversos medicamentos (f. 104-v), constando informe de inexistência de profissional habilitado para exercer a responsabilidade técnica na área de farmácia. A existência de enfermeira ou mesmo de médico não basta, à luz da legislação vigente, para dispensar o profissional da área de farmácia. A discussão do exagero da lei, dado os custos envolvidos na sua consecução, ainda que possa ser levada adiante no foro próprio, não viabiliza o descumprimento respectivo, enquanto vigente.

O fato de ter requerido cancelamento da inscrição não tem o condão de eximir a agravante de possuir o profissional exigido pela legislação e, com maior razão, no período em que a inscrição vigia tal responsabilidade técnica não poderia ter deixado de ser observada na contratação de pessoal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO:

Trata-se de agravo de instrumento à antecipação de tutela em ação ajuizada por SUA IMAGEM DIAGNÓSTICOS MÉDICOS LTDA em face do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP, para reconhecimento de inexistência de relação jurídica que a obrigue a registro junto a este Conselho, afastando multas respectivas.

Discute-se no presente processo, em síntese, a exigência de profissional farmacêutico em laboratório de imagem.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido à SUA IMAGEM, pelo magistra-

do *a quo*, o que motivou a propositura do agravo de instrumento pelo CRF/SP, sob o argumento da obrigatoriedade de manutenção de farmacêuticos por todo o período de funcionamento, nos termos dos artigos 3º, 5º, 6º, I e 8º, parágrafo único, da Lei 13.021/2014, em vigor desde 27/09/2014; e que o dispensário de medicamentos, previsto na Lei 5.991/1973, como setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente, deixou de existir, sendo atualmente classificado como “farmácia”, expressamente na lei.

Iniciado o julgamento, o eminente Relator votou no sentido de dar provimento ao recurso, por entender que “A leitura sistemática da legislação revela que não é necessário que a farmácia comercialize medicamentos, mas apenas que os manipule ou dispense, ainda que a usuários privativos. A Lei 13.021/2014 foi rígida na imposição do dever de contratação de responsável técnico, superando a jurisprudência anterior, firmada nos termos da Súmula 140/TRF.”

Pedi vista dos autos.

Na redação da Lei nº 3.820/60, que cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Farmácia, somente farmácias e drogarias estão obrigadas à manutenção de responsável técnico devidamente inscrito no Conselho Regional em suas dependências.

Nesse sentido, o art. 24, da lei nº 3.820/60 adverte que “as empresas e estabelecimentos que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar perante os Conselhos Federal e Regionais que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado.”

A Lei nº 13.021/2014, conhecida como “Nova Lei de Farmácia”, incluiu a figura do dispensário de medicamentos no conceito de farmácia, estendendo a ele a obrigatoriedade da responsabilidade e da assistência técnica de farmacêutico habilitado na forma da Lei. Porém, não produz efeitos retroativos, sendo aplicável esse novo conceito somente a partir da sua entrada em vigor.

Antes da Lei 13.021/2014, diante do silêncio contido na legislação, consolidou-se a jurisprudência no sentido de que se deveria interpretar a Súmula 140/TRF considerando dispensário de medicamentos a pequena unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos para efeito de afastar a exigência de contratação de farmacêutico.

No entanto, não me parece que laboratórios de imagem possam ser tidos por dispensários de medicamentos, e nem que se assemelhem a eles.

Como explicitado na inicial da agravada, seu objeto social é “a exploração da atividade de prestação de serviços médicos em diagnósticos por Imagem em geral; serviços de diagnóstico por registro gráfico - ECG, EEG, polissonografia, audiometria e outros serviços de diagnósticos por registro gráfico; e, Serviços de radiodiagnósticos, tais como: radiologia, médica e odontológica, densitometria óssea, hemodinâmica, medicina nuclear, mamografia e fluoroscopia.” (fl. 15).

Não obstante, a Portaria 344/98/MS e a Nota Técnica 68/14, expedidas pela ANVISA, preconizam a necessidade da presença de farmacêutico responsável técnico em estabelecimentos que se utilizam dos medicamentos controlados, clínicas de imagens, oftalmologia e endoscopia. E se se faz necessária a presença do profissional farmacêutico nesses estabelecimentos, por óbvio que devem estar registradas no Conselho Regional de Farmácia.

Nos termos da Portaria nº 344/1998 entende-se por medicamento o produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico (art. 1º), estabelecendo ainda:

DA GUARDA

Art. 68 As substâncias constantes das listas deste Regulamento de suas atualizações, bem como os medicamentos que as contenham, existentes nos estabelecimentos, deverão ser obrigatoriamente guardados sob chave ou outro dispositivo que ofereça segurança, em local exclusivo para este fim, sob a responsabilidade do farmacêutico ou químico responsável, quando se tratar de indústria farmoquímica.

Do auto de infração (fl. 23) constata-se o armazenamento, pelo laboratório agravado, dentre outros, de Diazepam 10mg e Fentanila 0,05mg, substâncias que constam no anexo da supramencionada Portaria.

Assim, indevida a concessão da tutela antecipada ao autor, não porque o laboratório de imagem possa ser tido por dispensário de medicamentos, mas porque há normas expedidas pelo próprio Ministério da Saúde determinando a presença de farmacêutico nos locais onde se faz uso e/ou manuseio de determinados tipos de medicamentos.

Ex positis, acompanho o relator, mas por fundamento diverso, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO

Direito Ambiental



AGRAVO DE INSTRUMENTO

0021900-92.2015.4.03.0000

(2015.03.00.021900-0)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravados: AES TIETÊ S/A E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: AI 566715

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/08/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INFRAÇÕES AMBIENTAIS. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONFLITO DE NORMAS. *TEMPUS REGIT ACTUM*.

- A existência de três diplomas legais (artigo 2º da Lei nº 4.771/1965, antigo Código Florestal, recepcionado por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988 e alterado pela Lei nº 7.803/1989, 2º e 3º da Resolução 302, de 20/03/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), 3º, 4º, 59, 61-A e 62 da Lei nº 12.651/2012) a regular os limites para a definição de área de preservação permanente de modo diverso gerou certa discussão sobre qual aplicar em cada caso concreto. Como regra, inclusive por razões de segurança jurídica, os fatos devem ser regulados pela lei em vigor por ocasião de sua ocorrência (*“tempus regit actum”*), sob pena de violação à garantia constitucional do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI) e, nestes termos, não resta dúvida de que, à primeira vista, as infrações ambientais perpetradas em APP antes da vigência do Novo Código Florestal devem observar o Código anterior, ao passo que as posteriores devem ser abarcadas pela nova proteção. No entanto, neste cenário, não se pode perder de vista a eventual aplicação dos parâmetros trazidos no artigo 62 das Disposições Transitórias da novel legislação florestal, que determinou que a faixa da área de preservação em questão será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *“maximorum”*, e que, a meu ver, tem cabimento tão somente em relação aos atos já realizados sob a vigência do Código anterior, mas ainda pendentes de análise ambiental. Assim, embora o legislador não o tenha afirmado expressamente, entende-se que caberá ao órgão ambiental aplicar a disciplina transitória às concessões registradas ou assinadas até 24/08/2011 e desde que ainda não se tenha manifestado formalmente quanto à delimitação da faixa de proteção do empreendimento, em observância à norma à época aplicável. Entendimento diverso traduziria verdadeira inconstitucionalidade por inobservância ao inciso XXXVI do artigo 5º da CP, bem assim à regra da irretroatividade legal, especialmente nos casos em que as normas transitórias implicassem a diminuição da proteção antes prevista no Código Florestal. Note-se que toda e qualquer atividade hermenêutica no âmbito do Direito Ambiental deve ter em mente o direito constitucional, das presentes e futuras gerações, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, *“caput”*), bem assim a garantia da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (artigo 225, parágrafo 1º) e os demais os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. Imprescindível igualmente se considerar a *“ratio”* da Lei nº 12.651/12, que

buscou facilitar a regularização das áreas de proteção irregularmente ocupadas, o que não pode ser confundido com suposta permissão legal para a manutenção de sua ocupação ou mesmo com a redução dos limites a serem observados a título de proteção.

- *In casu*, a autuação ambiental se deu em 09/06/2004 (fl.30), quando ainda vigia o antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65), cujo artigo 2º, letra b, item 3, combinado com o artigo 3º, inciso I, da Resolução CONAMA 302/2002, previa como área de preservação permanente (APP) as florestas e demais formas de vegetação natural situadas em faixa mínima de cem metros ao redor de reservatórios d'água naturais ou artificiais, e se refere ao entorno da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, que teve sua construção iniciada em 1973 e concluída em 1979, com potência instalada de 1.396 MW. A usina está localizada no Rio Grande, a 80 km da confluência com o Rio Paranaíba, e a transmissão até o anel energético da Grande São Paulo é feita através das subestações de Araraquara, Ribeirão Preto e Santa Bárbara d'Oeste (<http://www.ouroeste.com/hidreletrica-agua-vermelha/>)

- Os elementos trazidos pelo Ministério Público Federal, especialmente o auto de infração ambiental e boletim de ocorrência de fls. 28/32, não deixam dúvida quanto à existência das construções em APP.

- À vista de que a autuação ambiental se deu ainda na vigência Antigo Código Florestal, bem assim de inexistir pendência de manifestação do órgão ambiental quanto à definição dos limites de proteção a serem observados no empreendimento Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, não há que se falar na aplicação das disposições transitórias do Novo Código neste particular.

- Ainda que se considerasse a aplicação das normas transitórias, do mesmo modo não encontraria o poluidor guarida na manutenção das construções realizadas na APP, porquanto o artigo 61-A autoriza exclusivamente a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, situação diversa do rancho de lazer caracterizado nos autos.

- Impõe-se, por fim, determinar o âmbito de aplicação do artigo 59 da Lei nº 12.651/12. De fato, prevê o dispositivo a implantação de programas de regularização ambiental (PRA) pelo Poder Executivo, que têm como requisito a inscrição do imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural (CAR) e respectiva intimação para assinatura de termo de compromisso. Prevê que, no período entre a publicação do Novo Código e a implantação dos programas, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver em cumprimento o termo de compromisso, o possuidor ou proprietário não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em APP, de Reserva Legal e de uso restrito. Dispõe, ainda, que, a partir da assinatura do termo em questão, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações e cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo para a regularização ambiental, com a conversão das multas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. Editadas as normas regulamentares, em especial o Decreto nº 8.235 de 05/05/2014, restou prorrogado o prazo para inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) por um ano, a contar de 05 de maio de 2015, nos termos da Portaria nº 100, de 04/05/2015, do Ministério do Meio Ambiente.

- A decisão agravada, considerada a mencionada prorrogação e ainda existir a possibilidade de regularização ambiental da área em discussão nos autos, determinou nova suspensão do feito, até 05/05/2016, o que entendo merecer reforma.

- O fato de a lei prever a implantação de programa de regularização ambiental no âmbito administrativo não pode constituir óbice à efetivação da proteção constitucional que deve ser destinada ao meio ambiente, especificamente às áreas de preservação permanente, especialmente protegidas, até porque, *in casu*, inexistente, até o momento, o cadastro do poluidor, bem assim o termo de compromisso de regularização. Restou demonstrada a ocupação irregular com supressão de vegetação e não se justifica a manutenção do dano ao meio ambiente em razão da prorrogação do prazo para que possuidores e proprietários manifestem eventual interesse em se cadastrar para promover a futura e incerta - ressalte-se - regularização ambiental administrativamente. A suspensão do processo equivale à manutenção da violação ao bem constitucional difuso até que a administração pública tenha condições de viabilizar programa que, ao final, busca a recuperação do meio ambiente, de modo a frustrar a tutela jurisdicional pleiteada.

- Vige o sistema da tríplice responsabilização pelo dano ambiental, que abarca as responsabilidades civil, penal e administrativa, decorrentes da prática ilícita contra o meio ambiente. Cuida-se, aqui, da tutela civil pública do direito difuso, que tem cabimento independentemente das demais esferas, de modo que nada impede que, viabilizada futura regularização no âmbito administrativo, o provimento jurisdicional final se mostre desnecessário. Não é esta, porém, a situação que se apresenta até o momento, na medida em que a suspensão do processo equivale à ratificação do dano já perpetrado.

- A natureza constitucional do meio ambiente, somada à irreversibilidade de eventuais danos ambientais que possam decorrer da permanência da ocupação e aos documentos acostados, é suficiente para o deferimento do pedido formulado pelo agravante, de retomada do andamento da ação civil pública originária.

- O bem público se sujeita a regime próprio, caracterizado pela inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e insuscetibilidade de apropriação, características suficientes para embasar a concessão da liminar pleiteada pelo *Parquet*. Não há que se falar em situação consolidada de ocupação de área de preservação permanente para fins de se evitarem desocupação, demolição ou remoção das edificações, pois se encontram, desde a origem, em situação irregular. Precedentes do STJ.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento da ação civil pública originária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencida a Des. Fed. Marli Ferrerira, que negava provimento ao recurso.

São Paulo, 24 de maio de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

Agravo de instrumento com pedido de efeito ativo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão que determinou nova suspensão do andamento da Ação Civil Pública nº 0002797-61.2008.403.6106, até 05/05/2016, à vista do que consta do Decreto nº 8.235 do Ministério do Meio Ambiente, publicado em 05/05/2014, e da possibilidade de regularização ambiental da área objeto da lide (fl. 53).

Sustenta o agravante, em síntese:

a) a ação civil pública originária, ajuizada em 2008 para a reparação de danos ambientais decorrentes de indevida ocupação humana em área de preservação permanente, está com seu trâmite suspenso desde agosto de 2013, de modo a causar grave lesão ao meio ambiente;

b) fundou-se, para a suspensão do andamento processual, no artigo 59 da Lei 12.651/12, que teria permitido a regularização da ocupação em área de preservação permanente (APP);

c) a documentação que instruiu a ação principal comprova que os réus Nosso Grêmio Recreativo Esportivo e Lenir José dos Santos causaram dano direto em APP e o último impede a regeneração natural da vegetação local, porquanto mantém edificações localizadas na APP às margens do reservatório de acumulação de água para geração de energia elétrica da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha (AES Tietê), área protegida nos termos do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 12.651/12;

d) restou caracterizada omissão do IBAMA e da AES Tietê em fiscalizar e zelar pelo efetivo cumprimento da lei ambiental e igualmente da última quanto à observância das cláusulas protetivas previstas nos contratos de concessão de uso das áreas utilizadas como faixas de segurança do reservatório;

e) o Município de Riolândia/SP igualmente se omitiu quanto à fiscalização e tem tolerado a atuação indevida em APP, de modo conivente com a ocupação irregular;

f) apesar das alterações legislativas trazidas pelo Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12), as áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios de acumulação de água para geração de energia elétrica continuam a ser protegidas, inclusive com a fixação de faixas mínimas e máximas para zonas rurais e urbanas (artigos 4º, inciso III, e 5º);

g) o artigo 62, ao estabelecer a faixa da área de preservação permanente como a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum* para os reservatórios artificiais de água destinados à geração de energia ou abastecimento público que tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à MP nº 2166/01, teria extinto para o reservatório de Água Vermelha a faixa de preservação permanente, com afronta ao artigo 225 da CF;

h) consoante informação prestada pela AES Tietê, o nível máximo operativo normal no reservatório de Água Vermelha, bem como a cota máxima *maximorum* estão em 383,30;

i) o artigo 225 da Constituição Federal assegura a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, com imposição ao poder público e à coletividade do dever de defesa e preservação para as presentes e futuras gerações e ao ente estatal a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e definição em todas as unidades da federação de espaços territoriais a serem especialmente protegidos, permitidas a alteração e a supressão somente por lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

j) a própria Lei nº 12.615/12 reconheceu a importância das áreas de preservação permanente (artigo 3º) e sua imprescindível função ambiental;

k) o disposto no artigo 62 se mostra absolutamente incongruente e incompatível com o texto constitucional e com o próprio Novo Código Florestal que, no caso específico do reservatório de Água Vermelha, fez desaparecer a faixa de preservação permanente;

l) o artigo 61-A do Novo Código Florestal dispõe que nas APP é autorizada exclusivamente a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, em áreas rurais consolidadas até 22/07/2008, situação diversa da do réu, que, não obstante tenha informado no CAR-Cadastro Ambiental Rural ser a atividade principal a agricultura, conta com propriedade cuja destinação é tão somente o deleite e o lazer de seus proprietários, com construções inseridas em área de preservação permanente, a cerca de 8,5 metros do nível máximo do reservatório;

m) não são aplicáveis aos autos os artigos 59 e 61-A da Lei nº 12.615/12, cuja leitura atenta e conjunta revela que se destinam apenas à regularização das áreas consolidadas em APP que explorem atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural;

n) o MPF requereu o julgamento do processo no estado em que se encontrava, mas a decisão agravada determinou nova suspensão do andamento do feito (até 05/05/2016), sob o fundamento da possibilidade de regularização ambiental da área, nos termos do Decreto nº 8.235/14 e Portaria nº 100/2015 do Ministério do Meio Ambiente;

o) a manutenção da ocupação da área, com expectativa de regularização aventada no *decisum* agravado, demonstra o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

p) manter suspenso o processo significa deixar de dar a necessária resposta à ocupação irregular em APP que causou e continuará a causar lesão grave e de difícil reparação ao meio ambiente;

q) está justificado o recebimento do recurso na forma de instrumento e a concessão do efeito ativo (artigos 522 e 527, incisos I e II, c/c 558, do CPC);

r) a permanência humana em área de preservação permanente por si só já representa sério gravame ao meio ambiente, porque, além de impedir a regeneração da mata ciliar, produz resíduos que poluem o solo e a água, contribui para o processo diário de erosão, afugenta a fauna local e prejudica a cadeia alimentar aquática e terrestre, além de diminuir os recursos hídricos existentes;

s) a atual crise hídrica decorre não apenas das questões geográficas, climáticas e políticas, mas também da degradação ambiental pela ocupação humana de áreas de fundamental importância para o ciclo hidrológico;

t) o STJ tem empreendido esforços no sentido de promover uma conscientização acerca das necessidades de preservação de ecossistemas tão frágeis como as APP ciliares (Resp 176.753);

u) há pelo menos sete anos, ocorreu supressão da vegetação natural na APP e persiste a intervenção antrópica que impede a respectiva regeneração;

v) o parágrafo 12 do próprio artigo 61-A da Lei nº 12.651/12 permite a manutenção de residências e da infraestrutura associada tão somente às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural e as que neste conceito não se inserem não são passíveis de regularização;

x) restou comprovado que o réu ocupou irregularmente área considerada de preservação permanente (ilícito civil) e tal ocupação não se tornou regular com a entrada em vigor do Novo

Código Florestal;

y) muito mais difícil, caro e complexo do que preservar o meio ambiente é tentar recompô-lo, restaurar os seus biomas e processos ecológicos;

w) a presença humana, ratificada pela documentação constante da inicial da ação principal, é suficiente para comprovar a relevância da fundamentação e a ameaça de lesão grave e difícil reparação.

Requer a concessão do efeito ativo e, ao final, o provimento do agravo de instrumento, com o prosseguimento do curso do processo principal.

Foi deferido o pedido de antecipação da tutela recursal para determinar o prosseguimento da ação civil pública originária (fls. 70/85vº).

Contraminuta da AES Tietê S/A às fls. 89/99.

Em seu parecer, o MPF opinou fosse dado provimento ao recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem jurídico de natureza difusa que encontra ampla proteção no texto constitucional, especificamente no artigo 225, *caput*, bem assim na Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos direitos difusos e coletivos, *verbis*:

CF

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Lei 7.447/85

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

1 - ao meio-ambiente;
(...)

As áreas de preservação permanente (APP) foram inicialmente tratadas no artigo 2º da Lei nº 4.771/1965, antigo Código Florestal, recepcionado por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988 e alterado pela Lei nº 7.803/1989, que previu no seu rol as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, nos seguintes termos:

Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

i) nas áreas metropolitanas definidas em lei. - grifei

Instituído o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), a fim de implantar a Política Nacional do Meio Ambiente, foi editada a Resolução 302, de 20/03/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que tratou das larguras mínimas das áreas a serem consideradas para fins de área de preservação permanente (APP):

Art. 2º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Reservatório artificial: acumulação não natural de água destinada a quaisquer de seus múltiplos usos;

II - Área de Preservação Permanente: a área marginal ao redor do reservatório artificial e suas ilhas, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas;

(...)

V - Área Urbana Consolidada: aquela que atende aos seguintes critérios:

a) definição legal pelo poder público;

b) existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infra-estrutura urbana:

1. malha viária com canalização de águas pluviais,
2. rede de abastecimento de água;
3. rede de esgoto;
4. distribuição de energia elétrica e iluminação pública;
5. recolhimento de resíduos sólidos urbanos;
6. tratamento de resíduos sólidos urbanos; e

c) densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km².

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e *cem metros para áreas rurais*;

II - quinze metros, no mínimo, para os reservatórios artificiais de geração de energia elétrica com até dez hectares, sem prejuízo da compensação ambiental.

III - quinze metros, no mínimo, para reservatórios artificiais não utilizados em abastecimento público ou geração de energia elétrica, com até vinte hectares de superfície e localizados em área rural. - grifei

Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.651/2012 (Novo Código Florestal), nova regulamentação foi dada à matéria com a previsão de que a APP no entorno dos reservatórios d'água artificiais decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais se daria na faixa definida na licença ambiental do empreendimento, *verbis*:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

(...)

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

(...)

Art. 4º. Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
- e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:

- a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;
- b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua

- situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;
- V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;
- VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- VII - os manguezais, em toda a sua extensão;
- VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
- IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;
- X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;
- XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.
- (...)

No entanto, o referido Código também, em seu capítulo XIII, *Disposições Transitórias*, previu a implantação de programa de regularização ambiental (*artigo 59*), bem assim dispôs sobre a possibilidade de continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em APP de áreas rurais consolidadas (*artigo 61-A*) e nova fórmula de cálculo para a faixa da área de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais (*artigo 62*), “*verbis*”:

CAPÍTULO XIII DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Seção I

Disposições Gerais

Art. 59. A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar *Programas de Regularização Ambiental - PRAs* de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo.

§ 1º. Na regulamentação dos PRAs, a União estabelecerá, em até 180 (cento e oitenta) dias a partir da data da publicação desta Lei, sem prejuízo do prazo definido no *caput*, normas de caráter geral, incumbindo-se aos Estados e ao Distrito Federal o detalhamento por meio da edição de normas de caráter específico, em razão de suas peculiaridades territoriais, climáticas, históricas, culturais, econômicas e sociais, conforme preceitua o art. 24 da Constituição Federal.

§ 2º. A inscrição do imóvel rural no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA, devendo esta adesão ser requerida pelo interessado no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da implantação a que se refere o *caput*, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo.

§ 3º. Com base no requerimento de adesão ao PRA, o órgão competente integrante do Sisnama convocará o proprietário ou possuidor para assinar o termo de compromisso, que constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º. No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

§ 5º. A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações mencionadas no § 4º deste artigo e, cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo de compromisso para a regularização ambiental das exigências desta Lei, nos prazos e condições neles estabelecidos, as multas referidas neste artigo serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas conforme definido no PRA. (...)

Seção II

Das Áreas Consolidadas em Áreas de Preservação Permanente

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

(...)

Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum. - grifei

A existência de três diplomas legais a regular os limites para a definição de área de preservação permanente de modo diverso gerou certa discussão quanto aquele a ser aplicado em cada caso concreto. Como regra, inclusive por razões de segurança jurídica, os fatos devem ser regulados pela lei em vigor por ocasião de sua ocorrência (*“tempus regit actum”*), sob pena de violação à garantia constitucional do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI) e, nestes termos, não resta dúvida de que, *à primeira vista*, as infrações ambientais perpetradas em APP antes da vigência do Novo Código Florestal devem observar o Código anterior, ao passo que as posteriores devem ser abarcadas pela nova proteção. No entanto, neste cenário, não se pode perder de vista a eventual aplicação dos parâmetros trazidos no artigo 62 das disposições transitórias da novel legislação florestal, que determinou que a faixa da área de preservação em questão será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *“maximorum”*, e que, a meu ver, tem cabimento tão somente em relação aos *atos já realizados sob a vigência do Código anterior, mas ainda pendentes de análise ambiental*. Assim, embora o legislador não o tenha afirmado expressamente, entendo que caberá ao órgão ambiental aplicar a disciplina transitória às concessões registradas ou assinadas até 24/08/2011 e desde que já não tenha se manifestado formalmente quanto à delimitação da faixa de proteção do empreendimento, em observância à norma à época aplicável. Entendimento diverso traduziria verdadeira inconstitucionalidade por inobservância ao inciso XXXVI do artigo 5º da CP, bem assim à regra da irretroatividade legal, especialmente nos casos em que as normas transitórias implicassem a diminuição da proteção antes prevista no Código Florestal. Note-se que toda e qualquer atividade hermenêutica no âmbito do Direito Ambiental deve ter em mente o direito constitucional, das presentes e futuras gerações, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, *“caput”*), bem assim a garantia da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (artigo 225, parágrafo 1º) e os demais os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. Imprescindível igualmente se considerar a *“ratio”* da Lei nº 12.651/12, que buscou facilitar a regularização das áreas de proteção irregularmente ocupadas, o que não pode ser confundido com suposta permissão legal para a manutenção de sua ocupação ou mesmo com a redução dos limites a serem observados a título de proteção.

In casu, a autuação ambiental se deu em 09/06/2004 (fl.30), quando ainda vigia o antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65), cujo artigo 2º, letra b, item 3, combinado com o artigo

3º, inciso I, da Resolução CONAMA 302/2002, previa como área de preservação permanente (APP) as florestas e demais formas de vegetação natural situadas em faixa mínima de cem metros ao redor de reservatórios d'água naturais ou artificiais, e se refere ao entorno da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, que teve sua construção iniciada em 1973 e concluída em 1979, com potência instalada de 1.396 MW. A usina está localizada no Rio Grande, a 80 km da confluência com o Rio Paranaíba, e a transmissão até o anel energético da Grande São Paulo é feita através das subestações de Araraquara, Ribeirão Preto e Santa Bárbara d'Oeste (<http://www.ouroeste.com/hidreletrica-agua-vermelha/>)

Os elementos trazidos pelo Ministério Público Federal, especialmente o auto de infração ambiental e boletim de ocorrência de fls. 28/32, não deixam dúvida quanto à existência das construções em APP.

Igualmente restou constatada no Relatório de Vistoria nº 009/12 do IBAMA, às fls. 41/47:

Foi possível verificar que o autuado reside no local, fazendo uso frequente das dependências do imóvel, porém, sem a introdução de novas alterações, não agravando ou aumentando as modificações ambientais até o momento efetuadas na área. Desta forma, o mesmo vem preservando o "status quo", cumprimento assim o disposto em sentença junto aos autos.

Na ocasião foi realizado um levantamento minucioso de todas as edificações situadas em área de preservação permanente. Estas construções, erigidas em alvenaria, se encontram em estado regular de conservação e perfazem 1.089,00 m², sendo elas:

- a) Calçadas e passarela de acesso ao píer, com 76,55 m², situadas a uma distância de 8,5 metros da c.m.n.o.;
- b) Antigo prédio dos vestiários do clube, c/calçada ao redor, coberto com telhas de fibrocimento, com 159,65 m², situado a uma distância de 46,0 metros da c.m.n.o.;
- c) Calçadas do tipo passarela que totalizam 33,80m², situadas a 64,7 metros da c.m.n.o.;
- d) Antigo prédio do alojamento do clube, c/ calçada ao redor, coberto com telhas de fibrocimento, com 196,00 m², situado a 66,00 metros da c.m.n.o.;
- e) Área calçada da antiga piscina, com 119,80 m², situada a 77,5 metros da c.m.n.o.;
- f) Calçada de acesso ao campo de futebol, com 9,85m², a 67,3 metros da c.m.n.o.;
- g) Caixa de areia com borda de alvenaria, contendo playground, com 91,85 m², situada a 72,4 m da c.m.n.o.;
- h) Canaleta e escada em concreto, com 44,60 m², situadas a 80,0 metros da c.m.n.o.;
- i) Parte do salão de festas /lanchonete, com calçadas ao redor, coberto com telhas de fibrocimento, sendo 330,70 m² em APP, situado a 76,3 metros da c.m.n.o.;
- j) Parte de uma rampa de concreto para veículos, com 26,20 m² em APP, situada a 93,metros da c.m.n.o..

No restante da área do imóvel encontram-se ainda outras pequenas intervenções, tais como postes, pia, fossa, bancos de concreto, assim como extensos gramados e um campo de futebol. A APP do imóvel possui ainda alguns arbustos e árvores nativas de pequeno e médio portes, algumas frutíferas e exóticas, além de plantas utilizadas para ornamentação. Não há criação de animais e nem foi observada a introdução de novas plantas exóticas sobre esta área.

Verificou-se ainda que em toda a APP vistoriada não foram implantados os marcos demarcatórios da faixa de desapropriação do reservatório pela empresa AES Tietê/AS. Questionados sobre o assunto, tanto a esposa como o filho do proprietário do imóvel informaram desconhecer a implantação destes marcos. Notamos que esta faixa encontra-se totalmente desocupada de intervenções, com exceção feita a uma pequena passarela em madeira para acesso ao píer existente no reservatório, encontrando-se em fase de regeneração da vegetação nativa. (fls. 41/42)

À vista de que a autuação ambiental se deu ainda na vigência Antigo Código Florestal, bem assim de inexistir pendência de manifestação do órgão ambiental quanto à definição dos limites de proteção a serem observados no empreendimento Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, não há que se falar na aplicação das disposições transitórias do Novo Código neste particular.

Ainda que se considerasse a aplicação das normas transitórias, do mesmo modo não encontraria o poluidor guarida na manutenção das construções realizadas na APP, porquanto o artigo 61-A autoriza exclusivamente a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, situação diversa da atividade de lazer caracterizados nos autos.

Impõe-se, por fim, determinar o âmbito de aplicação do artigo 59 da Lei nº 12.651/12.

De fato, prevê o dispositivo a implantação de programas de regularização ambiental (PRA) pelo Poder Executivo, que têm como requisito a inscrição do imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural (CAR) e respectiva intimação para assinatura de termo de compromisso. Prevê que no período entre a publicação do Novo Código e a implantação dos programas, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver em cumprimento o termo de compromisso, o possuidor ou proprietário não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008 relativas à supressão irregular de vegetação em APP, de Reserva Legal e de uso restrito. Dispõe, ainda, que, a partir da assinatura do termo em questão, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações e cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo para a regularização ambiental, com a conversão das multas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. Editadas as normas regulamentares, em especial o Decreto nº 8.235 de 05/05/2014, restou prorrogado o prazo para inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), por um ano, a contar de 05 de maio de 2015, nos termos da Portaria nº 100, de 04/05/2015, do Ministério do Meio Ambiente.

A decisão agravada, considerada a mencionada prorrogação e ainda existir a possibilidade de regularização ambiental da área em discussão nos autos, determinou nova suspensão do feito, até 05/05/2016, o que entendo merecer reforma.

O fato de a lei prever a implantação de programa de regularização ambiental no âmbito administrativo não pode constituir óbice à efetivação da proteção constitucional que deve ser destinada ao meio ambiente, especificamente às áreas de preservação permanente, especialmente protegidas, até porque, *in casu*, inexistente, até o momento, o cadastro do poluidor, bem assim o termo de compromisso de regularização. Restou demonstrada a ocupação irregular com supressão de vegetação e não se justifica a manutenção do dano ao meio ambiente em razão da prorrogação do prazo para que possuidores e proprietários manifestem eventual interesse em se cadastrar para promover a futura e incerta - ressalte-se - regularização ambiental administrativamente. A suspensão do processo equivale à manutenção da violação ao bem constitucional difuso até que a administração pública tenha condições de viabilizar programa que, ao final, busca a recuperação do meio ambiente, de modo a frustrar a tutela jurisdicional pleiteada.

Vige o sistema da tríplice responsabilização pelo dano ambiental, que abarca tanto a responsabilidade civil, como a penal e a administrativa decorrente da prática ilícita contra o meio ambiente. Cuida-se, aqui, da tutela civil pública do direito difuso, que tem cabimento independentemente das demais esferas, de modo que nada impede que, viabilizada futura regularização no âmbito administrativo, o provimento jurisdicional final se mostre desnecessário. Não é esta, porém, a situação que se apresenta até o momento, na medida em que a suspensão do processo equivale à ratificação do dano já perpetrado.

A natureza constitucional do meio ambiente, somada à irreversibilidade de eventuais

danos ambientais que possam decorrer da permanência da ocupação e aos documentos acostados, é suficiente para o deferimento do pedido formulado pelo agravante, de retomada do andamento da ação civil pública originária.

Por fim, o bem público sujeita-se a regime próprio, caracterizado pela inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e insuscetibilidade de apropriação, características suficientes para embasar a concessão da liminar pleiteada pelo *Parquet*. Não há que se falar em situação consolidada de ocupação de área de preservação permanente para fins de se evitar desocupação, demolição ou remoção das edificações, pois se encontram, desde a origem, em situação irregular.

A respeito do tema, cumpre destacar o Recurso Especial nº 1.240.122-PR, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, que segue na íntegra:

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

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

2. O requerimento caracteriza, em verdade, pleito de reconsideração da decisão colegiada proferida pela Segunda Turma, o que não é admitido pelo STJ. Nesse sentido: RCDESP no AgRg no Ag 1.285.896/MS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 29.11.2010; AgRg nos EREsp 1.068.838/PR, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Corte Especial, DJe 11.11.2010; PET nos EDcl no AgRg no Ag 658.661/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 17.3.2011; RCDESP no CC 107.155/MT, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, DJe 17.9.2010; RCDESP no Ag 1.242.195/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3.9.2010. Por outro lado, impossível receber pedido de reconsideração como Embargos de Declaração, sob o manto do princípio da fungibilidade recursal, pois não se levanta nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC.

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

4. Ademais, como deixa claro o novo Código Florestal (art. 59), o legislador não anistiou geral e irrestritamente as infrações ou extinguiu a ilicitude de condutas anteriores a 22 de julho de 2008, de modo a implicar perda superveniente de interesse de agir. Ao contrário, a recuperação do meio ambiente degradado nas chamadas áreas rurais consolidadas continua de rigor, agora por meio de procedimento administrativo, no âmbito de Programa de Regularização Ambiental - PRA, após a inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR

(§ 2º) e a assinatura de Termo de Compromisso (TC), valendo este como título extrajudicial (§ 3º). Apenas a partir daí “serão suspensas” as sanções aplicadas ou aplicáveis (§ 5º, grifo acrescentado). Com o cumprimento das obrigações previstas no PRA ou no TC, “as multas” (e só elas) “serão consideradas convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente”.

5. Ora, se os autos de infração e multas lavrados tivessem sido invalidados pelo novo Código ou houvesse sido decretada anistia geral e irrestrita das violações que lhe deram origem, configuraria patente contradição e ofensa à lógica jurídica a mesma lei referir-se a “suspensão” e “conversão” daquilo que não mais existiria: o legislador não suspende, nem converte o nada jurídico. Vale dizer, os autos de infração já constituídos permanecem válidos e blindados como atos jurídicos perfeitos que são - apenas a sua exigibilidade monetária fica suspensa na esfera administrativa, no aguardo do cumprimento integral das obrigações estabelecidas no PRA ou no TC. Tal basta para bem demonstrar que se mantém incólume o interesse de agir nas demandas judiciais em curso, não ocorrendo perda de objeto e extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI).

6. Pedido de reconsideração não conhecido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): O recorrente, Leonildo Isidoro Chiaradia, apresenta petição na qual requer a extinção do processo por causa superveniente em decorrência dos seguintes fatos e fundamentos:

- a) em 25.5.2012 foi sancionado o novo Código Florestal, Lei 12.651/2012;
- b) os arts. 59 e 60 da precitada lei possibilitam a suspensão da exigibilidade das multas ambientais lavradas acerca de fatos vinculados às Áreas de Preservação Permanente que tenham se consolidado anteriormente a 22.6.2008;
- c) o presente caso se harmoniza com a previsão legal de suspensão das multas;
- d) apesar de o requerente ter de aguardar que o Estado promova os atos necessários para fazer jus ao seu direito, carece de interesse de agir o Ibama na presente demanda, pois a multa ambiental em questão está inclusa na suspensão de exigibilidade prevista no art. 59, § 5º, do novo Código Florestal;
- e) conforme o art. 61-A da Lei 12.651/2012, o requerente poderia continuar usando as Áreas de Preservação Permanente consolidadas, até 22.7.2008, como áreas rurais;
- f) diante do novo diploma legal, o requerente já não está praticando ilícito algum;
- g) falta interesse de agir do Ibama, em razão da perda superveniente de objeto (art. 267, VI, do CPC);
- h) se acolhido o pedido de extinção do processo, o requerido (Ibama) deve ser condenado a pagar honorários advocatícios de sucumbência.

Em síntese, argumenta que a nova lei “o isentou da punição que o afligia”, e que “seu ato não representa mais ilícito algum”, estando, pois, “livre das punições impostas”. Numa palavra, afirma que a Lei 12.651/2012 procedera à anistia dos infratores do Código Florestal de 1965, daí sem valor o auto de infração ambiental lavrado contra si e a imposição de multa de R\$ 1.500, por ocupação e exploração irregulares, anteriores a julho de 2008, de Área de Preservação Permanente nas margens do rio Santo Antônio.

O Ministério Público Federal manifestou sua falta de interesse de agir na presente situação processual (fls. 598-599/STJ) e devolveu os autos a esta Segunda Turma para dar impulso ao feito.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): O pleito do recorrente não pode ser acolhido.

1. Descabimento de pedido de reconsideração em decisão colegiada

Embora não nominada, a petição ora em exame caracteriza nítido pedido de reconsideração

contra decisão colegiada da Segunda Turma desta Corte, o que, nos termos da consolidada jurisprudência do STJ, é descabido. Nessa linha:

“PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. - É manifestamente incabível o pedido de reconsideração de decisão proferida por órgão colegiado, sendo inaplicável o princípio da fungibilidade recursal. Pedido não conhecido”. (RCDESP no AgRg no Ag 1285896/MS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe 29/11/2010, grifei).

“PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. RECEBIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO COLEGIADA. - Impossível o recebimento de pedido de reconsideração como agravo regimental contra decisão colegiada, ante a ausência de previsão legal e ao entendimento de que o referido recurso é cabível tão somente contra decisões unipessoais proferidas pelo relator do recurso. - Pedido não conhecido”. (AgRg nos EREsp 1.068.838/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJe 11/11/2010, grifei).

“CIVIL E PROCESSUAL. PETIÇÃO DE RECONSIDERAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS COM EFEITO INFRINGENTE. PEDIDO INCABÍVEL. ACÓRDÃO TURMÁRIO. PETIÇÃO NÃO CONHECIDA. I - Não cabe pedido de reconsideração contra acórdão turmário. II - Pedido não conhecido”. (PET nos EDcl no AgRg no Ag 658.661/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe 17/3/2011, grifei).

“PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DECISÃO COLEGIADA. ERRO GROSSEIRO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROTOCOLIZAÇÃO SERÔDIA. I. O pedido de reconsideração não possui previsão legal, mormente quando dirigido contra acórdão, procedimento que configura erro grosseiro e que inviabiliza, por aplicação do princípio da fungibilidade recursal, o recebimento como embargos de declaração.

II. Ainda assim, não restaria satisfeito o requisito da tempestividade, pois a petição não obedeceu ao prazo fixado no art. 536 do CPC.

III. Pedido de reconsideração não conhecido”.

(RCDESP no CC 107.155/MT, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 17/9/2010).

“PROCESSUAL CIVIL - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - DECISÃO COLEGIADA - NÃO CABIMENTO - ERRO GROSSEIRO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - INTEMPESTIVIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica ao reconhecer o não cabimento de pedido de reconsideração de decisão colegiada. Precedentes.

2. Existência de erro grosseiro, o que inviabiliza a aplicação do Princípio da Fungibilidade e, conseqüentemente, seu recebimento como embargos de declaração.

3. Ademais, não seria possível conhecer da irresignação como embargos de declaração, por sua manifesta intempestividade. O pedido de reconsideração foi apresentado via fax sem, contudo, apresentar os originais no prazo de cinco dias, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.800/99.

Pedido de reconsideração não conhecido”.

(RCDESP no Ag 1.242.195/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 3/9/2010).

2. Violação ao art. 535 do CPC

Ainda que se receba a petição inominada, sob o manto do princípio da fungibilidade recursal, como Embargos de Declaração, não é levantada nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC. Assim, inviável conhecer dos aclaratórios.

3. Não configuração de perda de objeto. Impossibilidade de extinção do processo sem resolução de mérito quanto a infrações florestais administrativas, anteriores a 22.7.2008

Como se viu acima, o recorrente defende que a nova lei “o isentou da punição que o afligia”, e que “seu ato não representa mais ilícito algum”, estando, pois, “livre das punições impostas”. Noutras palavras, assevera que a Lei 12.651/2012 procedera à anistia universal e incondicionada dos infratores do Código Florestal de 1965. Daí sem valor e destituído de base jurídica o auto de infração ambiental lavrado contra si e a imposição de multa de R\$ 1.500, ambos decorrentes de ocupação e exploração irregulares, anteriores a julho de 2008, de Área de Preservação Permanente nas margens do rio Santo Antônio.

Ao contrário do alegado, no novo Código Florestal (art. 59) não se encontra a anistia universal e incondicionada pretendida pelo proprietário rural, de maneira a extinguir ou apagar os efeitos dos atos ilícitos praticados anteriormente a 22 de julho de 2008 e a implicar, consequentemente, automática perda superveniente de interesse de agir.

Ao contrário, o art. 59 mostra-se claríssimo no sentido de que a recuperação do meio ambiente degradado nas chamadas áreas rurais consolidadas continua de rigor. Para tanto, ordena que essa prescrição se realize por meio de procedimento administrativo no âmbito de Programa de Regularização Ambiental - PRA, após a inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR (§ 2º) e a assinatura de Termo de Compromisso (TC), valendo este como título extrajudicial (§ 3º). Apenas a partir daí “serão suspensas” as sanções aplicadas ou aplicáveis (§ 5º, grifo acrescentado). Por ocasião do cumprimento integral das obrigações previstas no PRA ou no TC, “as multas” (e só elas), resultado da repristinação ecológica da área e das medidas de mitigação e compensação exigidas, “serão consideradas convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente”.

Ora, se os autos de infração e multas tivessem sido invalidados pelo novo Código ou houvesse sido decretada anistia ampla e irrestrita das violações que lhe deram origem, evidenciaria contradição e ofensa à lógica jurídica a mesma lei referir-se a “suspensão” e “conversão” daquilo que não mais existiria: o legislador não suspende ou converte o nada jurídico, o que antes era e depois (com a nova lei) deixou de ser. Vale dizer, a regra geral é que os autos de infração lavrados continuam plenamente válidos, intangíveis e blindados, como ato jurídico perfeito que são - apenas sua exigibilidade monetária fica suspensa na esfera administrativa, no aguardo do cumprimento integral das obrigações estabelecidas no PRA ou no TC. Tal basta para bem demonstrar que se mantém incólume o interesse de agir nas demandas judiciais em curso, não ocorrendo perda de objeto e extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI).

Note-se que, conforme a Lei 12.651/2012, a regularização ambiental (“ambiental”, e não simplesmente “florestal”, o que implica o diálogo das fontes entre o novo Código, a Constituição Federal, a Constituição Estadual, e as demais leis que regem a proteção do meio ambiente) deve ocorrer na esfera administrativa, denotando inconveniência, para não dizer despropósito, pretender que o Poder Judiciário substitua a autoridade ambiental e passe a verificar, em cada processo, e a acompanhar por anos a fio (no lapso temporal do cumprimento das medidas de repristinação ecológica, mitigação e compensação) a plena recuperação dos ecossistemas degradados e o cumprimento das obrigações instituídas no PRA. Aí estão providências intrincadas que devem ser técnica e previamente avaliadas e avalizadas, e depois fiscalizadas, pelo órgão ambiental, e não pelo juiz de demanda em curso. Saliente-se, em acréscimo, que no presente caso inexistente comprovação de adesão a tais programas, condição *sine qua non* para o requerente obter eventuais benefícios previstos na lei, muito embora, como já frisado, isso não seja capaz de mudar o julgamento dos autos.

Por derradeiro, o ponto agora trazido pela parte em sua petição (perda de objeto e invalidade do auto de infração e da multa ambiental) não foi o único, nem o principal, da presente demanda, que também foca em alegada desapropriação indireta perpetrada pelo Código Florestal de 1965, quando preceituou o reflorestamento das áreas degradadas - intervenção estatal que, segundo o Recurso Especial, daria ao proprietário direito à indenização, com base no art. 18 da lei revogada.

4. Precedente do STJ: no âmbito das relações urbanístico-ambientais, o direito material aplicável é o então vigente à época dos fatos

O tema do conflito intertemporal de normas urbanístico-ambiental, quando a questão jurídica se encontra judicializada, já foi apreciado em acórdão proferido por esta Turma - que cuida precisamente de enfraquecimento (ou, de maneira menos prosaica, “flexibilização”) de Área de Preservação Permanente ciliar por legislação posterior, conforme transcrevo (grifei):

“PROCESSUAL CIVIL - DOIS RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS PELA MESMA PARTE - O PRIMEIRO EXTEMPORÂNEO, POR FALTA DE REITERAÇÃO - PRECEDENTES.

Interpostos dois recursos especiais, um antes e outro após embargos declaratórios, o segundo recurso especial deve expressamente reiterar os termos do primeiro recurso, sob pena deste ser considerado extemporâneo. Precedente da Corte Especial.

Recurso especial de fls.2.155-2.178 não-conhecido”.

“PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL - APLICAÇÃO DE NORMA SUPERVENIENTE EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ‘ERROR IN JUDICANDO’ - IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO - PRECEDENTES.

1. Somente é cabível embargos de declaração com efeitos infringentes quando existir omissão, contradição ou obscuridade no julgado;

Inviável sua aplicação para alterar o próprio entendimento exarado no julgado.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem aplicou, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, direito superveniente (Lei Federal nº 6.766/79, com a nova redação dada pela Lei Federal nº 10.932, de 4.8.2004), alterando o fundamento jurídico da decisão.

3. Alteração do julgado em sede de embargos de declaração em razão de ‘error in judicando’. Impossibilidade. Precedentes.

4. O direito material aplicável à espécie é o então vigente à época dos fatos. *In casu*, Lei nº 6.766/79, art. 4º, III, que determinava, em sua redação original, a ‘faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado’ do arroio.

Recurso especial de fls. 2.179-2.191 provido”.

(REsp 980.709/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 2/12/2008, grifei).

Mais esclarecedora se torna a posição do STJ quando se adentra o voto condutor do Relator, o eminente Ministro Humberto Martins, cujos trechos reproduzo (grifos meus):

A questão aqui posta está em saber se é possível utilizar de norma superveniente de cunho material nos processos em andamento e, em especial, em sede de embargos de declaração.

DA INAPLICABILIDADE DE DIREITO AMBIENTAL SUPERVENIENTE

O principal fundamento levantado pela recorrida, que convenceu o Tribunal de origem, refere-se à aplicação de norma revogada quando do julgamento dos embargos infringentes. Com efeito, na data de 5.8.2005 - ocasião em que foi julgado os infringentes - a Lei nº 6.766/79 já estava com nova redação, determinando a obediência de recuo de apenas cinco metros em cada lado da “dúvia”.

Transcrevo trecho do acórdão proferido nos embargos infringentes, que aplicou a norma com a antiga redação:

“In casu, havendo norma expressa (art. 4º, III, da Lei nº 6.766/79) determinando a observância de faixa non aedificandi de, no mínimo, 15 metros entre os lotes e os equipamentos urbanos, descabe ao Município estabelecer exigência menor, em contrariedade à lei geral federal (arts. 24, § 1º, e 30, II e VIII, da CF/88 e 135, §§ 3º e 4º, da LCM nº 434/99).”

Sustenta o Ministério Público Estadual que a norma a ser observada é aquela vigente à época da propositura da ação civil pública, enquanto que o acórdão recorrido determina a aplicação da norma vigente no julgamento da causa. Este é o cerne da controvérsia.

Entendo que o direito é regulado pela lei que vigia à época de seu exercício. No presente caso, o pedido administrativo foi elaborado quando estava em vigor a Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei nº 6.766/79, III), com a redação expressa de que:

“III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória reserva de uma faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores da legislação específica.”

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de origem levou em consideração, no julgamento dos embargos infringentes, a lei em vigor no momento em que foi requerida a autorização para construção. (fls. 2.086-2.087)

(...)

Inviável a aplicação de norma superveniente com a finalidade de validar ato praticado sob a égide da legislação anterior que, expressamente, contrariou a lei então vigente.

A propósito, enfatizo o voto vencido do Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, que bem esclarece a respeito do direito intertemporal: (fls. 2.138)

“Isso porque o direito de construir é regulado pela lei vigente à época de seu exercício, com o desencadeamento do processo de licença, sendo corolário lógico que a autorização administrativa daí advinda deve respeitar a lei e demais normas técnicas então vigentes, tudo nos termos do princípio do tempus regit actum. E a regra então vigente, no particular, era, por óbvio, o art. 4º, III, da Lei nº 6.766/79.

Nesse passo, a toda evidência, não se pode pretender aplicar a lei superveniente ao efeito de validar ato administrativo de concessão de licença construtiva eivado de irregularidade e de ilegalidade, praticado sob a égide de lei anterior que tal ato expressamente contrariou.”

Portanto, a matéria deve ser tratada nos termos como proposta desde o início do processo, com fundamento na legislação então vigente, e não de acordo com a alteração superveniente. O parecer do Ministério Público Federal foi lavrado exatamente nesse sentido, ao entender que “não se pode permitir que se aplique norma superveniente com a finalidade de validar ato praticado sob as regras de legislação anterior”. (fls. 2.327)

Existindo alteração legislativa superveniente à propositura da ação, que dê novos contornos à matéria ambiental, deverá o interessado - se entender conveniente - requerer perante o órgão administrativo responsável, agora sob novo fundamento, a autorização para construir, sob pena de se inverter os papéis do administrador e do julgador, pois compete àquele a análise administrativa do pedido.

(...)

Portanto, não se pode permitir que seja aplicada norma superveniente com a finalidade de validar ato praticado sob as regras de legislação anterior que, expressamente, contrariou a lei então vigente.

5. Além do ato jurídico perfeito: direitos ambientais adquiridos e o novo Código Florestal
Como se viu acima, na hipótese dos autos o que se encontra é a) uma sanção administrativa cujo fundamento fático, no essencial, permanece válido, visto que inexistente a pretendida anistia universal e irrestrita; b) um ato jurídico-ambiental perfeito (= auto de infração ambiental, típico ato administrativo), que, nessa qualidade e status, vê-se blindado contra a retroatividade de lei posterior, tal quais os Termos de Ajustamento de Conduta e as averbações de Reserva Legal celebrados sob o império do Código Florestal de 1965.

Além desses dois pontos, certamente auxiliará na compreensão mais ampla do problema da intertemporalidade jurídico-florestal lembrar, em obiter dictum, que - mais do que, em cada caso concreto de desmatamento e ocupação irregular de área antecedente a 22 de julho de 2008, simples incidência sucessiva de dois microssistemas jurídicos de proteção da flora, um (o Código Florestal de 1965) revogado por outro que lhe é posterior (o Código Florestal de 2012) - na verdade trata-se de aplicação complexa e simultânea, em genuíno e já referido diálogo das fontes, da ordem jurídica ambiental. Macrodiálogo (entre o Código Florestal e a Constituição), mesodiálogo (entre o Código Florestal e a legislação ambiental geral, como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e microdiálogo (entre o Código Florestal e as leis de tutela de outros elementos do meio ambiente, a legislação setorial, como a Lei de Proteção da Fauna, de Recursos Hídricos, etc.).

A ordem jurídica florestal, no cotejo com a ordem jurídica ambiental, é tão só uma entre várias que no corpo desta se alojam, prisioneira aquela de inescapável vocação de unidade e coexistência harmônica com os microssistemas-irmãos elementares e temáticos (faunístico, hídrico, climático, de Unidades de Conservação, da Mata Atlântica), tudo em posição de subserviência aos domínios da norma constitucional e da nave-mãe legislativa ambiental - a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente -, que a eles todos se sobrepõem e contra eles todos prevalecem. Dispensável, nesse diapasão, advertir que a possibilidade de conflito somente se coloca entre duas normas que se encontrem, hierarquicamente, em pé de igualdade.

De toda maneira, não se deve esperar solução hermenêutica mágica que esclareça, de antemão e globalmente, todos os casos de conflito intertemporal entre o atual e anterior Código Florestal. No entanto, na ausência de fórmula pronta e acabada, quase automática, podem aqui ser externadas algumas regras técnicas, aliás válidas para outros campos do direito material informado pela ordem pública.

O esquema é bem simples: o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da “incumbência” do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I). No mais, não ocorre impedimento à retroação e alcançamento de fatos pretéritos.

Dispõe o art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: a nova lei “terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (ou, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, com redação assemelhada: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

A regra geral, pois, é a irretroatividade da lei nova (*lex non habet oculos retro*); a retroatividade plasma exceção, blindados, no Direito brasileiro, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Mesmo fora desses três domínios de intocabilidade, a retroatividade será sempre exceção, daí requerendo-se manifestação expressa do legislador, que deve, ademais, fundar-se em extraordinárias razões de ordem pública, nunca para atender interesses patrimoniais egoísticos dos particulares em prejuízo da coletividade e das gerações futuras.

Precisamente por conta dessa excepcionalidade, interpreta-se estrita ou restritivamente; na dúvida, a opção do juiz deve ser pela irretroatividade, mormente quando a ordem pública e o interesse da sociedade se acham mais bem resguardados pelo regime jurídico pretérito, em oposição ao interesse econômico do indivíduo privado mais bem assegurado ou ampliado pela legislação posterior. Eis a razão para a presunção relativa em favor da irretroatividade, o que conduz a não se acolherem efeitos retro-operantes tácitos, embora dispensadas fórmulas sacramentais.

Indubitável que ao legislador compete modificar e revogar suas próprias leis. Ao fazê-lo, porém, seja para substituí-las por outra seja para simplesmente no seu lugar deixar o vazio, a Constituição e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro vedam-lhe atingir direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada constituídos sob o império do regime jurídico anterior. Em suma, a lei pode, sim, retroagir, desde que não dilapide o patrimônio material, moral ou ecológico, constitucional ou legalmente garantido, dos sujeitos, individuais ou coletivos: essa a fronteira da retroatividade.

Consequentemente, mesmo que na hipótese sob apreciação judicial seja admissível, em tese, a retroação (isto é, ausente qualquer antagonismo com o ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada), incumbe ao juiz examinar a) o inequívoco intuito de excluir (*animus excludendi*), total ou parcialmente, o regime jurídico anterior quanto a fatos praticados ou sucedidos na sua vigência, e, até mais fundamental, b) o justo motivo para a exclusão - justa causa *exclusionis* -, que, no Direito Ambiental, deve estar totalmente conforme à garantia constitucional da manutenção dos processos ecológicos essenciais, acima referida.

Por certo, todo esse debate sobre a intertemporalidade jurídico-florestal não escapará, em boa parte das demandas, de ir além do ato jurídico perfeito. A questão maior, sem dúvida, será sobre o reconhecimento de direitos ambientais adquiridos, a última fronteira da dogmática jurídica brasileira, no âmbito da credibilidade e da efetividade da transformação normativa por que passou a Teoria Geral dos sujeitos (gerações futuras) e dos bens (autonomização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado) a partir de 1981 (com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e 1985 (com a Lei da Ação Civil Pública), chegando ao ápice de 1988 (com a Constituição cidadã).

Nessa matéria, incumbe ao juiz não perder de vista que a Constituição, em seu art. 225, *caput*, de maneira expressa, reconheceu as gerações futuras como cotitulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em paralelo, a legislação de disciplina da ação civil pública (especificamente o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor) agasalha a quádrupla categorização dos direitos subjetivos em individuais, individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* e difusos.

Evidente, portanto, que o ordenamento brasileiro outorgou às gerações futuras (e à própria coletividade atual) a possibilidade, nessa sua condição de titular de direito subjetivo transindividual, de se beneficiar da proteção constitucional, na integralidade, conferida aos direitos adquiridos; a ser diferente, teríamos no art. 225, *caput*, um “direito meia-boca”, com nome e sobrenome de “direito”, mas sem os dotes e eficácia temporal que a todos os direitos, patrimoniais ou não, tradicionalmente se atrelam e deles decorrem.

Por essa ótica, tanto ao indivíduo (visão individualístico-intrageracional), como à coletividade presente e futura (visão coletivo-intrageracional e coletivo-intergeracional) se garantem contra a retroatividade da lei posterior os direitos adquiridos sob o regime antecedente que se incorporarem ao seu patrimônio. Um e outro são sujeitos; um e outro contam com patrimônio constitucional e legalmente inabalável, que, além de material e moral no enfoque clássico, é também ecológico. Em suma, podemos e devemos considerar a existência de direitos ambientais adquiridos, que emergem a partir e sob o império de uma ordem jurídica pretérita revogada ou substituída por outra, na linha de clássicos direitos adquiridos ao estado, ao regime de bens no casamento, à posse e domínio, à aposentadoria, à posição contratual, etc. Cite-se, em reforço do raciocínio, que a Lei 12.651/2012 manteve, no essencial, a estrutura do Código Florestal de 1965, prevendo, entre seus vários instrumentos, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal, bem como a natureza *propter rem* das obrigações ambientais de conservação e recuperação do meio ambiente. O ato de desmatar ilicitamente não é menos repreensível hoje do que ontem. Nem as respostas legais aos desmatadores mostram-se menos firmes agora do que antes. Ao certo, o novo Código não afastou, tampouco revolucionou os preceitos primários (*essentialia*) da Lei 4.771/65, mas ateu-se ao acessório (*accidentalialia*) da relação jurídico-florestal, precisamente o argumento que leva à manutenção da jurisprudência consolidada sob a égide do regramento revogado. Se não bastasse, como toda legislação ambiental, do intérprete se reclama diligência hermenêutica que não negue, nem enfraqueça, apenas afirme o inafastável fundamento de toda a legislação ambiental, isto é, a já aludida preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).

6. Inaplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu

Importa, finalmente, alertar que se deve ter cautela na pura e simples transposição para o âmbito florestal administrativo e civil da previsão constitucional de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, inciso XL, grifei). Mesmo que se entenda, de maneira extensiva, que tal dispositivo aplica-se a toda e qualquer norma de imposição sancionatória (postulados extrapenais, isto é, os administrativos e civis), evidente que não se podem colocar sanções tributárias, de trânsito, de pesos e medidas, etc., em pé de igualdade com as de natureza ambiental.

Primeiro, porque, na esfera ambiental, a relação jurídica básica não é apenas entre Estado e particular, mas entre as gerações futuras e o utilizador de recursos naturais. Aqui, o Estado nada mais é que mero administrador de peculiar e transcendental modalidade de bem de

uso comum do povo - valor fundamental da sociedade contemporânea - a quem se atribui o *officium* de cumprir obrigação fiduciária intergeracional, baseada na confiança e nos deveres de lealdade e exercício razoável e proporcional do poder de gestão legislativa, executiva e judiciária. É a concepção do Estado Fiduciário Ambiental, sob o manto do qual, tomando de empréstimo o pensamento de Evan Fox-Decent (Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 35 e 233), jamais se legitimará atuação estatal lastreada, aberta ou disfarçadamente, em discriminações arbitrárias, violadoras da dignidade e da igualdade entre os sujeitos-beneficiários, presentes e futuros, daí decorrendo, por outro ângulo, limites ao próprio conteúdo substantivo de legislação que, a ser diferente, seria válida. Segundo, porque, exatamente pela complexidade e variabilidade dos sujeitos envolvidos (= polimorfismo subjetivo), a *lex mitior* (mais favorável) na perspectiva do degradador ambiental é *lex gravior* (mais prejudicial) quanto à posição jurídica das gerações pósteras: a benignidade para o infrator que dilapida os recursos naturais é a malignidade em detrimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o benefício para uns será prejuízo para milhões, de hoje e do amanhã.

Terceiro, porque as sanções administrativas ambientais guardam, normalmente, uma forte vinculação com danos materiais produzidos, que deixam cicatrizes visíveis no bem jurídico tutelado, algo muito diferente daquele que, p. ex., avança um sinal vermelho de trânsito, altera pesos e medidas ou viola as formalidades do microsistema tributário, acima indicamos. Por último, especificamente quanto a este, o Código Tributário, de maneira explícita, prevê que "A lei aplica-se a ato ou fato pretérito" desde que, "tratando-se de ato não definitivamente julgado", comine-se "penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática" (art. 106, II, "c"). Ora, admitindo-se que tal previsão fosse constitucional se adotada, sem meias palavras, no Código Florestal de 2012, a verdade é que não se encontra nada parecido na nova lei.

7. Síntese

Em conclusão, mormente nos processos judiciais em curso, a regra geral será a incidência da legislação florestal, de direito material, vigente à época dos fatos. Incidirá sobre a matéria, por conseguinte, o princípio do *tempus regit actum*, que governará os atos administrativo-ambientais perfeitos, confinada a aplicação do novo regime jurídico, ordinariamente e no atacado, ao futuro, para a frente; tanto mais se o *ius superveniens*, ao favorecer o interesse individual do particular, acabar por enfraquecer o regime jurídico de tutela do interesse público, dos bens coletivos e das gerações vindouras, conforme o precedente da lavra do eminente Ministro Humberto Martins, acima transcrito.

Por tudo isso, não conheço do pedido de fls. 586-596/STJ.

É como voto.

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

Destaque-se, ainda, julgado desta corte no sentido da necessidade de proteção imediata da área de preservação permanente de entorno de reservatório ocupada irregularmente, a fim de evitar danos graves e até mesmo irreversíveis para o meio ambiente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. CONVERSÃO DO AGRAVO EM RETIDO QUE NÃO SE JUSTIFICA. RESERVATÓRIO DA UHE ÁGUA VERMELHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FAIXA DE SEGURANÇA DO RESERVATÓRIO. APOSIÇÃO DE MARCOS. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA AES TIETÊ S/A. DESOCUPAÇÃO DA ÁREA E RETIRADA DE BENFEITORIAS PELOS PROPRIETÁRIOS OU POR AQUELES QUE DETÊM A POSSE. PLANO DE RECUPERAÇÃO VEGETAL. APRESENTAÇÃO PELA AES TIETÊ E DELIBERAÇÃO PELO IBAMA. FIXAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ÀS PARTES. CUMPRIMENTO EM PRAZO RAZOÁVEL. COMPROVAÇÃO

NOS AUTOS ORIGINÁRIOS. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO.

1. No caso, mostra-se presente a possibilidade de lesão ou dano de difícil reparação ao meio ambiente, a se considerar a demora inerente ao trâmite processual do feito originário até o trânsito em julgado, situação capaz de comprometer a eficácia da proteção ambiental buscada. Preliminar rejeitada quanto à conversão do agravo em retido.
2. A Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) descreveu objetivamente as Áreas de Preservação Permanente, estabelecendo em seu art. 2º a proteção especial dessas áreas cuja criação decorre da própria lei. Nessa linha, concebeu como de preservação permanente a área situada ao redor dos reservatórios hídricos artificiais (alínea b). Por sua vez, a Resolução nº 302/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), dispôs sobre os parâmetros, definições e limites das Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno (arts. 2º e 3º, I).
3. Trata-se de imóvel situado no Loteamento Córrego do Macaco, no Município de Cardoso/SP, às margens do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha. Insta consignar que, independentemente de o imóvel em tela situar-se em zona urbana consolidada ou zona rural, é indubitável que, ao menos, parte dele insere-se em Área de Preservação Permanente, inclusive abrangendo a faixa de segurança no entorno do Reservatório da UHE Água Vermelha.
4. É de se lembrar que as Áreas de Preservação Permanente consistem em espaços territoriais especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja cobertura vegetal deve ser necessariamente mantida, para garantir a proteção do solo, dos recursos hídricos, a estabilidade do relevo, de forma a evitar o assoreamento e assegurar a proteção das espécies animais e vegetais.
5. Na hipótese sub judice, o fato de os proprietários terem adquirido a propriedade há vários anos e dela fazerem uso para fins de lazer, de forma eventual, ou mesmo ter ocorrido a autuação pelo órgão fiscalizador somente em 2.005, são circunstâncias que não excluem o ilícito decorrente do uso e ocupação irregular do entorno do reservatório nem afastam o risco de lesão ou dano ao meio ambiente.
6. É imperioso reconhecer a necessidade de proteção imediata ao espaço ambiental, na medida que o uso e a ocupação irregular do entorno e adjacências ao reservatório, anos a fio, acarretam, em regra, efeitos devastadores e irreversíveis ao meio ambiente. Diante da existência de inúmeros aspectos controvertidos, que abrangem não só questões de fato, mas também matéria de direito, a serem consideradas no decorrer da instrução processual, a questão atinente à exata dimensão da Área de Preservação Permanente que circunda o reservatório da UHE Água Vermelha há de ser dirimida quando do julgamento da ação principal, quando então serão fixados os limites definitivos da referida área no imóvel dos proprietários agravados.
7. De qualquer forma, considerando as peculiaridades que envolvem o caso concreto, bem como a necessidade de garantir a efetividade à proteção do meio ambiente, por ora e desde logo, deve ser delimitada, desocupada e recuperada a área correspondente à faixa de segurança do reservatório da UHE Água Vermelha, no que concerne ao imóvel indicado nos presentes autos, situada entre a cota máxima normal de operação do reservatório e a cota de desapropriação (área limite do reservatório), de responsabilidade da concessionária AES Tietê, conforme concessão de uso de bem público para a geração de energia elétrica outorgada pela União Federal, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).
8. Fixação de obrigações às partes para cumprimento em prazo razoável, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais). Comprovação das providências decorrentes das obrigações estipuladas nos autos originários.
9. Preliminar arguida em contraminuta rejeitada. Agravo de instrumento parcialmente provido. (AI 01019387220074030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2010 PÁGINA: 603 ..FONTE_PUBLICACAO:.)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento da ação civil pública originária.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO VENCIDO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

A controvérsia debatida neste recurso cinge-se à determinação de suspensão do andamento da ação civil pública, à vista do que consta do Decreto nº 8.235 do Ministério do Meio Ambiente, publicado em 05.05.2014 e da possibilidade de regularização ambiental da área objeto da lide.

O agravante defende que a permanência humana em área de preservação permanente por si só já represente sério gravame ao meio ambiente, porque, além de impedir a regeneração da mata ciliar, produz resíduos que poluem o solo e a água, contribuindo para o processo diário de erosão e afugentando a fauna local. Demais disso, pondera que tal ação prejudica a cadeia alimentar aquática e terrestre e diminui os recursos hídricos existentes.

No julgamento realizado em 24.05.2017 ousei divergir do e. Relator ANDRÉ NABARRETE e da Des. Federal MÔNICA NOBRE, restando vencida.

Entendo que a decisão agravada está correta, pois o interesse do legislador é educar a população para a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente, visando a recomposição do *status que ante*.

Nem se alegue que com tal decisão se está mantendo o dano ambiental. Se há efetivamente possibilidade de recuperação, não há porque se impor ao causador do indigitado dano sanções maiores do que as legalmente necessárias.

Demais disso, assevero que a decisão judicial deve sempre pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, mantendo a r. decisão judicial.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0007828-46.2009.4.03.6100
(2009.61.00.007828-5)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1771153
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UNIVERSIDADE. CUMPRIMENTO ARTIGO 52 DA LEI 9394/96. UM TERÇO PROFESSORES COM DEDICAÇÃO EM TEMPO INTEGRAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CDC. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL AFASTADA EM RELAÇÃO À UNIBAN. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA E, PORTANTO, DE INTERESSE PROCESSUAL EM RELAÇÃO À UNIÃO.

1 - Trata-se de ação civil pública, através da qual o Ministério Público Federal pretende seja a UNIBAN compelida a cumprir o determinado no inciso III do artigo 52 da Lei 9394/96, que determina que as universidades deverão ter em seu quadro docente, no mínimo, um terço dos professores com dedicação em tempo integral, bem como seja condenada ao pagamento de dano moral coletivo, sob a alegação de má prestação do serviço de ensino. Em relação à União, que seja a mesma condenada à obrigação de fazer, ou seja, de fiscalizar a aplicação da lei em relação às instituições de ensino requerida.

2 - O descumprimento aos preceitos legais encontram-se demonstrados nas provas apresentadas nos autos, especialmente pela existência de Procedimento de Supervisão do Ministério da Educação instaurado em face da apelada IES, em razão de seu quadro de corpo docente não atender o requisitos do artigo 52, III da Lei nº 9.394/96, reconfirmada pela Nota Técnica nº 274/2009 da Coordenação Geral de Legislação e Normas de Educação anexada às fls. 236/240 e datada em 12 de maio de 2009.

3 - Ao contrário do exposto na sentença, que expressamente consignou a ausência de pretensão resistida, demonstrou-se a necessidade de melhor avaliar os dados apresentados pela apelada, tanto que a própria União abriu novo procedimento de supervisão extraordinária, de forma que não ocorreu a alegada falta de interesse de agir, uma vez que a lide é necessária e útil ao fim manejado pela parte autora.

4 - Afastada a preliminar de falta de interesse de agir em relação à UNIBAM para condenar a UNIBAN na obrigação de fazer consistente em cumprir o quanto determinado pelo artigo 53, III da Lei nº 9.394/1996, ou seja, manter um terço do corpo docente em regime de dedicação integral, com multa cominatória de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, enquanto perdurar o descumprimento da norma, a ser revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994.

5 - O artigo 1º e 3º da Lei nº 7.347/85 consagra a responsabilidade por dano moral e patrimonial, possibilitando o ressarcimento de dano causado a qualquer interesse

difuso ou coletivo, incluindo-se o consumidor.

Salienta-se que os serviços educacionais, por constituírem prestação de serviços mediante remuneração ensejam a aplicação das normas de proteção estabelecidas na Lei nº 8.078/90, nos termos do seu art. 3º do Código de Defesa do Consumidor - CDC, o qual, ao dispor sobre os direitos básicos do consumidor, admite expressamente o dano moral coletivo em seu artigo 6º incisos VI e VII.

6 - O nexo causal decorrente dessa conduta que gerou o dano moral suportado pelos de forma homogênea por todos os alunos/consumidores ao verem frustradas as suas intenções em obter uma formação acadêmica adequada aos termos da lei e que lhe oportunize concorrer, ao final, no mercado de trabalho.

7 - Os danos ainda foram suportados, não só em relação aos alunos, mas difusamente pela sociedade, atingindo a moral coletiva, visto que ser notório que a sociedade como um todo se vê frustrada pelo oferecimento de um serviço, no mínimo, abaixo dos padrões de qualidade, sendo desnecessária a prova do dano social.

8 - Ponderando as circunstâncias em que os fatos se deram e as peculiaridades do caso, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como do caráter preventivo e do fator de desestímulo que se reveste a indenização, fixo o valor do dano moral em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), devendo o valor ser revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

9 - Negado provimento ao reexame necessário, tido por ocorrido. Apelação com parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de junho de 2017.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de reexame necessário, por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, e recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal em face de sentença que, em sede ação civil pública, julgou improcedente o feito sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC/1973, por carência de ação por falta de interesse de agir em relação às duas requeridas e julgou improcedente o pedido de condenação em pagamento de indenização por danos morais coletivos, efetuado em face da UNIBAN. Não foram fixados honorários advocatícios.

Expõe o autor na inicial que foi instaurado no âmbito da Procuradoria da República o Procedimento Administrativo nº 134.001.003697/2008-92 a fim de apurar fatos narrados em matéria veiculado pelo Jornal Folha de São Paulo, cujo teor se referia a falta de cumprimento do artigo 52, III da Lei 9.394/96 por diversas IES, entre elas a requerida, razão pela qual foi

expedida à UNIBAN a Recomendação MPF/PRSP nº 02/2009, determinando a adaptação de seu corpo docente, requerendo fosse encaminhada a relação dos docentes contratados e regime de dedicação laboral, a qual não foi respondida.

Diz que a União é responsável pela fiscalização das instituições de ensino superior por ela autorizadas a funcionar, mas encontra-se omissa quanto ao seu dever constitucional de fiscalizar (artigo 209, I da CF/88), mostrando-se inerte no que concerne à fiscalização do cumprimento do artigo 52, inciso III da Lei 9.394/96, uma vez que a instituição ré manteve-se operante com o percentual de docentes em regime integral inferior ao mínimo legal.

Discorre sobre artigo 52, inciso III da Lei 9.394/96, asseverando que o percentual de um terço do corpo docente, que deve ser mantido em regime de dedicação integral, tem a finalidade de garantir o comprometimento aos programas desenvolvidos por ela, não só a atividade de docente, mas também aos projetos de pesquisa e extensão e planejamento didático, de forma que a conduta da requerida Universidade deve ser enquadrada.

Adita que o dano moral encontra-se caracterizado ante o prejuízo suportado pela coletividade ao ver frustradas a sua intenção de contar com uma formação acadêmica adequada às normas legais vigentes e que oportunize aos estudantes uma chance no disputado mercado de trabalho, de forma que o dano atinge a coletividade, na medida em que a sociedade como um todo se priva do oferecimento de um serviço nos moldes autorizados pelo Poder Público.

Requeru a antecipação dos efeitos da tutela para que seja determinado à Instituição de Ensino requerida cumpra o determinado no inciso III do artigo 52 da Lei 9394/96, sob pena de fixação de multa diária em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Como pedido principal requereu a confirmação da liminar, com a condenação da Academia Paulista Anchieta S/C Ltda., mantenedora da Instituição de ensino Superior denominada Universidade Bandeirante de São Paulo - UNIBAN e da União, a fim que a primeira seja compelida a cumprir o determinado no inciso III do artigo 52 da Lei 9394/96, que determina que as universidades devam ter em seu quadro docente, no mínimo, um terço dos professores com dedicação em tempo integral, bem como a condenação ao pagamento de dano moral coletivo no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sob a alegação de má prestação do serviço de ensino.

Quanto à requerida União, que seja condenada à obrigação de fazer consistente em fiscalizar a aplicação da lei em relação às instituições de ensino.

Deu à causa o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e anexou os documentos de fls. 22/70.

Às fls. 71 consta decisão entendendo ser necessária a oitiva das rés antes do pedido de apreciação de liminar, oportunidade na qual também foi determinada a publicação do edital para ciência de eventuais interessados, sendo determinado a citação das requeridas.

O Instituto Barão de Mauá apresentou petição às fls. 75/86, protestando por integrar a lide no polo ativo, sendo o pedido indeferido à fls. 273, por inexistência de interesse de agir.

A UNIBAN apresentou contestação às fls. 149/160, instruída com os documentos de fls. 161/218, arguindo, preliminarmente, carência de ação por ausência de interesse de agir, uma vez que em fevereiro de 2009 apresentou ao Ministério da Educação, a relação dos integrantes de seu corpo docente, sendo que 36,9% de seus integrantes cumprem tempo integral, tendo sido, portanto, corrigida a situação apresentada na inicial, protocolizada posteriormente a essa informação (março de 2009).

No mérito, discorre que não deixou de responder ao chamado ministerial, participando

inclusive de audiências pessoais. Impugnou o cabimento de condenação em reparação de dano moral coletivo, bem como o valor pleiteado. Requereu que a demanda fosse julgada extinta sem julgamento de mérito ou improcedente o pedido do autor.

A União contestou o feito às fls. 219/234 arguido, em preliminar, ausência de interesse de agir, haja vista que o pedido referente a ela tem como escopo sua atuação como fiscalizadora, o que já foi efetuado através do Ofício 2198/2009-MEC/SESu/DESUP/CGSUP, de 06/04/2009 (fls. 241). Anexou à defesa os documentos de fls. 235/243. Requereu a extinção do processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual, ou que fosse excluída do feito por ilegitimidade de parte.

A antecipação de tutela foi indeferida à fls. 246/247, decisão da qual foi interposto agravo, convertido em agravo de instrumento em retido (fls. 260/272) e mantida às fls. 273.

A parte autora foi intimada para manifestar-se sobre a contestação, no prazo de 10 (dez) dias, tendo apresentado réplica às fls. 250/58, reiterando os termos da inicial.

Instadas a dizerem se tinham mais provas a produzir, a UNIBAN e a União responderam negativamente às fls. 277 e 281, sendo que o autor pleiteou fosse oficiado o MEC para que apresente cópia do procedimento de supervisão extraordinária, o que foi deferido.

A requerida UNIBAN apresentou os documentos de fls. 291/297 e o MEC apresentou cópia do procedimento de supervisão extraordinária às fls. 317 a 506.

Foram apresentadas manifestações finais pelo Ministério Público Federal (fls. 509) e pela União Federal (fls. 520).

Às fls. 524/27 foi proferida sentença julgando improcedente o feito sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC/1973, por carência de ação por falta de interesse de agir em relação às duas requeridas e julgou improcedente o pedido de condenação em pagamento de indenização por danos morais coletivos, efetuado em face da UNIBAN. Não foram fixados honorários advocatícios, consignando-se que a atuação do Ministério Público, *pro populo*, nas ações difusas, justifica ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

Apela o autor requerendo a reforma da sentença, sustentando que o não atendimento à exigência do exposto no artigo 52, III da Lei nº 9.394/96 ainda perdura, sendo que a manutenção da sentença seria permitir o funcionamento da IES em situação irregular.

Assevera que embora tenha sido arquivado o Processo nº 23000.008754/2009-50 foi instaurado o Processo de supervisão nº 23000.015942/2009-34 em 17/12/2009.

Expos que a Coordenação-Geral de Supervisão da Educação Superior notificou a UNIBAN em 13/01/2010 para prestar esclarecimentos sobre a divergência de informações sobre registros de docentes, asseverando que o desprezo e a má-fé com o qual a IES tem tratado o assunto é nítido, não só por não cumprir a lei, mas por nem ter se interessado em adequar-se à lei.

Sustenta que não foi apresentado prova das alegações expostas na contestação sobre os docentes mantidos em regime integral em julho de 2008, em desrespeito à comunidade e coletividade, que acreditava em sua oferta de formação acadêmica adequada às normas legais de ensino vigentes e de qualidade.

Argumenta que a relação de causa e efeito entre o não atendimento da determinação legal em questão e a má qualidade do ensino prestado é inquestionável, sendo certo que a UNIBAN figura no ranking do MEC como uma das piores Instituições de Ensino, com baixo desempenho no ENADE na maioria dos cursos oferecidos, além de figurar entre as que mais recebem reclamações no PROCON-SP, no ano de 2008.

O dano moral coletivo ocasionado pelo desrespeito da Universidade à legislação educacional está comprovado, cujo dano tem sido suportado pela sociedade, ensejando o ressarcimento requerido na inicial.

Reiterou o pedido de condenação da IES ré na obrigação de fazer consistente em cumprir o quanto determinado pelo artigo 53, III da Lei nº 9.394/1996, ou seja, manter um terço do corpo docente em regime de dedicação integral, com multa cominatória de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia, enquanto perdurar o descumprimento da norma, a ser revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994.

Condenar a requerida no pagamento de dano moral coletivo no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a ser revertido para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994.

Intimadas, a União apresentou contrarrazões às fls.543/557, sendo certificado à fls. 558verso a não apresentação da peça processual pela UIBAN.

Remetidos os autos à Corte, foi dado vista ao Ministério Público Federal, cujo parecer pelo provimento da apelação foi anexado às fls. 562/570.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

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

Trata-se de ação civil pública, através da qual o Ministério Público Federal pretende seja a UNIBAN compelida a cumprir o determinado no inciso III do artigo 52 da Lei 9394/96, que determina que as universidades deverão ter em seu quadro docente, no mínimo, um terço dos professores com dedicação em tempo integral, bem como seja condenada ao pagamento de dano moral coletivo, sob a alegação de má prestação do serviço de ensino. Em relação à União, que seja a mesma condenada à obrigação de fazer, ou seja, de fiscalizar a aplicação da lei em relação à instituições de ensino requerida.

As preliminares devolvidas pelo recurso de apelação se confundem com o mérito e com ele serão analisadas.

A Constituição Federal assegura às universidades, sua existência, autonomia e livre iniciativa na educação, condicionando ao cumprimento das normas gerais da educação nacional, com avaliação de qualidade pelo Poder Público, nos termos dos artigos 207 e 209:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Desse modo, para que uma instituição de ensino, seja pública ou privada, funcione regularmente, faz-se necessário o cumprimento das normas gerais da educação nacional constantes na Lei 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Determina a Lei de Diretrizes e Bases da Educação em seu artigo 52 preconiza:

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por: (Regulamento) (Regulamento)

I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;
II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

A exigência de um percentual mínimo do corpo docente em regime de dedicação integral tem a finalidade garantir o comprometimento do corpo docente, com tempo reservado para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão e planejamento, visando por fim último a qualidade do ensino.

Essa exigência constitui ainda, um dos pré-requisitos para o credenciamento e o recredenciamento de universidades, de forma que deve ser cumprida a risca.

As provas apresentadas nos autos demonstram que quadro de docentes em regime integral da apelada UNIBAN em 2007 era de 26,46%, de acordo com os dados do Censo de ensino Superior.

Em julho de 2008, ainda persistia o percentual abaixo do mínimo legal, sendo que sobre tais dados, defendeu-se a apelada asseverando que era um período de reformulação em seu corpo docente, acrescentando que a lei não determina que o percentual mínimo de 33% seja aplicado a cada um dos cursos da instituição.

No ano de 2009, os dados constantes do Sistema E-MEC demonstravam o cumprimento do percentual, o que levou ao arquivamento do Processo de Supervisão em andamento. Pondere-se que a situação foi regularizada com base na atualização dos dados relativos aos docentes pela própria apelada.

Em 17/12/2009 outro Procedimento de Supervisão foi instaurado em face da UNIBAN, que recebeu o nº 23000.015942/2009-34, cujas cópias estão anexadas às fls. 323/330 e 332/50, ainda em andamento à época da sentença.

Com a divergência dos dados apresentados no Censo de 2007 (1.366 docentes) e do Sistema do E-MEC em dois momentos distintos, contatando-se 789 docentes em junho de 2009 e 1.628 dezembro do mesmo ano, foi realizado um procedimento por amostragem.

Nesse procedimento tomou-se 60 docentes para análise, que representavam 10,33% do total, sendo que em 53 deles havia informações equivocadas quanto à carga horária no Currículos Lattes, outros vínculos do mesmo docente, demonstrando incompatibilidade com o regime de dedicação integral, e também os Currículos Lattes não continham informação de vinculação à UNIBAN ou regime de trabalho, concluindo que em 88% não era possível atestar o cumprimento do regime de dedicação exclusiva.

Como se verifica, o descumprimento aos preceitos legais encontram-se demonstrados nas provas apresentadas nos autos, especialmente pela existência de Procedimento de Supervisão do Ministério da Educação instaurado em face da apelada IES, em razão de seu quadro de corpo docente não atender o requisitos do artigo 52, III da Lei nº 9.394/96, reconfirmada pela Nota Técnica nº 274/2009 da Coordenação Geral de Legislação e Normas de Educação anexada às fls. 236/240 e datada em 12 de maio de 2009.

Assim, ao contrário do exposto na sentença, que expressamente consignou a ausência de pretensão resistida, demonstrou-se a necessidade de melhor avaliar os dados apresentados pela

apelada, tanto que a própria União abriu novo procedimento de supervisão extraordinária, de forma que não ocorreu a alegada falta de interesse de agir, uma vez que a lide é necessária e útil ao fim manejado pela parte autora, devendo ser afastada a preliminar de falta de interesse de agir em relação à UNIBAM.

Entretanto quanto à União, a sentença merece ser mantida, considerando que o pedido inicial se ateve a sua condenação à obrigação de fazer consistente em fiscalizar a aplicação da lei em relação à instituição de ensino demandada, o que por certo foi cumprido, ante a instauração do Processo de Supervisão extraordinário, descaracterizado encontra-se, pois, o interesse processual, ante a ausência de pretensão resistida.

Em conclusão, afasto a preliminar de falta de interesse de agir em relação à UNIBAM e, ante a demonstração de que a proporção de docentes em regime integral é inferior a um terço, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal para condenar da UNIBAM na obrigação de fazer consistente em cumprir o quanto determinado pelo artigo 53, III da Lei nº 9.394/1996, ou seja, manter um terço do corpo docente em regime de dedicação integral, com multa cominatória de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, enquanto perdurar o descumprimento da norma, a ser revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994.

No tocante ao pleito de reparação por dano moral coletivo, a r. sentença merece reparos.

A Constituição Federal normatizou nos incisos V e X do artigo 5º que são invioláveis a intimidade, a vida privada e a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, textos que não restringem a violação à esfera individual.

Trata-se de previsão inserida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou seja, os bens jurídicos ali referidos são cruciais para o desenvolvimento do Estado Democrático, de forma que a reparação coletiva do dano moral prestigia não só os princípios que norteiam o artigo 1º da Constituição, mas todos os garantidores ao próprio Estado democrático de Direito.

Nesse norte, o artigo 1º e 3º da Lei nº 7.347/85 consagra a responsabilidade por dano moral e patrimonial, possibilitando o ressarcimento de dano causado a qualquer interesse difuso ou coletivo, incluindo-se o consumidor.

Salienta-se que os serviços educacionais, por constituírem prestação de serviços mediante remuneração ensejam a aplicação das normas de proteção estabelecidas na Lei nº 8.078/90, nos termos do seu art. 3º do Código de Defesa do Consumidor - CDC, o qual, ao dispor sobre os direitos básicos do consumidor, admite expressamente o dano moral coletivo em seu artigo 6º incisos VI e VII:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico, defendendo ser demonstrado um efetivo prejuízo que supere o caráter individual do dano moral.

Veja-se, ainda, a respeito do tema, as observações de André de Carvalho Ramos sobre a efetiva configuração do dano moral coletivo:

Assim, é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Afeta-se a boa-imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranquilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera.

Embora existam situações em que o dano moral coletivo possa ser presumível, pois dedutível das circunstâncias que geraram os fatos, no presente caso, as provas dos autos foram seguras para caracterizar abalo moral coletivo.

Assim, se os valores atingidos compõem interesses e direitos de uma coletividade, deve ser mantida proteção dessa coletividade ao seu patrimônio imaterial.

Pois bem, o requisito que enseja a indenização por danos morais é a violação da ordem jurídica por intermédio de uma ação ou de uma omissão, a qual acarreta lesão de natureza extra-patrimonial.

No caso específico, restou devidamente demonstrado nos autos o ato causador do dano, evidenciado na ausência do número mínimo de docentes com regime de dedicação integral, nos termos exigidos pela Lei nº 9.394/96, que a toda evidência deu causa aos resultados insatisfatórios nos testes mencionados na inicial.

Desnecessário repisar a importância do cumprimento do artigo 52 da LDB, não somente para manutenção do controle e da qualidade das instituições de ensino superior, mas pela própria qualidade de do ensino, com o comprometimento do corpo docente, com tempo reservado para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão e planejamento.

Não se pode negar a existência e nexo de causalidade entre falta do número mínimo professores e a má qualidade do ensino, sob pena de negar validade a finalidade da lei, cujo fim é justamente a proteção do direito fundamental à educação de qualidade.

Pois sim, o nexo causal decorrente dessa conduta que gerou o dano moral suportado pelos de forma homogênea por todos os alunos/consumidores ao verem frustradas as suas intenções em obter uma formação acadêmica adequada aos termos da lei e que lhe oportunize concorrer, ao final, no mercado de trabalho.

Os danos ainda foram suportados, não só em relação aos alunos, mas difusamente pela sociedade, atingindo a moral coletiva, visto que ser notório que a sociedade como um todo se vê frustrada pelo oferecimento de um serviço, no mínimo, abaixo dos padrões de qualidade, sendo desnecessária a prova do dano social.

Dessa forma, demonstrado que os atos da apelada ultrapassaram o caráter individual do dano, de forma que a produzir o abalo moral, ensejando, assim, a obrigação de reparar o dano dele decorrente, cumpre a fixação do valor da indenização.

Ponderando as circunstâncias em que os fatos se deram e as peculiaridades do caso, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como do caráter preventivo e do fator de desestímulo que se reveste a indenização, fixo o valor do dano moral em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), devendo o valor ser revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Sobre o valor fixado incidirá correção monetária a partir do arbitramento, conforme súmula 362 do STJ e juros de mora desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

No tocante aos índices de correção monetária a serem utilizados, deverá ser observado, no que couber e não contrariar a presente decisão, os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010,

do Conselho da Justiça Federal. Quanto aos juros de mora, incidirão no percentual de 1% (um por cento) ao mês, em observação ao artigo 406 do Novo Código Civil.

Quanto aos honorários advocatícios, por tratar-se de Ação Civil Pública, a condenação do Ministério Público e de outros legitimados ao pagamento da verba honorária só é admissível na hipótese de inequívoca má-fé, nos termos do art. 18 da Lei 7.437/1985, de forma que há decisões do STJ entendendo que, dentro do critério de absoluta simetria, igualmente não deveria recebê-los. Assim, embora o autor/apelante tenha sucumbido na parte mínima do pedido, deixo de fixar os honorários advocatícios.

Ante o exposto, nego provimento ao reexame necessário, tido por ocorrido, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para afastar a preliminar de falta de interesse de agir em relação à UNIBAM para condenar da UNIBAN na obrigação de fazer consistente em cumprir o quanto determinado pelo artigo 53, III da Lei nº 9.394/1996, ou seja, manter um terço do corpo docente em regime de dedicação integral, com multa cominatória de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, enquanto perdurar o descumprimento da norma, a ser revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1.306/1994. Dou provimento ao pedido de dano moral coletivo para fixar a indenização em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), devendo o valor ser revertido ao mesmo Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, mantendo no mais, a sentença.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0005291-49.2011.4.03.9999

(2011.03.99.005291-2)

Apelantes: VICENTE RODRIGUES DE ALMEIDA (espólio) E OUTROS

Apelada: OS MESMOS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE APARECIDA DO TABOADO - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: ApelReex 1599843

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2017

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO POR REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE ANÁLISE DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA FRENTE ÀS DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA. CONSTITUCIONALIDADE. PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. JUÍZO DE RETRAÇÃO. ART. 543-B DA LEI Nº 5.869/73 (ART. 1.040 DO CPC VIGENTE). MULTA PUNITIVA DE 112,5%. CONFISCO NÃO CARACTERIZADO. ACÓRDÃO REFORMADO. APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA. APELAÇÃO DAS ASSISTENTES PARCIALMENTE PROVIDA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDAS.

1. A Lei nº 9.311/1996, que instituiu a CPMF, determinou que as instituições financeiras por ela responsáveis prestassem informações diretamente à Secretaria da Receita Federal sobre a identificação dos contribuintes e dos valores das operações efetuadas, vedando, no entanto, a utilização de tais dados para a constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos. A Lei Complementar nº 105/2001, em seu artigo 6º, autoriza o acesso das autoridades fazendárias às informações bancárias dos contribuintes, desde que obedecidas algumas condições que a lei se incumbiu de indicar. Tal norma não teve sua inconstitucionalidade proclamada, à luz dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Com o advento da Lei nº 10.174/2001 passou-se a admitir que a Receita Federal utilize as informações prestadas pelas instituições financeiras para a instauração de procedimento administrativo fiscal.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 389.808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 10/05/2011, afastou a possibilidade de o Fisco proceder à quebra do sigilo bancário sem autorização judicial. Todavia, no julgamento do RE nº 389.808/PR deu-se apenas o controle *concentrado de constitucionalidade*, com eficácia decisória apenas *inter partes* e efeitos *ex nunc*, sendo que essa decisão não transitou em julgado, porquanto pendem de apreciação embargos de declaração a que se deram efeitos infringentes.

3. Porém, referido posicionamento não reflete a atual orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, como demonstra a decisão proferida no recente julgamento do RE nº 601.314 (repercussão geral) e ADI 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgados em 24/2/2016 (Inf. 815), decidindo, por maioria, que a Lei Complementar nº 105/2001 não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em *transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal*, garantindo ao Fisco o acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial.

4. Com efeito, conforme consta no Informativo STF 815/2016, o Plenário da Suprema

Corte decidiu pela constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, inexistindo nisso quebra de sigilo bancário, mas mera transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros, sem qualquer ofensa à Constituição Federal: 5. No mesmo sentido, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp nº 1.134.655/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil/1973, havia consolidado o entendimento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário é autorizada pela Lei nº 8.021/1990 e pela Lei Complementar nº 105/2001, normas procedimentais cuja aplicação é imediata.

6. Assim, resta pacificado o entendimento de que o sigilo fiscal e bancário não tem caráter absoluto e, dessa forma, não se identifica qualquer nulidade no procedimento fiscal adotado pelo Fisco, a partir das informações de movimentação financeira do contribuinte.

7. Superada essa questão, impõe-se o conhecimento da remessa oficial e da apelação da União. Como relatado, a r. sentença entendeu pelo caráter confiscatório da multa punitiva aplicada, reduzido o seu percentual de 112,5% para 75%.

8. Em suas razões recursais, a União sustenta, em síntese, que o Art. 150, IV, da Constituição Federal, veda a utilização de tributo com efeito de confisco, mas que o Art. 3º, do Código Tributário Nacional, exclui do conceito de tributo a sanção de ato ilícito, caso da multa em discussão. Defende, ainda, a razoabilidade do percentual, eis que incidente sobre o valor do tributo sonegado e não sobre o montante do patrimônio do contribuinte. Pugna, por fim, pela majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.

9. Entende esta C. Turma que é razoável a multa punitiva no percentual de 112,5% em casos de sonegação ou fraude. Precedentes (AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 586023 - 0014400-38.2016.4.03.0000 / AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1764711 - 0027495-53.2012.4.03.9999).

10. Assim, é devida a multa nos termos em que lavrada pela Fazenda Nacional, sendo por ela responsáveis os sucessores do *de cujus*, respeitados os limites da herança.

11. Quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, é certo que decorrem de lei e são devidos, em homenagem ao princípio da causalidade, por aquele que deu causa à demanda. Impende considerar, portanto, a condenação da parte autora nas verbas sucumbenciais, uma vez que decaiu da totalidade dos pedidos.

12. São critérios elencados pelo legislador para fixação da verba honorária: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Assim, no tocante à fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, deve-se considerar, sobretudo, a razoabilidade do seu valor, em face do trabalho profissional efetivamente prestado, não podendo a fixação ser exorbitante nem irrisória, não sendo determinante, para tanto, apenas e tão somente o valor da causa.

13. Com efeito, destaca-se que, não obstante a vigência da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) a partir do dia 18/03/2016, mantém-se a aplicação do Art. 20, §§3º e 4º, do CPC/73, vigente à época da publicação da sentença atacada. Isto porque o Art. 85, do novo Código de Processo Civil, encerra uma norma processual heterotópica, ou seja, traz um conteúdo de direito substancial inserto em um diploma

processual, não sendo cabível a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, mas sim lei vigente ao tempo da consumação do ato jurídico.

14. No caso dos autos, verifica-se que a demanda ostenta complexidade mediana e se desenrola há cerca de seis anos, tendo tramitado inclusive no Supremo Tribunal Federal.

15. Isso posto, fixo em R\$ 20.000,00 os honorários de sucumbência devidos pela parte autora, nos termos do Art. 20, § 4º, do CPC/1973.

16. O assistente simples integra a lide na defesa de interesse próprio, atuando apenas em auxílio ao assistido. Por isso, não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, cabendo-lhe apenas as custas proporcionais decorrentes de sua intervenção, caso o assistido seja vencido no processo. É o que prevê o Art. 32, do CPC/1973 (Art. 94, do CPC/2015). Precedentes desta E. Corte (C 00021032520094036117, *DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/07/2016*) e do C. STJ (RESP 200301597367, *JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:11/04/2005 PG:00180 ..DTPB:.*).

17. Assim, às assistentes simples caberá apenas a condenação em 50% das custas.

18. Por fim, tendo em vista a concessão dos benefícios da justiça gratuita, a exigibilidade das verbas sucumbenciais deve observar o disposto na Lei nº 1.060/50.

19. Reformado o v. acórdão recorrido (fls. 619-630) para julgar improcedente o feito e conceder os benefícios da justiça gratuita às assistentes simples.

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, reformar o acórdão anterior, em juízo de retratação, nos termos do artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil vigente (anterior artigo 543-B, § 3º, da Lei nº 5.869/1973), para *negar provimento à apelação da parte autora, dar parcial provimento à apelação das assistentes simples e dar provimento à remessa oficial e à apelação da União, invertendo-se o ônus da sucumbência*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de agosto de 2017.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de processo devolvido a esta C. Turma pela Vice-Presidência desta E. Corte, que determinou a aplicação do disposto no Artigo 543-B, §3, do CPC/1973 (Artigo 1.040, II, do CPC/2015), para avaliação da pertinência do julgado, com vista à possível retratação, em razão da interposição de Recurso Extraordinário (fls. 638-652) pela União (Fazenda Nacional), frente à análise da questão de mérito pelo C. Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do RE nº 601.314, devendo ser apreciada eventual dissonância da decisão ora recorrida com o entendimento consolidado pelo Tribunal Superior.

Discute-se nos autos de mandado de segurança, em essência, a legalidade do acesso

aos documentos de movimentação bancária dos contribuintes por parte do Fisco, para fins de verificar sua compatibilidade com os valores declarados nas respectivas Declarações de Imposto de Renda em face do disposto no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988.

A sentença de fls. 408-426 julgou parcialmente procedentes os embargos à execução para o fim exclusivo de reduzir o valor da multa imposta, de 112,5% para 75%, entendendo que a Lei Complementar nº 105/2001 não ofende a Constituição Federal. O acórdão de fls. 619-630 deu parcial provimento às apelações interpostas pelo embargante e pelas assistentes simples para reconhecer a impossibilidade da violação de sigilo bancário sem a participação do Poder Judiciário, julgando prejudicadas a remessa oficial e a apelação da União.

A União interpôs recurso extraordinário (fls. 638-652), sobrestado pela decisão de fls. 719.

Diante do julgamento do RE nº 601.314 - Tema 225, pelo C. STF, os autos retornaram a esta C. Turma (fls. 391) para os fins estabelecidos no Artigo 543-B, §3, do CPC/1973 (Artigo 1.040, II, do CPC/2015).

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

Cumprе destacar que a devolução dos autos pela Vice-Presidência ocorre para efeito de exame da matéria discutida no RE nº 601.314.

A Lei nº 9.311/1996, que instituiu a CPMF, determinou que as instituições financeiras por ela responsáveis prestassem informações diretamente à Secretaria da Receita Federal sobre a identificação dos contribuintes e dos valores das operações efetuadas, vedando, no entanto, a utilização de tais dados para a constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos. A Lei Complementar nº 105/2001, em seu artigo 6º, autoriza o acesso das autoridades fazendárias às informações bancárias dos contribuintes, desde que obedecidas algumas condições que a lei se incumbiu de indicar. Tal norma não teve sua inconstitucionalidade proclamada, à luz dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Com o advento da Lei nº 10.174/2001 passou-se a admitir que a Receita Federal utilize as informações prestadas pelas instituições financeiras para a instauração de procedimento administrativo fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 389.808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 10/05/2011, afastou a possibilidade de o Fisco proceder à quebra do sigilo bancário sem autorização judicial. Todavia, no julgamento do RE nº 389.808/PR deu-se apenas o controle *concentrado de constitucionalidade*, com eficácia decisória apenas *inter partes* e efeitos *ex nunc*, sendo que essa decisão não transitou em julgado, porquanto pendem de apreciação embargos de declaração a que se deram efeitos infringentes.

Porém, referido posicionamento não reflete a atual orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, como demonstra a decisão proferida no recente julgamento do RE nº 601.314 (repercussão geral) e ADI 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgados em 24/2/2016 (Inf. 815), decidindo, por maioria, que a Lei Complementar nº 105/2001 não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em *transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal*, garantindo ao Fisco o acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial.

Confira-se:

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

(RE 601314 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-07 PP-01422)

Com efeito, conforme consta no Informativo STF 815/2016, o Plenário da Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, inexistindo nisso quebra de sigilo bancário, mas mera transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros, sem qualquer ofensa à Constituição Federal:

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, reputou improcedentes os pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face de normas federais que possibilitam a utilização, por parte da fiscalização tributária, de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo constitucional, sem a intermediação do Poder Judiciário (LC 104/2001, art. 1º; LC 105/2001, artigos 1º, § 3º e 4º, 3º, § 3º, 5º e 6º; Decreto 3.724/2001; Decreto 4.489/2002; e Decreto 4.545/2002) - v. Informativo 814. A Corte afirmou que, relativamente à alegação de inconstitucionalidade da expressão “do inquérito ou”, contida no § 4º do art. 1º da LC 105/2001, a norma impugnada não cuidaria da transferência de informações bancárias ao Fisco, questão que estaria no cerne das ações diretas. Tratar-se-ia de norma referente à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito há muito se admitiria a quebra de sigilo bancário, quando presentes indícios de prática criminosa (AC 3.872 AgR/DF, DJe de 13.11.2015; HC 125.585 AgR/PE, DJe de 19.12.2014; Inq 897 AgR/DF, DJU de 24.3.1995). No que tange à impugnação dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, ponto central das ações diretas de inconstitucionalidade, haveria que se consignar a inexistência, nos dispositivos combatidos, de violação a direito fundamental, notadamente de ofensa à intimidade. Não haveria “quebra de sigilo bancário”, mas, ao contrário, a afirmação desse direito. Outrossim, seria clara a confluência entre os deveres do contribuinte - o dever fundamental de pagar tributos - e os deveres do Fisco - o dever de bem tributar e fiscalizar. Esses últimos com fundamento, inclusive, nos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Nesse sentido, para se falar em “quebra de sigilo bancário” pelos preceitos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias obtidas pelo Fisco. A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistiria nos dispositivos questionados, que consagrariam, de modo expresse, a permanência no sigilo das informações obtidas com base em seus comandos. O que ocorreria não seria propriamente a quebra de sigilo, mas a “transferência de sigilo” dos bancos ao Fisco. Nessa transmutação, inexistiria qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que pudesse apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras - muitas das quais de natureza privada - se manteria, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à mais estrita legalidade.

O Plenário destacou que, em síntese, a LC 105/2001 possibilitara o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória,

do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Não permitiria, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida íntima do correntista. E esse resguardo se tornaria evidente com a leitura sistemática da lei em questão. Essa seria, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco. Além de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco exigiria a existência de processo administrativo - ou procedimento fiscal. Isso por si, já atrairia para o contribuinte todas as garantias da Lei 9.784/1999 - dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público -, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal. De todo modo, por se tratar de mero compartilhamento de informações sigilosas, seria mais adequado situar as previsões legais combatidas na categoria de elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social, a qual teria, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação. Nessa senda, o dever fundamental de pagar tributos estaria alicerçado na ideia de solidariedade social. Assim, dado que o pagamento de tributos, no Brasil, seria um dever fundamental - por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais -, seria preciso que se adotassem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal. No entanto, a Corte ressaltou que os Estados-Membros e os Municípios somente poderiam obter as informações previstas no art. 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria de forma análoga ao Decreto 3.724/2001, observados os seguintes parâmetros: a) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; b) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões; c) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; d) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente, e) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios. Já quanto à impugnação ao art. 1º da LC 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, o Tribunal asseverou que os dispositivos seriam referentes ao sigilo imposto à Receita Federal quando essa detivesse informações sobre a situação econômica e financeira do contribuinte. Os preceitos atacados autorizariam o compartilhamento de tais informações com autoridades administrativas, no interesse da Administração Pública, desde que comprovada a instauração de processo administrativo, no órgão ou entidade a que pertencesse a autoridade solicitante, destinado a investigar, pela prática de infração administrativa, o sujeito passivo a que se referisse a informação.

A Corte asseverou que, no ponto, mais uma vez o legislador teria se preocupado em criar mecanismos que impedissem a circulação ou o extravasamento das informações relativas ao contribuinte. Diante das cautelas fixadas na lei, não haveria propriamente quebra de sigilo, mas sim transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Em relação ao art. 3º, § 3º, da LC 105/2001 - a determinar que o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) forneçam à Advocacia-Geral da União (AGU) “as informações e documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte” -, ressaltou que essa previsão seria prática corrente. Isso se daria porque, de fato, os órgãos de defesa da União solicitariam aos órgãos federais envolvidos em determinada lide informações destinadas a subsidiar a elaboração de contestações, recursos e outros atos processuais. E de nada adiantaria a possibilidade de acesso dos dados bancários pelo Fisco se não fosse possível que essa utilização legítima fosse objeto de defesa em juízo por meio do órgão por isso responsável, a AGU. Por fim, julgou parcialmente prejudicada uma das ações, relativamente ao Decreto 4.545/2002. O Ministro Roberto Barroso reajustou seu voto para acompanhar o relator. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que conferiam interpretação conforme aos dispositivos legais atacados, de modo a afastar a possibilidade de acesso

direto aos dados bancário s pelos órgãos públicos, vedado inclusive o compartilhamento de informações. Este só seria possível, consideradas as finalidades previstas na cláusula final do inciso XII do art. 5º da CF, para fins de investigação criminal ou instrução criminal. Nesse sentido, a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressuporia, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer à Administração Tributária, ao Ministério Público, à Polícia Judiciária ou, ainda, ao TCU, as informações que lhe tivessem sido solicitadas.

ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2390)

ADI 2386/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2386)

ADI 2397/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2397)

ADI 2859/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2859)

[...]

REPERCUSSÃO GERAL

Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial

O art. 6º da LC 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, porque realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. Por sua vez, a Lei 10.174/2001 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN. Esse o entendimento do Plenário, que em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a constitucionalidade - frente ao parâmetro do sigilo bancário - do acesso aos dados bancário s por parte de autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem autorização judicial, nos termos dispostos pela LC 105/2001. Debatia-se, ainda, se haveria afronta ao princípio da irretroatividade das leis, quando esses mecanismos são empregados para a apuração de créditos relativos a tributos distintos da CPMF, cujos fatos geradores tenham ocorrido em período anterior à vigência deste diploma legislativo - v. Informativo 814. O Colegiado afirmou não haver dúvidas de que o direito à privacidade ou mesmo à intimidade seriam direitos que teriam base fática e forte conteúdo jurídico. Significa dizer que seriam direitos passíveis de conformação. Não se trataria de pura condição restritiva, mas a própria lei poderia estabelecer determinadas delimitações. Esclareceu que a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, visando à Administração Tributária, não padeceria de nenhuma ilegalidade. Por outro lado, o art. 144, § 1º, do CTN imporá que qualquer método de apuração tributária entre em vigor imediatamente, o que afastaria a alegação de retroatividade. Na verdade, o tema ora em debate não seria quebra de sigilo, mas transferência de sigilo para finalidades de natureza eminentemente fiscal. A legislação aplicável garantiria fosse preservada a confidencialidade dos dados, vedado seu repasse a terceiros, estranhos ao próprio Estado, sob pena de responsabilização dos agentes que eventualmente praticassem essa infração. Assim, dados sigilosos de interesse fiscal somente poderiam ser acessados depois da instauração de competente processo administrativo, por ato devidamente motivado, nos moldes hoje preconizados pelo Decreto 3.724/2002, compreendidos os três níveis político-administrativos da Federação. Garante-se, ainda, a imediata notificação do contribuinte, a ele assegurado o acesso aos autos e o direito à extração de cópias de quaisquer documentos ou decisões, para que possa exercer, a todo o tempo, o controle jurisdicional dos atos da Administração, nos termos da Lei 9.784/1999. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que davam provimento ao recurso. Para o Ministro Celso de Mello, a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressuporia, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se poderia impor à instituição financeira o dever de fornecer à Administração Tributária, ao Ministério Público ou, ainda, à Polícia Judiciária as informações que lhe tenham sido solicitadas.

RE 601314/SP, rel. Min. Edson Fachin, 24.2.2016. (RE-601314)

No mesmo sentido, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp nº 1.134.655/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil/1973, havia consolidado o entendimento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário é autorizada pela Lei nº 8.021/1990 e pela Lei Complementar nº 105/2001, normas procedimentais cuja aplicação é imediata.

Confira-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPO-NÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IME-DIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: “Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da

tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envolverem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos impositivos a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. *In casu*, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: “Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001.”

17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp

805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

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

(REsp 1134665/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009) sem grifos no original

Assim, resta pacificado o entendimento de que o sigilo fiscal e bancário não tem caráter absoluto e, dessa forma, não se identifica qualquer nulidade no procedimento fiscal adotado pelo Fisco, a partir das informações de movimentação financeira do embargante.

Superada essa questão, impõe-se o conhecimento da remessa oficial e da apelação da União.

Como relatado, a r. sentença entendeu pelo caráter confiscatório da multa punitiva aplicada, reduzido o seu percentual de 112,5% para 75%.

Em suas razões recursais, a União sustenta, em síntese, que o Art. 150, IV, da Constituição Federal, veda a utilização de tributo com efeito de confisco, mas que o Art. 3º, do Código Tributário Nacional, exclui do conceito de tributo a sanção de ato ilícito, caso da multa em discussão. Defende, ainda, a razoabilidade do percentual, eis que incidente sobre o valor do tributo sonegado e não sobre o montante do patrimônio do contribuinte. Pugna, por fim, pela majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.

Entende esta C. Turma que é razoável a multa punitiva no percentual de 112,5% em casos de sonegação ou fraude. *Verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. SIGILO BANCÁRIO. ARTIGO 24 DA LEI 11.457/2007. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 44 DA LEI 9.430/1996. MULTA PUNITIVA. CONFISCO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A existência de ação anulatória não afasta a exigibilidade fiscal, se não houver depósito integral do valor discutido, ou comprovação dos requisitos da evidência da probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo para efeito de tutela de urgência (artigo 300, CPC/2015 e artigo 151, V, CTN).

2. Não é relevante a alegação de violação do sigilo bancário, diante da orientação firmada pela Corte Suprema, no julgamento do RE 601.314, Rel. Min. EDSON FACHIN, em regime de repercussão geral, e das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Verificadas, a partir da requisição de informações, como autorizada pela LC 105/2001, irregularidades fiscais, o contribuinte tem direito de defesa no bojo do procedimento instaurado para a apuração do crédito tributário, sem que se cogite, portanto, no caso concreto, de nulidade ou de violação ao contraditório ou devido processo legal.

3. O artigo 24 da Lei 11.457/2007 impõe prazo para a razoável duração do procedimento fiscal, podendo o contribuinte pleitear, em Juízo, o pronunciamento tempestivo do Fisco para assegurar a eficiência da atividade administrativa. A violação de tal prazo, com a conclusão posterior do procedimento fiscal, não acarreta, porém, a nulidade da decisão administrativa.

4. A multa punitiva do artigo 44 da Lei 9.430/1996, pela apuração de evidente conduta fraudulenta e falta de atendimento, pelo sujeito passivo, de intimações fiscais para a pres-

tação de esclarecimentos e apresentação de documentos, foi aplicada conforme a lei vigente (alterações das Leis 9.532/1997 e Lei 11.488/2007, conversão da MP 351) ao tempo de cada ocorrência, não existindo, ao contrário do alegado, norma posterior mais benéfica para retroação aos fatos geradores pretéritos. O percentual previsto no § 2º do artigo 44 da Lei 9.430/1996, embora elevado, deriva da gravidade da conduta e do intento do legislador de coibir e prevenir, tanto específica como genericamente, a prática infracional, conferindo caráter punitivo à sanção, diferentemente do que ocorre com as multas moratórias, não permitindo, portanto, neste juízo prévio e em sede de agravo de instrumento, cogitar de confisco e inconstitucionalidade da sanção fiscal.

5. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 586023 - 0014400-38.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. IRPJ. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DIREITO INDIVIDUAL NÃO ABSOLUTO. NECESSIDADE DE DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO ATRAVÉS DE AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA PUNITIVA DE 150%. INFRAÇÃO SUBJETIVA. SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUÍO. RAZOABILIDADE. CORREÇÃO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de ação anulatória de débito fiscal, para afastar cobrança de IRPJ, por omissão de receita tributável assim declinada: “falta de recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado”.

2. Em relação à nulidade do procedimento, de que resultou a atuação, a autora invocou o expediente penal (IPL 98.1012627-1, que resultou na AP 2002.61.02.13.000878-6), no qual apurado o depósito indicativo de remessa de numerário para titular de conta CC5, revelando a possibilidade de evasão de divisas, daí decorrendo a quebra de sigilo bancário naqueles autos.

3. A fiscalização decorreu de diligência fiscal que, verificando irregularidades apontadas em inquérito policial, procedeu ao pedido de quebra de sigilo fiscal e bancário da autora, identificando-se, estando de posse dos extratos, a remessa de recursos ao exterior, por meio de movimentação de conta CC5.

4. O Juízo Federal de Foz do Iguaçu/PR, que havia deferido a quebra de sigilo fiscal e bancário de todos os titulares das contas correntes, investigados em inquéritos policiais, autorizou o pedido fazendário de extensão da quebra em favor da investigação fiscal, “na finalidade de prover o recebimento de tributos a que teria direito a União pela movimentação dos créditos em tais contas bancárias sob investigação”.

5. Assente que não existe direito absoluto a sigilo, podendo o Fisco ter acesso aos dados bancários e outros, desde que judicialmente autorizada, através de decisão fundamentada, conforme jurisprudência consolidada. Na atualidade não mais se discute a imprescindibilidade de decisão judicial para haja quebra de sigilos, conforme assentado pela Suprema Corte (RE 389.808).

6. Caso em que, a quebra de sigilo foi devidamente autorizada por decisão judicial fundamentada, diante de indícios de utilização da conta para promover a saída de país de recursos pertencentes a terceiros, não havendo que se falar em ilicitude das provas produzidas. O ato administrativo reveste-se de presunção de legitimidade, cabendo ao autor o ônus da prova para afastar sua exigibilidade, o que não ocorreu no caso.

7. Consolidada a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, “em se tratando de ação anulatória, incumbe ao autor o ônus da prova, no tocante à desconstituição do crédito já notificado ao contribuinte, em face da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, sendo, pois, necessário prova irrefutável do autor para desconstituir o crédito” (REsp 894.571, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 01/07/2009).

8. O lançamento tributário impugnado resultou de apuração regular de fato gerador, tendo sido comprovado o pagamento de valor a pessoa física, sem a retenção do imposto na fonte,

não tendo logrado a autora justificar a transferência de numerário para João Batista da Silva, feita através de conta CC5, conforme se verifica da cópia do auto de infração, para efeito de desconstituir o ato de lançamento. Concluiu, pois, o Fisco pela existência de fato gerador e, ainda, de infração fiscal devido à omissão de receita tributável representada por valores financeiros movimentados em operação bancária, em conduta marcada por fraude e ocultação de seu conteúdo e extensão.

9. Impertinente discutir nestes autos a possibilidade de instauração de medida de persecução penal antes da constituição definitiva do crédito tributário, ou acerca do impedimento do artigo 83 da Lei 9.430/96, pois aqui não se cuida de representação fiscal para fins penais, mas de apuração fiscal de tributo devido e de ação anulatória de débito fiscal.

10. Também manifestamente infundada a alegação de decadência, que se conta na forma do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que cabível o lançamento, a teor do que revela a jurisprudência consolidada.

11. Caso em que a hipótese é de IRPJ, ano-calendário 1997, em que houve lançamento de ofício, através de auto de infração, com notificação entregue em 19/02/2002, afastando, pois, de forma manifesta, a alegação de decadência.

12. Em relação aos acréscimos, a multa qualificada foi aplicada “por estar evidente o intuito de fraude, prevista no inciso II do art. 957, do RIR/99” (Termo de Verificação Fiscal).

13. Não se descaracteriza a infração com o argumento de que constou da contabilidade da empresa o pagamento efetuado, pois a falta de declaração da operação sujeita à tributação, com ocultação do beneficiário, especialmente dadas as circunstâncias relativas ao valor envolvido e destinatário, este titular de conta CC5, revelou intuito de fraude, voltado a obstruir a apuração de vinculação dos recursos a práticas ilegais de lesão ao interesse fiscal. É claro, pois, que não se trata de substituir a sanção imposta por multa moratória, que pune mero atraso no cumprimento de obrigação tributária, pois a conduta que se praticou, consistente em participar ou viabilizar fraude contra interesse fiscal, é passível de multa punitiva, que se justifica pela necessidade de mais adequada reprimenda pela lesividade da conduta em detrimento do interesse público.

14. *A propósito da validade da multa aplicada, em casos que tais, tem decidido a jurisprudência, inclusive desta Corte, que “o percentual de 150% a título de multa, nos casos de sonegação, fraude ou conluio é razoável, justamente porque se dirige a reprimir condutas evidentemente contrárias não apenas aos interesses fiscais, mas aos interesses de toda a sociedade” (ARGINC 200572060010701, Rel. Des. Fed. JOEL ILAN PACIORNIK, D.E. 14/09/2009).*

15. Também infundada a alegação de que a multa punitiva não pode ser acrescida de juros de mora na cobrança executiva. Firme, em sentido contrário à pretensão, dada a própria natureza jurídica distinta dos encargos.

16. Finalmente, improcedente a tese de que não se aplica, em razão da Súmula 168/TFR, a verba honorária no presente feito. Assim porque não se cuida de embargos à execução fiscal, mas de ação anulatória, que não substitui nem se confunde com a defesa incidental, sujeita a prazo de oposição e outros requisitos específicos de admissibilidade, inclusive a prévia e integral garantia do Juízo, daí porque impertinente conceber uma coisa como sendo a outra, especialmente para efeito de aplicação de enunciado sumular que se refere, expressa e literalmente, aos embargos do devedor.

17. Agravo inominado desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1764711 - 0027495-53.2012.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 16/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/07/2015)

Assim, é devida a multa nos termos em que lavrada pela Fazenda Nacional, sendo por ela responsáveis os sucessores do *de cujus*, respeitados os limites da herança.

Quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, é certo que decorrem de lei e são devidos, em homenagem ao princípio da causalidade, por aquele que deu causa à demanda.

Impende considerar, portanto, a condenação da parte autora nas verbas sucumbenciais, uma vez que decaiu da totalidade dos pedidos.

São critérios elencados pelo legislador para fixação da verba honorária: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Assim, no tocante à fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, deve-se considerar, sobretudo, a razoabilidade do seu valor, em face do trabalho profissional efetivamente prestado, não podendo a fixação ser exorbitante nem irrisória, não sendo determinante, para tanto, apenas e tão somente o valor da causa.

Com efeito, destaca-se que, não obstante a vigência da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) a partir do dia 18/03/2016, mantem-se a aplicação do Art. 20, §§3º e 4º, do CPC/73, vigente à época da publicação da sentença atacada.

Isto porque o Art. 85, do novo Código de Processo Civil, encerra uma norma processual heterotópica, ou seja, traz um conteúdo de direito substancial inserto em um diploma processual, não sendo cabível a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, mas sim lei vigente ao tempo da consumação do ato jurídico.

No caso dos autos, verifica-se que a demanda ostenta complexidade mediana e se desenrola há cerca de seis anos, tendo tramitado inclusive no Supremo Tribunal Federal.

Isso posto, fixo em R\$ 20.000,00 os honorários de sucumbência devidos pela parte autora, nos termos do Art. 20, §4º, do CPC/1973.

O assistente simples integra a lide na defesa de interesse próprio, atuando apenas em auxílio ao assistido. Por isso, não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, cabendo-lhe apenas as custas proporcionais decorrentes de sua intervenção, caso o assistido seja vencido no processo. É o que prevê o Art. 32, do CPC/1973 (Art. 94, do CPC/2015). É nesse sentido a jurisprudência desta E. Corte e do C. STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. SFH. QUITAÇÃO DE SALDO DEVEDOR PELO FCVS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA COHAB: AFASTADA. DUPLICIDADE DE FINANCIAMENTOS EM UMA MESMA LOCALIDADE. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 8.100/1990. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO DO STJ. RECURSOS IMPROVIDOS. ASSISTENTE SIMPLES. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela COHAB/Bauru, na medida em que a relação jurídica ora debatida foi estabelecida entre o autor e a ora apelante, tendo esta assumido a obrigação de mútuo decorrente do contrato entre as partes.
2. Face à garantia do ato jurídico perfeito e ao princípio da irretroatividade das leis, a restrição veiculada na Lei nº 8.100/1990 somente pode ser aplicada aos contratos celebrados após a sua vigência. Precedente obrigatório do Superior Tribunal de Justiça.
3. A disposição originalmente contida no artigo 9º, § 1º, da Lei nº 4.381/1964 apenas veda às pessoas que já eram “proprietários, promitentes, compradoras ou cessionárias de imóvel residencial na mesma localidade” a aquisição de imóveis nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação. Não há como se inferir da aludida vedação que, se a mesma for descumprida pelo mutuário, a consequência será a perda da cobertura do FCVS contratualmente prevista.
4. Não é admissível que a parte mutuante afirme o desrespeito ao referido dispositivo legal,

apenas para o fim de negar a quitação do saldo devedor residual (consequência que, como visto, não é prevista na norma), reputando válidos os demais termos do negócio jurídico.

5. No caso dos autos, o contrato de financiamento imobiliário no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação foi celebrado em 15/10/1985, com expressa previsão de cobertura de eventual saldo residual pelo FCVS, não se lhe aplicando, portanto, a restrição veiculada na Lei nº 8.100/1990.

6. *O assistente simples integra a lide na defesa de interesse próprio, estando apenas em auxílio do assistido. Por isso, não lhe cabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, cabendo-lhe apenas as custas proporcionais decorrentes de sua intervenção, caso o assistido seja vencido no processo. Precedente.*

7. Ante a impossibilidade de condenação da assistente simples à verba honorária, os honorários advocatícios de sucumbência impostos pela r. sentença deverão ser rateados entre a CEF e a COHAB/Bauru, na proporção de 5% (cinco por cento) para cada corré.

8. Preliminar afastada. Apelações interpostas pela CEF e pela COHAB/Bauru improvidas. Apelação interposta pela União provida.

(AC 00021032520094036117, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/07/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

..EMEN: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. ASSISTÊNCIA. ART. 32 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA UNIÃO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POR TER FIGURADO APENAS COMO ASSISTENTE SIMPLES.

1. Trata-se de ação ajuizada pelo rito ordinário na qual se discute a inclusão de expurgos inflacionários nas contas vinculadas do FGTS. No juízo monocrático a irrisignação foi julgada procedente, sendo determinado o rateio das verbas honorárias entre a CEF, a ré, e a União, a assistente simples. Ambas as partes interpuseram apelação. O acórdão do egrégio TRF da 1ª Região deu parcial provimento à apelação da CEF para, tão-somente, manter os índices de 42,72% (jan/89) e 44,80% (abr/90), e conceder a correção com base nos juros de mora da ordem de 0,5% ao mês, apenas, no caso de levantamento integral do saldo após a data em que devidas quaisquer das diferenças deferidas. Manteve o rateio dos honorários advocatícios entre a CEF e a União. Contra tal acórdão, os particulares interpõem o presente apelo extremo.

2. Nas ações que versam sobre a correção monetária dos saldos do FGTS, o entendimento jurisprudencial deste Tribunal é que, em sendo de natureza civil e expressando a mora do devedor, são devidos juros moratórios à base de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, independentemente da movimentação ou disponibilização dos saldos. Precedentes.

3. *Consoante estabelece o CPC, não há condenação do assistente simples em honorários advocatícios, litteris: "Se o assistido ficar vencido, o assistente será condenado nas custas em proporção à atividade que houver exercido no processo".*

4. *Determinação para que os honorários advocatícios, fixados na ordem de 10% (dez por cento), sejam arcados, na sua totalidade, pela Caixa Econômica Federal - CEF, restando mantido o rateio quanto às custas processuais.*

5. Recurso especial provido. ..EMEN:

(RESP 200301597367, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:11/04/2005 PG:00180 ..DTPB:.)

Assim, às assistentes simples caberá apenas a condenação em 50% das custas.

Por fim, tendo em vista a concessão dos benefícios da justiça gratuita, a exigibilidade das verbas sucumbenciais deve observar o disposto na Lei nº 1.060/50.

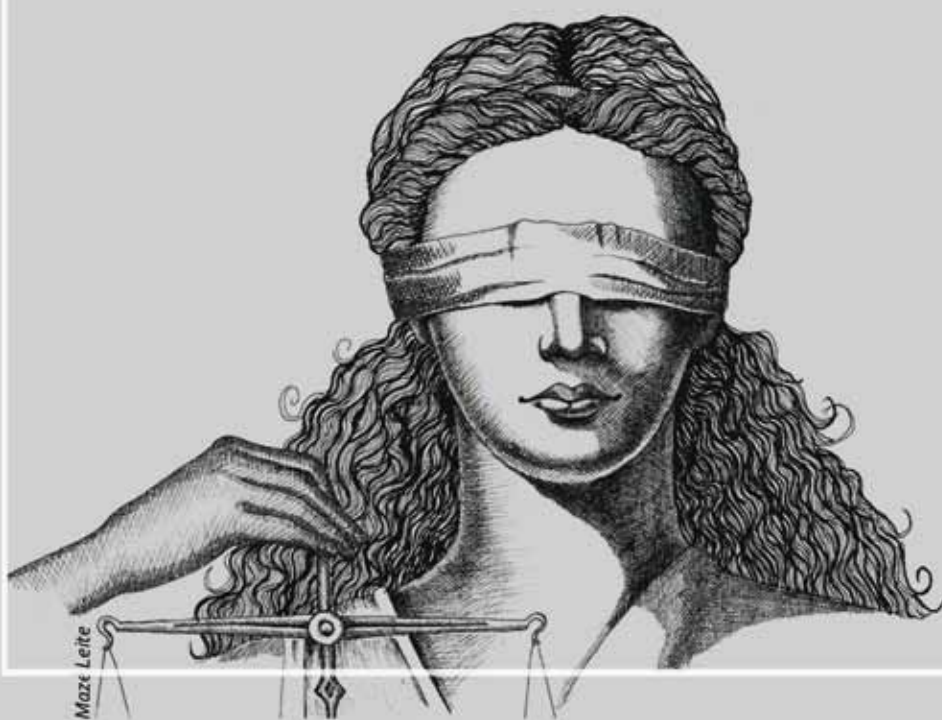
Ante o exposto, encontrando-se o v. acórdão recorrido (fls. 619-630) em dissonância com a orientação recente dos Tribunais Superiores, impõe-se, em juízo de retratação, a *reforma*

do julgado, para negar provimento à apelação da parte autora, dar parcial provimento à apelação das assistentes simples e dar provimento à remessa oficial e à apelação da União, nos termos do Artigo 543-B, §3, do CPC/1973 (Artigo 1.040, II, do CPC/2015).

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0000528-13.2011.4.03.6181
(2011.61.81.000528-0)

Apelante: JEFFREY LORBACK
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 67891
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2017

EMENTA

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA O FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. TIPICIDADE. PARTICIPAÇÃO. PENA.

I - A tipificação do crime previsto no artigo 231 do Código Penal prescinde da ocorrência de ameaça, maus-tratos ou fraude.

II - A conduta do agente que, no exterior, recebe mulheres enviadas para a prostituição e administra o imóvel em que elas são acomodadas, estabelecendo regras e controlando a liberdade delas, pode ser enquadrada na condição de partícipe do tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual.

III - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de abril de 2017.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de recurso de *apelação* interposto por JEFFREY LORBACK em face de sentença que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 231 do Código Penal ao cumprimento das penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente. 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 cinco salários mínimos em favor de entidade pública a ser designada pelo Juízo da Execução Penal (fls. 1741/1756).

Em suas *razões*, o réu postula a reforma da sentença aduzindo que: *a)* não promoveu, intermediou ou facilitou a saída de prostitutas do Brasil, sendo que o fato de ter atuado como motorista das meninas ou como “tomador de contas” não se amolda ao disposto no artigo

231 do Código Penal, uma vez que não participou de qualquer conduta ligada à saída delas do Brasil e foi absolvido da imputação de formação de quadrilha referente ao núcleo criminoso “Las Vegas”; b) que a conduta é atípica, pois “[a] partir da inquirição das testemunhas ficou difícil não questionar a validade da palavra ‘vítima’ para descrevê-las eis que, todas tiveram a exata, precisa e plena intenção de exercer atividades ligadas a sexo, e para isto disputavam espaço com as outras.”; c) que, na hipótese de manutenção da condenação, seja afastada da dosimetria da pena a vetorial de intuito de lucro, pois inscrito no próprio tipo penal (fls. 1821/1824).

Contrarrazões às fls. 1827/1833.

A Procuradoria Regional da República opinou no sentido do desprovimento do recurso (fls. 1836/1839).

É o breve relatório.

Ao revisor.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

O apelante foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 231 do Código Penal por fatos apurados na denominada “Operação Harem”, que detectou um núcleo criminoso com atuação no tráfico internacional de pessoas para prostituição de alto luxo no Oriente Médio, Europa, Caribe e Uruguai.

A denúncia formulada pelo Ministério Público Federal narra que o ora apelante Jeffrey Lorback seria o “braço direito” de John Bradley Heep, exercendo as funções de motorista e de auxiliar/assistente na atividade de prostituição de mulheres brasileiras enviadas mediante negociação realizada entre John e os brasileiros Yzamak Amaro da Silva (Mazinho) e Luiz Carlos, cujas condenações foram mantidas por ocasião do julgamento das apelações criminais interpostas nos autos de nº 2009.61.81.007268-7, particularmente as brasileiras *Louiseanne Borges de Oliveira* (“Isi”) e *Bruna Suelen Pensado Farina Fabris*.

No tocante às provas, observo não haver dúvida a respeito da *participação* delituosa de Jeffrey na atividade exercida pelo corréu John, bem como da tipificação da sua conduta.

Com efeito, o artigo 231 do Código Penal tipifica as condutas de promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

A conduta de John Bradley Heep, que era o chefe do apelante, amolda-se perfeitamente ao descrito no artigo 231, pois ele promovia a saída de mulheres do Brasil para se prostituírem no denominado núcleo de *Las Vegas*, sendo que as condutas do apelante, por sua vez, concorreram para o êxito da empreitada criminosa, uma vez que Jeffrey auxiliava John recebendo as mulheres no aeroporto, exercendo as funções de motorista e de administrador da casa em que as garotas ficavam, cabendo-lhe controlar os horários, as saídas (“livres” ou para os “programas”), o pagamento pelos serviços prestados e a aplicação de penalidades.

Sobre a aduzida ausência de violência ou de maus-tratos, anoto que a presença de tais circunstâncias ensejaria o aumento da pena (inciso IV do §2º), o que evidencia serem desnecessárias para a tipificação do disposto no *caput* do artigo 231 do Código Penal, sendo mais que

suficiente a comprovação de vício no consentimento das mulheres, o que ocorreu no presente caso, uma vez que há provas no sentido de que as vítimas não tinham conhecimento a respeito das condições estabelecidas no sentido de terem que custear despesas com alimentação, de serem proibidas de saírem sozinhas e de terem o tempo de saída limitado e controlado pelo acusado, bem como da existência de uma série de sanções pelo descumprimento de regras impostas por John (multa de cem dólares por sair no quintal para fumar, por exemplo).

Todos estes fatos anteriormente mencionados, de forma concisa, foram comprovados pelos testemunhos prestados por Louiseane Borges de Oliveira, por Bruna Suelen Pensado Farina Fabris e pelo agente da polícia federal Rafael Rodrigo Pacheco Salaroli, e exaustivamente mencionados na fundamentação da sentença às fls. 1745/1751, que também adoto como fundamentos do meu voto.

Anoto, enfim, que as penas foram fixadas no mínimo, não havendo qualquer interesse no sentido da exclusão da circunstância judicial consistente no fato de o acusado ter praticado o crime com o fim de auferir vantagem econômica.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso.

Tendo em vista que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *HC 126.292-SP*, passou a admitir o cumprimento provisório da pena depois de esgotado o duplo grau de jurisdição, entendimento que também foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça na *QO na APn 675-GO*, determino a *expedição de guia* para que seja iniciada a execução das penas restritivas de direitos perante o juízo de primeiro grau.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0003269-91.2011.4.03.6127

(2011.61.27.003269-0)

Apelante: ALEX ROBERTO FRANZONI

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Classe do Processo: ACr 59920

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2017

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. FALSO TESTEMUNHO. MATERIALIDADE E AUTORIA PRESENTES. DOLO CONFIGURADO. COAÇÃO. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Demonstrados a autoria, o dolo e a materialidade delitiva;
2. As circunstâncias do caso concreto indicam que o acusado agiu com a vontade livre e consciente de fazer afirmação falsa como testemunha em processo judicial, não havendo que se falar em coação. Restou clara a intenção de burlar a lei trabalhista e prejudicar o funcionamento do Poder Judiciário, configurando o dolo apto a ensejar sua condenação nas penas dos artigos 342 do Código Penal;
3. A pena-base deve ser firmada em seu patamar mínimo, pois não é possível considerar fatos ulteriores à prática do delito como antecedentes criminais. Outrossim, a existência de ações penais em curso ou inquéritos não configuram maus antecedentes, conduta social desfavorável nem personalidade voltada para a prática de crime, nos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça;
4. A circunstância de o apelante ter requerido a absolvição sob o fundamento de que agiu com ausência de dolo não implica afastamento do redutor do artigo 65, III, “d”, do Código Penal, uma vez que a espontaneidade exigida pela norma prescinde de motivos. São, pois, irrelevantes as razões pelas quais o agente admitiu a prática do crime para que se aplique a atenuante;
5. Com fundamento no artigo 44, I e II e §2º do Código Penal, e por constituir medida socialmente recomendável, necessário substituir a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos;
6. Recurso da defesa parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa, tão somente para diminuir a pena-base, estabelecendo-a

no mínimo legal, e para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, fixada a pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa e substituída a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de julho de 2017.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por *Alex Roberto Franzoni* contra a r. sentença de fls. 291/293-v, que o condenou à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa pela prática do delito previsto no artigo 342 do Código Penal, substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos.

Em suas razões recursais, a defesa requer a reforma da sentença nos seguintes termos (fls. 309/313):

- a) a absolvição do réu sob o fundamento de que agiu com ausência de dolo, nos termos do artigo 386, III do Código de Processo Penal;
- b) a absolvição do réu sob o fundamento de que agiu sob coação;
- c) a diminuição da pena tendo em vista que não houve resultado naturalístico ou exaurimento do delito;
- d) a diminuição da pena-base;
- e) que incida a atenuante prevista no artigo 65, III, “d” do Código Penal (confissão espontânea).

Contrarrazões ministeriais apresentadas às fls. 315/318.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo parcial provimento da apelação defensiva para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea (fls. 321/322).

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 *Alex Roberto Franzoni* foi denunciado pela prática dos crimes previstos no artigo 342 do Código Penal, por ter feito afirmações falsas, como testemunha, em processo judicial.

Narra a denúncia que *Gilberto Luis da Silva* propôs ação trabalhista em face do Auto Posto J.P.S. LTDA, e que o acusado, em audiência de instrução e julgamento, afirmou, como testemunha compromissada, que trabalhou com *Gilberto* e que ambos cumpriram a mesma jornada de trabalho, no horário das 18h às 2h.

No entanto, *Nilton Cesar Alves* testemunhou que os horários de jornada de trabalho de *Gilberto* e do acusado eram diferentes. Ademais, inquirido em sede policial acerca destes

fatos, o acusado afirmou que seu depoimento nos autos da ação trabalhista não era verídico.

Após a instrução, o Juiz de primeiro grau utilizou-se dos seguintes fundamentos para condenação (fl. 291/293):

No caso em tela, eis o teor do depoimento do acusado, prestado como testemunha do reclamado nos autos da ação trabalhista 0041800-19.2009.5.15.0141, que tramitou perante a Vara do Trabalho de Mococa-SP (fl. 19): “... que trabalhou com o reclamante no horário das 18:00 às 02:00 horas; que confirma que trabalhou com o reclamante no mesmo posto e no mesmo horário; que a testemunha acima (Nilton Cesar Alves) trabalhava das 14:00 às 22:00 horas. O Juízo do Trabalho considerou inverídico o depoimento do acusado naquele processo, dele não se valendo para o deslinde do feito (fl. 19 e sexto parágrafo de fl. 37). Antes, porém, oportunizou às testemunhas, notadamente ao acusado, a possibilidade de retratação, o não ocorreu. Em sede de inquérito, disse o acusado que o depoimento prestado na Justiça do Trabalho não era verídico (fl. 50). Interrogado em juízo, disse que era verdadeiro o teor da denúncia. Confirmou que prestou depoimento inquinado de falso na ação trabalhista, aduzindo que se não o fizesse perderia o emprego (fl. 234). *Contudo, aludida coação não foi provada. Jose Pedro da Silva Junior, o patrão do acusado à época dos fatos, testemunha por ele arrolada, disse que não sabia se Gilberto, o reclamante da ação trabalhista, trabalhou junto com Alex, o acusado, e nem soube informar o horário específico de trabalho de ambos ou mesmo do Auto Posto em questão (fl. 223).* Gilberto Luiz da Silva, o reclamante da ação trabalhista e testemunha de acusação nestes autos, disse que trabalhou no Auto Posto Paulista por um ano. Lá eram três os turnos, sendo eu ele fazia o noturno (das 22 às 06 horas). Alex revezava, mas seu horário era o matutino, das 06 às 14 horas. Nilton trabalhou depois que Gilberto saiu da empresa e fazia o mesmo horário que ele, o noturno (fl. 182). Nilton Cesar Alves, a testemunha da ação trabalhista, disse nestes autos que conhece o acusado porque trabalharam juntos no Auto Posto. Nilton fazia o horário das 9:30 às 06 da manhã e ele, o acusado, fazia das 06 às 14 horas. Gilberto fazia o horário das 9:30 às 06 horas e a testemunha Nilton entrou no lugar dele (Gilberto). Informou que Alex e Gilberto não trabalhavam no mesmo horário (fl. 182). As provas produzidas na Justiça do Trabalho e as colhidas nestes autos demonstram que o acusado, mesmo compromissado nos termos da lei, prestou depoimento falso, pois disse que trabalhou junto com Gilberto e faziam o mesmo horário, das 18:00 às 2:00 horas. *Patente, pois, o dolo. O falso testemunho é classificado como crime de natureza formal. Ainda que seja possível a ocorrência do resultado naturalístico, aquele hábil de ser percebido no mundo fenomênico, sua ocorrência é prescindível para configuração da figura típica. A consumação ocorre, portanto, com a prática da conduta descrita no tipo penal, no momento em que o agente faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou juízo arbitral. Não se exige que, em caso de depoimentos judiciais falsos, o testemunho inverídico influencie a decisão do julgador. Caso isso seja verificado, ocorrerá o resultado material em um crime formal, cuidando-se de exaurimento do crime, que deve ser levado em consideração quando da fixação da pena. Desta forma, com base nestas considerações, rejeito as ponderações da Defesa, no sentido de inexistência de dolo e da suposta coação pelo patrão. Rejeito também a alegação da Defesa de confissão (fls. 88/89). O réu teve a oportunidade de se retratar perante o Juízo Trabalhista, mas não o fez.* Assim, demonstradas a materialidade e autoria delitivas, condeno Alex Roberto Franzoni como incurso nas penas do artigo 342 do Código Penal. Passo à dosimetria da pena (art. 68 do CP), iniciando pelo exame das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Primeiramente, embora a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, tenha majorado a pena para o crime de falso testemunho, passando de 01 a 03 anos para 02 a 04 anos de reclusão, aplica-se a pena vigente à época dos fatos, que ocorreram em 21 de maio de 2009. *O réu apresenta maus antecedentes. Já foi condenado penalmente e possui feitos em andamento (fls. 115/118, 122/125, 127, 243, 253/254 e 263/264).* Assim, fixo

a pena base acima do seu mínimo, em 01 ano e 06 meses de reclusão e 20 dias multa. Na segunda fase, não há incidência de agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, não reconheço a presença de causas de aumento ou diminuição da pena, motivo pelo qual torno definitiva a pena privativa de liberdade em 01 ano e 06 meses de reclusão e 20 dias multa (g.n.).

Passo à matéria devolvida.

A *materialidade* delitiva está demonstrada pelo Termo de Audiência de Instrução e Julgamento e pela cópia da sentença exarados nos autos da ação trabalhista (fls. 18/20 e 34/41). De fato, concluiu-se que o acusado fez afirmação falsa como testemunha em processo judicial, faltando com o compromisso de dizer a verdade.

A *autoria* foi evidenciada pela oitiva das testemunhas de acusação e pelo interrogatório judicial do acusado (fls. 177/182 e 233/234).

Também foi possível verificar o *dolo* na conduta do réu-apelante.

Com efeito, o elemento subjetivo do tipo em questão é o dolo que exige a ciência do acusado acerca da falsidade de suas próprias afirmações, bem como a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no artigo 342 do Código Penal.

Em seu interrogatório judicial, o réu confessou o delito, afirmando que tinha ciência da falsidade de suas afirmações. No entanto, alegou que agiu sob coação, pois tinha sido ameaçado de perder o emprego caso não testemunhasse nos moldes delineados pelo seu chefe e pelo o advogado do Auto Posto.

A tese de que o acusado agiu sob coação não convence.

Com efeito, a defesa não comprovou que houve ameaça por parte do chefe do acusado e nem demonstrou que o réu não poderia agir de outra maneira. A prática de um crime contra a administração da justiça não pode ser admitida como justificativa de salvaguarda financeira do acusado ou de sua família.

As circunstâncias do caso concreto indicam que o acusado agiu com a vontade livre e consciente de fazer afirmação falsa como testemunha em processo judicial, não havendo que se falar em coação. Restou clara a intenção de burlar a lei trabalhista e prejudicar o funcionamento do Poder Judiciário, configurando o dolo apto a ensejar sua condenação nas penas dos artigos 342 do Código Penal.

Assim, demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, bem como o dolo, a manutenção da condenação de *Alex Roberto Franzoni* pelo cometimento do crime do artigo 342 do Código Penal é medida de rigor.

Passo à *dosimetria* da pena.

Primeiramente cumpre esclarecer que o crime previsto no artigo 342 do Código Penal é delito formal, de maneira que a simples conduta de fazer a afirmação falsa como testemunha em juízo já configura o delito de falso testemunho em sua forma consumada, independentemente de resultado naturalístico ou até mesmo se o testemunho foi ou não levado em consideração por aquele juízo para formação de seu convencimento.

Portanto, apesar de requerido pela defesa, tal discussão é irrelevante e *não gera qualquer reflexo de diminuição da pena.*

Na *primeira fase* da dosimetria, a defesa requer a diminuição da pena-base, aduzindo que o aumento o aumento gerado pela reincidência foi desproporcional.

Assiste razão à defesa.

Compulsando os autos, e nos termos das folhas de antecedentes 115/118, 122/125, 127, 243, 253/254, 263/264, verifico que a pena-base deve ser firmada em seu patamar mínimo, pois não é possível considerar fatos ulteriores à prática do delito como antecedentes criminais (v.g., HC 338975/RJ, HC 332040/SC, HC 281474/RS). Outrossim, a existência de ações penais em curso ou inquéritos não configuram maus antecedentes, conduta social desfavorável nem personalidade voltada para a prática de crime, nos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Os demais critérios tais como a culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e as consequências no caso concreto não extrapolam a normalidade e são intrínsecas ao tipo penal em análise.

Assim, na primeira fase de dosimetria da pena, fixo a pena-base no mínimo legal, em *1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

Na *segunda fase* da dosimetria, a defesa requer a incidência da atenuante da confissão espontânea.

Deve prosperar o pedido da defesa, pois o acusado admitiu o cometimento do crime na fase judicial (fl. 234).

A circunstância de o apelante ter requerido a absolvição sob o fundamento de que agiu com ausência de dolo, ou sob coação, não implica afastamento do redutor do artigo 65, III, “d”, do Código Penal, uma vez que a espontaneidade exigida pela norma prescinde de motivos. São, pois, irrelevantes as razões pelas quais o agente admitiu a prática do crime para que se aplique a atenuante.

Ademais, a confissão serviu de fundamento ao decreto condenatório.

Na segunda fase da dosimetria, reconheço a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d” do Código Penal), e reduzo a pena em 1/6 (um sexto), o que, por não haver possibilidade de ser fixada abaixo do mínimo legal, nos termos da súmula 231 do STJ, resulta em *1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa* a qual torno definitiva pela ausência de causa de aumento ou diminuição.

Com fundamento no artigo 44, I e II e §2º do Código Penal, e por constituir medida socialmente recomendável, substituo a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços comunitários a entidade assistencial a ser definida pelo Juízo da Execução Penal.

Mantida, no mais, a sentença condenatória.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa, tão somente para diminuir a pena-base, estabelecendo-a no mínimo legal, e para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, fixada a pena definitiva em *1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa* e substituída a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0016048-47.2011.4.03.6105
(2011.61.05.016048-4)

Apelante: GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 70237
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2017

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 273, § 1º E § 1º-B, I E VI DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA PENA DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A conduta de distribuir produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sem registro na ANVISA, de uso e comercialização proibidos no Brasil, de estabelecimento sem licença da autoridade competente, caracteriza o delito previsto no artigo 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal.

Os Laudos de Perícia Criminal Federal verificaram produtos destinado a fins terapêuticos ou medicinais sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e sem permissão para sua comercialização e importação no território nacional.

Condenação pela prática do crime do artigo 273, 1º-B, I e VI do Código Penal. Aplicada como pena, de ofício, aquela prevista no art. 33 da Lei 11.343/06. Decisão proferida pela Corte Especial do STJ (HC nº 239.363-PR) em 26.02.2015, a qual acolheu a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do art. 273, § 1º -B, V, do Código Penal.

Autorizada a execução provisória da pena. Entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Apelação do réu a que se nega provimento. De ofício, aplicada a pena do art. 33 da Lei 11.343/06.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, POR MAIORIA, NEGAR PROVIMENTO à apelação do réu GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI, para manter sua condenação pela prática do crime do art. 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal, nos termos do voto do Relator, com quem vou o Des. Fed. Nino Toldo, vencida a Des. Fed. Cecília Mello que desclassificava a conduta imputada ao apelante para a figura do artigo 334, do Código Penal, prosseguindo, a Turma, POR MAIORIA, decidiu de ofício, aplica o preceito secundário do delito do art. 33, da Lei nº 11.343/06, nos termos do voto do Des. Fed. Relator, com quem votou a Des. Fed. Cecília Mello, vencido o Des. Fed. Nino Toldo que não aplicava a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, finalmente a Turma pelo voto do Des. Fed.

Relator decidiu fixar a pena definitivamente em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias- multa, no valor legal, vencida, em parte, a Des. Fed. Cecília Mello que fixava a pena em 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e a substituíu por duas restritivas de direito e vencido, também em parte, o Des. Fed. Nino Toldo que fixava a pena em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário legal. Lavrará o acórdão o Des. Fed. Relator.

São Paulo, 25 de abril de 2017.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Cuida-se de Ação Penal fundada em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI pela prática da conduta definida no artigo 273, § 1º e § 1º-B, incisos I e VI do Código Penal.

Narra a denúncia que o réu distribuiu a consumo produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, adquiridos de estabelecimento igualmente sem licença da autoridade sanitária competente.

A acusatória aponta que, nos dias 22, 23 e 24 de fevereiro de 2011, foram apreendidas no Centro de Triagem e Distribuição dos Correios em Valinhos (SP), oito caixas contendo suplementos esportivos não registrados na ANVISA, fabricados nos Estados Unidos da América, supostamente enviados por Ana Lúcia, Paulo Santos, Lucas Maia, Gustavo de Vasconcelos Bianchi e Guilherme P. S. Souza. Na fase inquisitorial, o réu teria admitido ser proprietário das mercadorias enviadas por Guilherme P.S. Souza, Ana Lúcia e Paulo Santos.

A denúncia foi recebida em 04/06/2014 (fls. 185/187).

Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença (fls. 354/356), publicada em 27/09/2016 (fls. 357), por meio da qual o magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o réu pela prática da conduta definida no artigo 273, § 1º e § 1º-B, incisos I e VI do Código Penal, a uma pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 (quinze) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Em suas razões recursais (fls. 369/377), o réu postula sua absolvição uma vez que não estaria demonstrada a materialidade do delito. Alega que não foi realizada análise laboratorial que pudesse apontar que os produtos apreendidos eram realmente medicamento ou produto com fins terapêuticos. Sustenta que os produtos apreendidos são suplementos alimentares, que não caracterizam o crime do art. 273 do Código Penal. Acrescenta ainda que o material apreendido não foi localizado, o que impossibilitou a comprovação de que não havia substância medicamentosa entre os produtos apreendidos, bem como não foi possível a perícia grafotécnica. Caso não seja esse o entendimento adotado, pretende a desclassificação do delito para a modalidade culposa do art. 273 CP ou para aquele previsto no art. 278 do Código Penal.

Contrarrazões da acusação (fls. 380/383), nas quais requer o desprovimento do recurso da defesa e a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06 ao réu.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento da apelação do réu e pelo não acolhimento do pleito da acusação de aplicação do preceito secundário

do delito de tráfico de drogas (fls. 393/396).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Dos Fatos

Consoante se depreende do Relatório, imputa-se ao réu a prática da conduta descrita no art. 273, § 1º e 1º-B, I e VI do Código Penal:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - *Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.*

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - *Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:*

I - *sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;*

II - *em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;*

III - *sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;*

IV - *com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;*

V - *de procedência ignorada;*

VI - *adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.* - grifei

Cuida-se de crime formal, já que prescinde da efetiva ocorrência do dano a alguém. O objeto material do crime é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Por sua vez, o objeto jurídico é a saúde pública.

Trata-se de crime do tipo misto alternativo na medida em que a prática de uma ou mais condutas, desde que inseridas no mesmo contexto, implica sempre num delito único.

Da Materialidade

A materialidade do crime descrito no art. 273, § 1º e § 1º-B, I e VI do Código Penal foi devidamente comprovada nos autos, restando incontroversa.

Os autos de apreensão (fls. 09, 19, 31) demonstram que foram apreendidas 08 (oito) caixas de papelão. Dentro das caixas, havia grande quantidade de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

O laudo pericial (fls. 41/84) esclareceu que os produtos apreendidos eram de importação e distribuição proibidas em território nacional, em razão da ausência de registro na ANVISA. Foram listados os seguintes produtos no laudo pericial:

- Hydroxycut (55 caixas com 120 cápsulas cada uma);

- Vitrix (12 frascos com 180 cápsulas cada);

- Humano Growth (19 frascos com 120 cápsulas cada);
- Ripper Up (23 frascos com 120 cápsulas cada);
- Women's Ultra Mega (08 caixas com 90 cápsulas cada);
- Natrol (glucosamine, chondroitin) (20 frascos com 90 comprimidos cada);
- Dymatize (CLA) (03 frascos com 90 cápsulas cada);
- Sustanon 250 (09 frascos com 42 comprimidos cada);
- RoxyLean (ECA) (01 frasco com 60 cápsulas cada);
- Evolve (55 frascos com 90 cápsulas cada);
- Estatropin (21 frascos com 64 cápsulas cada);
- Lipo 6 (10 frascos com 120 cápsulas cada);
- Plasmagen (23 frascos com 200 cápsulas cada);
- One more Rep (02 frascos com 224 g cada);
- HMB (15 frascos com 90 cápsulas cada);
- Lipo 6 (04 caixas com 60 cápsulas cada);
- Anarchy Covalex (13 frascos - 203g e 214g);
- Dianabol (01 frasco com 90 comprimidos cada);
- Hemo Rage (19 frascos com 265g);
- Black Mamba Hypemu (ephedra) (08 frascos com 90 cápsulas cada);
- Lipo 6X (23 frascos com 120 cápsulas cada);
- Lipo 6 Black (27 frascos com 120 cápsulas cada);
- New T-Up (testosterone booster) (01 frasco com 150 cápsulas);
- Plasmagen Nitrate (01 frasco com 200 cápsulas);
- New naNOx9 (22 caixas com 180 cápsulas cada);
- Mesomorph (thiamizine) (30 frascos com 388g)
- Black Mamba Yperrush (ephedra) (23 frascos com 90 cápsulas cada);
- Creakic (10 caixas com 180 cápsulas cada);
- Myo Shock HSP (01 caixa com 140 cápsulas);
- Leukic (03 caixas com 180 cápsulas cada);
- Gakic (16 caixas com 128 cápsulas);
- MRM (DHEA) (54 frascos com 60 cápsulas cada).

No laudo, restou destacada a origem estrangeira dos produtos apreendidos: “Todos os produtos apresentados possuem origem descrita como sendo dos Estados Unidos da América”. Bem assim, foi ressaltada pelo *expert* a ausência de registro dos mesmos junto à ANVISA: “os produtos encaminhados a exame não possuem registro junto à ANVISA, sendo proibidas sua importação, comércio e uso em todo o território nacional.”

Comprovada, portanto, a materialidade do delito. Os produtos foram importados irregularmente e seriam distribuídos, via Correios, no território nacional.

O réu, em suas razões recursais, alega que a materialidade não restou demonstrada porquanto não foi feita análise laboratorial dos produtos apreendidos. Nesse contexto, alega que os produtos são “suplementos alimentares” e não se trata de produto falsificado, adulterado,

corrompido ou alterado.

Em que pesem as alegações do réu, observo que o laudo pericial colacionado às fls. 41/84 é suficiente para demonstrar a materialidade do delito. Com efeito, o tipo penal tipifica a importação e a distribuição de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais sem registro e/ou adquiridos de estabelecimento sem licença da ANVISA, caso dos autos, sendo despendida a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração dos mesmos. Assim, se os produtos deveriam ter registro no órgão de vigilância competente e não o possuem, caracterizado está o delito (art. 273, § 1-B, I CP), ainda que não se trate de produtos falsificados, corrompidos, adulterados ou alterados, condições exigidas somente para as figuras do art. 273, *caput* e § 1º do Código Penal.

Dessa forma, não vislumbro a necessidade de análise laboratorial do conteúdo dos produtos apreendidos para a comprovação da materialidade, ao contrário do que alega a defesa.

A tese de que os produtos apreendidos seriam apenas “suplementos alimentares”, que não se enquadrariam no conceito de “produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais” também não prospera.

Em nota técnica (nº 123/2012), a ANVISA esclareceu que 21 (vinte e um) dos produtos apreendidos, além de não possuírem o respectivo registro como alimentos, jamais o teriam porquanto contêm substâncias não autorizadas para uso em alimentos por se tratarem de substâncias fitoterápicas, anabolizantes, medicamentosas, hormonais, dentre outras (fls. 139/141).

Ademais, dentre os produtos apreendidos foram encontradas substâncias sujeitas a controle especial, previstas na Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, conforme ressaltado no laudo pericial:

Os peritos esclarecem que para os itens 5 da tabela 8 (DHEA), item 7 da tabela 4 (DIANABOL) e item 7 da tabela 2 (SUSTANON 250), conforme os rótulos presentes nos frascos dos produtos, podem existir substâncias anabolizantes que seriam sujeitas a receita de controle especial, previstas na RDC - ANVISA - nº 21 da ANVISA de 17/06/2010, que atualiza a lista de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Por essa razão, os produtos apreendidos apresentam potencial lesivo à saúde pública e a conduta imputada ao réu subsome-se, com exatidão, ao art. 273, § 1º e § 1º-B, I e VI do Código Penal. Dessa forma, improcedente o pedido do réu para que sua conduta seja desclassificada para o delito do art. 278 do Código Penal.

Comprovada, portanto, a materialidade do delito.

Da Autoria e do Dolo

A autoria restou igualmente comprovada.

O acusado, desde a fase inquisitiva, admitiu a postagem dos produtos apreendidos (fls. 36 e mídia fl. 320). Alegou, no entanto, que enviou os produtos a seus amigos, sem qualquer finalidade comercial, circunstância irrelevante para a configuração do crime.

No mesmo sentido, as testemunhas ouvidas em juízo confirmaram que eram as destinatárias dos produtos apreendidos, encaminhados pelo réu a título de presente (fls. 294 e 312).

Comprovada a autoria pela confissão do réu e pelos depoimentos testemunhais, desnecessária a realização de perícia grafotécnica para verificar se os manuscritos constantes nas caixas enviadas partiram do punho do réu.

Saliente-se ainda que o dolo restou igualmente demonstrado, pelo que não há que se falar em condenação pela modalidade culposa, como pretendido pela defesa.

O réu postou as encomendas nos Correios utilizando-se de nomes fictícios, o que denota que tinha ciência da ilicitude de sua conduta. Além disso, o réu era proprietário de uma loja que comercializava suplementos esportivos, razão pela qual sabia, ou deveria saber, da existência de várias normas, editadas pela ANVISA, que regulamentam a venda e a aquisição de produtos desse segmento.

Comprovadas materialidade, autoria e dolo, de rigor a manutenção da sentença que condenou o réu.

Da Pena do Art. 273 do Código Penal

O artigo 273 do Código Penal foi substancialmente modificado pela Lei 9.677/1998. Motivado pela descoberta maciça de medicamentos falsificados comercializados no País, o legislador alterou a redação do *caput* do artigo e seu § 1º, acrescentou os §§ 1-A e 1-B, incluiu os delitos enumerados no artigo no rol de crimes hediondos e recrudesceu sobremaneira a pena (antes de um a três anos) para dez a quinze anos.

A constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal passou a ser alvo de impugnação e, nesse contexto, foi objeto de decisão do Órgão Especial desta E. Corte que, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000793-60.2009.4.03.6124, decidiu pela *constitucionalidade* da pena prevista para o delito, nos seguintes termos:

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

- Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

- *Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.*

- Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)

- O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª Minª Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.

- *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.
- Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. *Habeas Corpus ex officio* não conhecido. (TRF 3ª Região, ÓRGÃO ESPECIAL, ARGINC 0000793-60.2009.4.03.6124, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, e-DJF3 CJ 1: 23/08/2013)

Dessa forma, como integrante da Décima Primeira Turma, órgão fracionário deste Tribunal, vinha adotando a referida orientação e aplicando, aos condenados pelos crimes do art. 273 do Código Penal, seu respectivo preceito secundário. Paralelamente, afastava a tese das defesas dos réus, muitas vezes endossadas pela acusação, que pleiteavam, por analogia, a aplicação da pena do tráfico de entorpecentes nas condenações pelo crime em espeque.

Consoante meu entendimento, tal analogia, combinando diferentes dispositivos da legislação penal, afronta a lei. Uma vez reconhecida a constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, tal prática fere o princípio da estrita legalidade previsto no art. 5º XXXIX da Carta Magna e no art. 2º do Código Penal, já que se utiliza pena diversa da prescrita em lei.

Ocorre que, recentemente, a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em arguição de incidente de inconstitucionalidade, declarou inconstitucional o preceito secundário da norma penal em testilha, por ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Por oportuno, transcrevo a ementa do referido julgado:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.
2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.
3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.
4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.
5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.
6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.

..EMEN:(AINHC 201200764901, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:10/04/2015 ..DTPB:.)

Com a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma penal em tela, a Corte Superior passou a entender pela possibilidade de aplicação das penas previstas para o crime de tráfico de drogas aos crimes tipificados no artigo 273 do Código Penal, em razão da semelhança entre as condutas, inclusive com a possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. A propósito, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 273, § 1-B, DO CP. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Com a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, *tornou-se possível aplicar aos crimes tipificados nesse artigo as penas previstas para o delito de tráfico de drogas, devido a semelhança entre as condutas, sendo, inclusive, cabível a concessão da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 nas hipótese em que o apenado preencha todos os requisitos legais.*

2. Agravo regimental improvido.

..EMEN:(AGRESP 201600780338, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:01/07/2016 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR DO *WRIT*. ART. 210 DO RISTJ. AUSÊNCIA MANIFESTA DE QUALQUER CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 273, §§ 1º E 1º-B, I E V, DO CÓDIGO PENAL. IMPORTAR E TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, FALSIFICADO E DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. PRECEITO SECUNDÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. APLICABILIDADE. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CONFORMIDADE COM A LEI Nº 8.072/1990. CRIME DE NATUREZA HEDIONDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do que é permitido pelo art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça ao relator de *habeas corpus* impetrado nesta Corte Superior, indefere-se liminarmente o *writ* quando não há flagrante constrangimento ilegal ou qualquer mácula nas decisões das instâncias ordinárias que justifiquem a intervenção deste Tribunal.

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no HC nº 239.363/PR por sua Corte Especial, reconheceu não apenas a desproporcionalidade do preceito secundário do delito previsto no art. 273, § 1º e § 1º-B, I e V, do Código Penal - imputado ao paciente -, a fim de admitir a aplicação da reprimenda prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 para o crime em comento, como também a possibilidade de incidência do respectivo § 4º, quando for o caso.*

3. Não há, porém, nenhuma ilegalidade manifesta no indeferimento da referida benesse quando, apesar de o paciente não registrar outros antecedentes criminais e ser pequena a quantidade de cada produto importado e mantido em depósito, para venda, sem autorização do órgão de vigilância sanitária competente (Anvisa), falsificado ou de origem desconhecida, a sua variedade e as próprias circunstâncias em que foram encontrados denotam a não eventualidade da prática criminosa.

4. A Lei dos Crimes Hediondos não apenas manteve em seu art. 1º,VII-B o mesmo nome iuris utilizado no art. 273 do Código Penal, como também indicou expressamente que as

condutas descritas no Diploma Repressivo geral apresentavam caráter hediondo, a receber o tratamento mais severo imposto pela lei especial, inclusive para a progressão de regime.

5. Agravo regimental não provido.

..EMEN:(AIHC 201601147370, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:06/06/2016 ..DTPB:.)

Os reflexos do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça passaram a ser sentidos também nos julgados deste Tribunal. Em muitos casos, o Superior Tribunal de Justiça vem determinando o retorno dos autos a esta Corte, para que uma nova dosimetria da pena imposta ao crime do art. 273 do Código Penal seja realizada, tomando-se por base o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06. A título de exemplo, confirmam-se recentes julgados de minha relatoria:

DIREITO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. PENA. ALTERAÇÃO. DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. PRECEITO SECUNDÁRIO AFASTADO. APLICADO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO ALTERADA.

1. Reexame da dosimetria em virtude de decisão do C. STJ, por meio da qual se interpretou que, ante a declaração (pela Corte Especial daquele Tribunal Superior) de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, seria aplicável ao presente caso (quanto à conduta que se amoldaria, inicialmente, àquela figura típica) o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006. Conduta reexaminada a partir dessa premissa.

2. Autoria, materialidade e dolo. Comprovação.

3. Dosimetria da pena. Condenação pelo crime do art. 273 do Código Penal. Preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06.

4. Pena definitivamente fixada em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa tendo estes o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

5. Embargos Infringentes opostos pelo réu parcialmente providos para condená-lo pela prática do delito do art. 273 do Código Penal. Reexaminada a dosimetria da pena, em obediência à decisão do STJ contida nos autos, afastada a incidência do preceito secundário do dispositivo, utilizando, para fins de dosimetria, o preceito secundário contido no art. 33 da Lei 11.343/06. (EIFNU 00020373220104036110, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - QUARTA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/11/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PENA. ALTERAÇÃO. DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. PRECEITO SECUNDÁRIO AFASTADO. APLICADO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO ALTERADA.

1. Reexame da dosimetria em virtude de decisão do C. STJ, por meio da qual se interpretou que, ante a declaração (pela Corte Especial daquele Tribunal Superior) de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, seria aplicável ao presente caso (quanto à conduta que se amoldaria, inicialmente, àquela figura típica) o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006. Conduta reexaminada a partir dessa premissa.

2. Autoria, materialidade e dolo. Comprovação.

3. Dosimetria da pena. Condenação pelo crime do art. 273 do Código Penal. Preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06.

4. Pena definitivamente fixada em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa tendo estes o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. 5. Apelação do Ministério Público Federal e do réu parcialmente providas para condenar o réu pela prática do crime descrito no art. 273, § 1º e 1º-B, I do Código Penal. Reexaminada a dosimetria da pena, em

obediência à decisão do STJ contida nos autos, afastada a incidência do preceito secundário do dispositivo, utilizando, para fins de dosimetria, o preceito secundário contido no art. 33 da Lei 11.343/06.

(ACR 00017566320074036116, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PENA. ALTERAÇÃO. DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. PRECEITO SECUNDÁRIO AFASTADO. APLICADO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO ALTERADA.

1. Reexame da dosimetria em virtude de decisão do C. STJ, por meio da qual se interpretou que, ante a declaração (pela Corte Especial daquele Tribunal Superior) de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, seria aplicável ao presente caso (quanto à conduta que se amoldaria, inicialmente, àquela figura típica) o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006. Conduta reexaminada a partir dessa premissa.

2. Autoria, materialidade e dolo. Comprovação.

3. Dosimetria da pena. Condenação pelo crime do art. 273 do Código Penal. Preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06.

4. Pena definitivamente fixada em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa tendo estes o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

5. Apelação do Ministério Público Federal e do réu parcialmente providas para condenar o réu pela prática do crime descrito no art. 273, § 1º e 1º-B, I do Código Penal. Reexaminada a dosimetria da pena, em obediência à decisão do STJ contida nos autos, afastada a incidência do preceito secundário do dispositivo, utilizando, para fins de dosimetria, o preceito secundário contido no art. 33 da Lei 11.343/06.

(ACR 00017566320074036116, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ademais, há recente julgado desta Corte que aplicou ao crime do artigo 273 o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (g.n.):

PENAL - TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, CONTRABANDO, IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS ADULTERADOS/SEM REGISTRO NA ANVISA E MOEDA FALSA - TIPICIDADE - INSIGNIFICÂNCIA - AUTORIA - PENAS.

I - A quantidade de medicamentos/anabolizantes ocultos no compartimento de ar condicionado do veículo evidencia, nitidamente, sua finalidade comercial, afastando a tese de consumo próprio. Além dos medicamentos, a quantia de cocaína também é significativa, ainda que os acusados tenham se considerado usuários da droga, alegando que a utilizavam por inalação, ou seja, aspirando-se pó. Entretanto, a cocaína apreendida é da forma de “base livre”, tratando-se de material sólido “em forma de pedras”, não se tratando, pois, de cocaína pronta para se inalar, em pó.

II - De outro vértice, a par do intuito da defesa em tentar partilhar a presente ação delituosa, atribuindo, assim, a importação de medicamentos e anabolizantes a Rodrigo e José Ricardo e a titularidade do entorpecente a José Eduardo, vejo que tal tese não possui amparo fático-jurídico. Neste diapasão, é forçoso ressaltar que todos foram flagrados no veículo que ocultava essas substâncias e, segundo o depoimento dos policiais que realizaram a abordagem, todos os acusados sabiam que substâncias ilícitas tinham sido ocultadas no veículo, eis que efetuaram a viagem até o Paraguai com unidade de desígnios, com total conhecimento da operação realizada em conjunto e com absoluta sintonia de propósitos.

III - Unidade de desígnios, compartilhamento de ações, convergência e solidariedade de propósitos é o que claramente se deduz de toda a complexa ação realizada entre os três acusados. O que se deu, no presente caso, foi a adesão do comportamento de um aos demais, fato essencial para a consumação do delito, havendo, pois, corresponsabilidade de tudo que fora apreendido em território nacional no interior do automóvel, onde cada um concorreu para a consumação dos crimes tipificados na denúncia. É o que se descreve doutrinariamente como vínculo subjetivo ou psicológico, ou seja, a consciência de contribuir para a atividade delituosa de outrem.

IV - Igualmente há de se manter o entendimento da sentença quanto à aplicação do princípio da insignificância quanto aos demais produtos estrangeiros apreendidos, eis que o valor tributável não ultrapassa o limite verificado por Portaria do Ministério da Fazenda para a cobrança de seus créditos, sendo tal matéria pacificada pelos Tribunais Superiores.

V - Sendo assim, é caso de dar parcial provimento ao recurso ministerial, para que todos respondam, indistintamente, pelos delitos do art. 273, §§ 1º e 1º-B e incisos I, II e IV do Código Penal e art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

VI - *Pena do artigo 273 do Código Penal. Fixada como pena aquela mínima prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, em 05 anos de reclusão, em razão de decisão proferida pela Corte Especial do STJ (HC nº 239.363-PR) em 26.02.2015, a qual acolheu a arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do art. 273, § 1º -B, V, do Código Penal. Aplicada a fração de 1/6 como causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da legislação ordinária acima, eis que não há prova nos autos de que os acusados integrem organização criminosa ou façam do crime seu meio de vida, sendo primários e sem antecedentes registrados. Seguindo os mesmos critérios, a pena de multa resulta em 416 dias-multa no valor unitário fixado na sentença.*

VII - Fixada a pena mínima de 05 anos para todos os acusados, com base no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, em relação especificamente ao crime de tráfico de entorpecentes, aplicando-se a fração de 1/6 como causa de aumento prevista no art. 40, I, da legislação supra e a mesma fração de 1/6 como causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da legislação ordinária acima, pelas mesmas justificativas anteriormente explicitadas. Seguindo os mesmos critérios, a pena de multa resulta em 485 dias-multa no valor unitário fixado na sentença.

VIII - De conformidade com a regra do art. 70 do CP, dada a existência de concurso formal, aplica-se a fração de aumento de 1/6 em relação ao delito mais grave, que é o do delito de drogas. Resta, assim, a pena final dos réus José Eduardo e Rodrigo em 05 anos, 08 meses e 01 dia de reclusão e pagamento de 583 dias-multa. A pena de José Ricardo resta acrescida pelo delito do art. 289, § 1º, do Código Penal em 03 anos de reclusão, totalizando o montante de 08 anos, 08 meses e 01 dia de reclusão e pagamento de 613 dias-multa. Fica mantido o regime inicial fechado, tratado na sentença, em função da gravidade dos produtos ilícitos importados, além de moedas falsas e de entorpecente em quantidade considerável para fins de comércio.

IX - Parcial provimento aos recursos.

(ACR 00078380420114036106, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Tecidas essas considerações e levando em conta que o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça é mais favorável ao réu, passo à análise da dosimetria das penas, tomando como parâmetro o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006, o que faço de ofício.

Destaco que a dosimetria da pena para os crimes do art. 273 do Código Penal deve levar em conta as sanções abstratamente previstas para o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 e não apenas a aplicação restrita de seu preceito secundário. Isso porque não se pode, a partir de novo amoldamento da conduta (ao menos para fins sancionatórios, como parece ser a *ratio* da decisão superior), buscar a aplicação apenas das disposições jurídicas

convenientes a uma das partes, mas sim de todo o conjunto de normas atinente ao quadro fático examinado em um caso concreto.

Assim, amoldando-se a conduta ao art. 33 da Lei 11.343/06, não se tem apenas a aplicação de uma disposição normativa específica, mas de todas as normas penais pertinentes a esse enquadramento jurídico. Interpretação outra implicaria verdadeira negativa de vigência a todas as demais disposições legais pertinentes (como as constantes do art. 40 e do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06), as quais, assumido o enquadramento inicial da conduta como amoldada ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, passam a ser em tese aplicáveis ao caso (se preenchidos os demais requisitos fáticos previstos nesses mesmos enunciados normativos).

Dosimetria

Na primeira fase da dosimetria, o juiz não considerou qualquer circunstância judicial desfavorável, o que deve ser mantido, ante a ausência de impugnação da acusação quanto a este aspecto.

No entanto, utilizando-se como parâmetro o preceito secundário do crime do art. 33 da Lei 11.343/06, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, conquanto haja em benefício do acusado a atenuante da confissão espontânea, tal reconhecimento não influirá na definição da pena, que não pode ficar aquém do mínimo, consoante preconizado na súmula 231 do STJ.

Assim, a pena, na segunda fase, resta mantida tal como na primeira etapa.

Por derradeiro, na terceira fase da dosimetria, incide a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que o réu é primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas definidas no *caput* e no § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, nem integra organização criminosa.

Considerando as circunstâncias do caso, em que o réu foi o responsável pela distribuição, no território nacional, de mais de trinta tipos diferentes de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais e milhares de cápsulas/comprimidos, sendo todos de comercialização proibida em território nacional, reduzo a pena em 1/6 (um sexto).

Não incide a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/06 já que a denúncia não faz menção à importação dos produtos mas tão somente à sua distribuição, pelo réu, no território nacional.

Assim, torno a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Como consequência da redução da pena fixo o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Saliente-se o disposto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.736/2012 em nada altera o regime imposto ao réu, já que ele não esteve preso ao longo da instrução.

Ausente requisito objetivo, deixo de determinar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

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 reinterpreto 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, NEGOU PROVIMENTO à apelação do réu para manter sua condenação pela prática do crime do art. 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal e DE OFÍCIO, aplico-lhe a pena do art. 33 da Lei 11.343/06, fixando a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor mínimo legal.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO:

Na sessão de 25.04.2017, o e. Relator, Desembargador Federal José Lunardelli, negou provimento à apelação de GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI, para manter sua condenação pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, I e VI, do Código Penal, e de ofício, aplicar a pena do art. 33, *caput*, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), fixando a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. A e. Desembargadora Federal Cecília Mello acompanhou o relator.

Na ocasião, pedi vista dos autos para melhor analisar a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ao crime do art. 273 do Código Penal, tema dos mais relevantes e que tem reflexos em inúmeros casos em julgamento na Seção e nas Turmas Criminais desta Corte. A pena foi aplicada pelo e. Relator da seguinte forma:

Da Pena do Art. 273 do Código Penal

O artigo 273 do Código Penal foi substancialmente modificado pela Lei 9.677/1998. Motivado pela descoberta maciça de medicamentos falsificados comercializados no País, o legislador alterou a redação do *caput* do artigo e seu § 1º, acrescentou os §§ 1-A e 1-B, incluiu os delitos enumerados no artigo no rol de crimes hediondos e recrudesceu sobremaneira a pena (antes de um a três anos) para dez a quinze anos.

A constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal passou a ser alvo de impugnação e, nesse contexto, foi objeto de decisão do Órgão Especial desta E. Corte que, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000793-60.2009.4.03.6124, decidiu pela *consti-*

tucionalidade da pena prevista para o delito, nos seguintes termos: (...)

Dessa forma, como integrante da Décima Primeira Turma, órgão fracionário deste Tribunal, vinha adotando a referida orientação e aplicando, aos condenados pelos crimes do art. 273 do Código Penal, seu respectivo preceito secundário. Paralelamente, afastava a tese das defesas dos réus, muitas vezes endossadas pela acusação, que pleiteavam, por analogia, a aplicação da pena do tráfico de entorpecentes nas condenações pelo crime em espeque.

Consoante meu entendimento, tal analogia, combinando diferentes dispositivos da legislação penal, afronta a lei. Uma vez reconhecida a constitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, tal prática fere o princípio da estrita legalidade previsto no art. 5º XXXIX da Carta Magna e no art. 2º do Código Penal, já que se utiliza pena diversa da prescrita em lei.

Ocorre que, recentemente, a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em arguição de incidente de inconstitucionalidade, declarou inconstitucional o preceito secundário da norma penal em testilha, por ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Por oportuno, transcrevo a ementa do referido julgado: (...)

Com a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma penal em tela, a Corte Superior passou a entender pela possibilidade de aplicação das penas previstas para o crime de tráfico de drogas aos crimes tipificados no artigo 273 do Código Penal, em razão da semelhança entre as condutas, inclusive com a possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. A propósito, confira-se: (...)

Os reflexos do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça passaram a ser sentidos também nos julgados deste Tribunal. Em muitos casos, o Superior Tribunal de Justiça vem determinando o retorno dos autos a esta Corte, para que uma nova dosimetria da pena imposta ao crime do art. 273 do Código Penal seja realizada, tomando-se por base o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06. A título de exemplo, confirmam-se recentes julgados de minha relatoria: (...)

Tecidas essas considerações e levando em conta que o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça é mais favorável ao réu, passo à análise da dosimetria das penas, tomando como parâmetro o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006, o que faço de ofício.

Destaco que a dosimetria da pena para os crimes do art. 273 do Código Penal deve levar em conta as sanções abstratamente previstas para o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 e não apenas a aplicação restrita de seu preceito secundário. Isso porque não se pode, a partir de novo amoldamento da conduta (ao menos para fins sancionatórios, como parece ser a *ratio* da decisão superior), buscar a aplicação apenas das disposições jurídicas convenientes a uma das partes, mas sim de todo o conjunto de normas atinente ao quadro fático examinado em um caso concreto.

Assim, amoldando-se a conduta ao art. 33 da Lei 11.343/06, não se tem apenas a aplicação de uma disposição normativa específica, mas de todas as normas penais pertinentes a esse enquadramento jurídico. Interpretação outra implicaria verdadeira negativa de vigência a todas as demais disposições legais pertinentes (como as constantes do art. 40 e do art. 33, § 4º, da Lei 11.343.06), as quais, assumido o enquadramento inicial da conduta como amoldada ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, passam a ser em tese aplicáveis ao caso (se preenchidos os demais requisitos fáticos previstos nesses mesmos enunciados normativos).

Dosimetria

Na primeira fase da dosimetria, o juiz não considerou qualquer circunstância judicial desfavorável, o que deve ser mantido, ante a ausência de impugnação da acusação quanto a este aspecto.

No entanto, utilizando-se como parâmetro o preceito secundário do crime do art. 33 da Lei 11.343/06, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, conquanto haja em benefício do acusado a atenuante da confissão espontânea, tal reconhecimento não influirá na definição da pena, que não pode ficar

aquém do mínimo, consoante preconizado na súmula 231 do STJ.

Assim, a pena, na segunda fase, resta mantida tal como na primeira etapa.

Por derradeiro, na terceira fase da dosimetria, incide a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que o réu é primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas definidas no *caput* e no § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, nem integra organização criminosa.

Considerando as circunstâncias do caso, em que o réu foi o responsável pela distribuição, no território nacional, de mais de trinta tipos diferentes de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais e milhares de cápsulas/comprimidos, sendo todos de comercialização proibida em território nacional, reduz a pena em 1/6 (um sexto).

Não incide a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/06 já que a denúncia não faz menção à importação dos produtos mas tão somente à sua distribuição, pelo réu, no território nacional.

Assim, torno a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Como consequência da redução da pena fixo o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Saliente-se o disposto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.736/2012 em nada altera o regime imposto ao réu, já que ele não esteve preso ao longo da instrução.

Ausente requisito objetivo, deixo de determinar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Passo ao meu voto.

O juízo *a quo* aplicou o preceito secundário da norma contida no art. 273 do Código Penal e, assim, na *primeira fase*, fixou a penas-base no mínimo legal, ou seja, 10 (dez) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. Não reconheceu circunstâncias agravantes, nem atenuantes, também não reconheceu a incidência de causas de aumento ou diminuição da pena, tornando-a definitiva em 10 (dez) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Quanto à dosimetria da pena para o crime do art. 273 do Código Penal, algumas considerações são necessárias.

Não há dúvida de que a pena de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa para o crime em exame é bastante alta e, por isso, tem levado a algumas perplexidades nos casos concretos examinados, dada a evidente desproporcionalidade que se verifica. Apenas para ficar num exemplo, a pena prevista para o tráfico de drogas, crime de claríssima repulsa social, varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa, o que significa dizer que, em certos casos, aquele que trafica cocaína poderá ter uma pena significativamente inferior à daquele que importa medicamento sem registro na Anvisa. Uma desproporção injusta.

Isso levou a que se arguisse, no âmbito do Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal. Esse órgão colegiado, entretanto, rejeitou a arguição, em acórdão assim ementado:

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

- Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando

sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

- Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.

- Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)

- O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª Minª Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.

- *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.

- Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. *Habeas Corpus ex officio* não conhecido. (ARGINC 0000793-60.2009.4.03.6124, Rel. Des. Federal Márcio Moraes, Rel. p/ acórdão Des. Federal Diva Malerbi, j. 14.08.2013, e-DJF3 Judicial 1 23.08.2013)

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, por sua Corte Especial, declarou a inconstitucionalidade desse mesmo preceito secundário ao julgar o AI no HC 239.363/PR, em acórdão assim ementado:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a

pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.

5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.

(AI no HC 239.363/PR, Corte Especial, maioria, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26.02.2015, DJe 10.04.2015)

Pois bem. Há, neste e em outros casos análogos, um dilema: existe uma decisão do Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal (TRF) no sentido da constitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal e outra, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sentido contrário, ou seja, declarando-o inconstitucional. Qual dessas decisões deve servir de parâmetro para os julgamentos nas Turmas e na Seção? Há vinculação a essas decisões? Se há, a qual delas?

No que toca à rejeição da arguição de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial deste Tribunal, veja-se o que dispõe o seu Regimento Interno, em seu art. 176, *caput*:

Art. 176. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pelo Plenário, aplicar-se-á aos feitos submetidos às Turmas, às Seções ou ao Plenário.

E o complemento contido em seu parágrafo único:

Parágrafo único. Cessará a vinculação referida neste artigo caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso, total ou parcialmente.

Observe que a referência ao Plenário, no *caput* desse dispositivo, deve ser entendida como ao Órgão Especial.

Numa interpretação literal desse dispositivo regimental, vinculante seria apenas a decisão do Órgão Especial que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; a que rejeitasse a arguição de inconstitucionalidade, não. Se assim é ou deveria ser, os demais órgãos fracionários do Tribunal (Seção e Turmas) não estariam vinculados à decisão do Órgão Especial e, por isso, poderiam decidir de acordo com a jurisprudência estabelecida no âmbito do STJ. Todavia, afastar o preceito secundário por inconstitucionalidade caracterizaria violação à Súmula Vinculante nº 10 do STF, que trata da cláusula de reserva de plenário.

De outro lado, se a decisão do Órgão Especial é vinculante, mesmo quando rejeita a arguição de inconstitucionalidade, como fazer, diante da decisão do STJ em sentido contrário?

Quanto a essa decisão do STJ, ela não tem força vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário. Para estes, serve apenas de precedente. Vinculante ela é para os órgãos fracionários daquele Tribunal superior.

Surge, então, uma questão de ordem prática e que envolve os princípios da economia processual e da duração razoável do processo: se os órgãos fracionários deste TRF estiverem vinculados à decisão do Órgão Especial que rejeitou a arguição de inconstitucionalidade, devem aplicar o preceito secundário do art. 273 do Código Penal. Contudo, certamente haverá

recurso da defesa e, por força dessa decisão vinculante daquele Tribunal para os seus órgãos fracionários, o recurso será provido e a dosimetria da pena será anulada para que outra seja feita, aplicando-se o entendimento lá consolidado. É o que já ocorreu, por exemplo, nos seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 271, § 1º-B, DO CP (AI NO HC Nº 239.363/PR). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

IV - A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que, em atendimento aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, ao delito previsto no art. 273 do Código Penal deve ser aplicado o preceito secundário do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (AI no HC 239.363/PR).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, apenas para determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal de origem para que faça uma nova dosimetria da pena, nos moldes da Arguição de Inconstitucionalidade formulada no HC nº 239.363/PR.

(HC 375.592/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09.03.2017, DJe 20.03.2017)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 273, §§ 1º E 1º-B, INCISOS I E V, PARA O DO ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTRITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

(...)

2. Em atenção à referida decisão, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação do preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal. Precedentes.

3. Na espécie, o paciente restou condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 273, §§ 1º e 1º-B, incisos I e V, do Código Penal, impondo-se o refazimento da dosimetria da sanção que lhe foi imposta, pois não considerado o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006, que também constitui crime hediondo, de perigo abstrato, e que visa a tutelar a saúde pública.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região refaça a dosimetria da pena cominada ao paciente quanto ao delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I do Código Penal aplicando o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

(HC 377.422/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07.03.2017, DJe 15.03.2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 72

DO CP. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. EXAME PREJUDICADO. DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DOSIMETRIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP PELA CORTE ESPECIAL (AI NO HC 239.363/PR). VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA OFENSIVIDADE. FIXAÇÃO DA PENA QUE MELHOR SE ADEQUE AO CASO. PRECEDENTES. NOVA DOSIMETRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

4. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da AI no HC nº 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Ante a referida declaração de inconstitucionalidade, a consequência deve ser a determinação de retorno dos autos à instância *a quo*, a fim de que proceda à nova capitulação jurídica, atentando-se ao preceito secundário que melhor se adeque ao fato, prejudicadas as demais questões.

5. Agravo regimental improvido.

(Ag no AREsp 959.060/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22.11.2016, DJe 12.12.2016)

HABEAS CORPUS. ART. 273, § 1º-B, I, ART. 334, *CAPUT*, C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA ELEITA. INADEQUAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1º-B, DO CP. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO (AI NO HC Nº 239.363/PR). NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

4. *Habeas corpus* não conhecido. *Ordem concedida de ofício*, para que o Tribunal de origem proceda a novo julgamento da Apelação nº 0001092-81.2011.4.03.6119/SP, a fim de que seja aplicado outro preceito secundário que melhor se adeque ao fato, em substituição ao previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

(HC 370.007/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.11.2016, DJe 24.11.2016)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 273, § 1º-B, DO CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OFENSIVIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. FIXAÇÃO DA PENA DE TRÁFICO DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

3. Ante a referida declaração de inconstitucionalidade, a consequência deve ser a determinação de retorno dos autos à instância *a quo*, a fim de que proceda a nova capitulação jurídica, atentando-se ao preceito secundário que melhor se adeque ao fato.

4. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para determinar ao juízo das execuções a aplicação do preceito secundário que melhor se adeque ao fato no que diz respeito ao art. 273, § 1º-B, do CP.

(HC 350.336/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Néfi Cordeiro, j. 06.10.2016, DJe 25.10.2016)

Em razão disso, qual o sentido de os órgãos fracionários deste Tribunal manterem posicionamento (vinculado ou não à decisão do Órgão Especial) no sentido de aplicar-se aos casos de imputação do crime do art. 273, § 1º-B, do Código Penal o preceito secundário ali previsto

se, fatalmente, terão a dosimetria da pena anulada pelo STJ?

Nenhum, a meu ver.

A manutenção do entendimento - a que me filiei, em princípio - de que os órgãos fracionários deste Tribunal estariam vinculados à decisão do Órgão Especial apenas protelaria a solução do processo, sem nenhum benefício concreto a quem quer que seja, isto é, à acusação ou à defesa.

Com efeito, conforme já manifestei-me anteriormente, quanto ao preceito secundário do tipo previsto no art. 273 do Código Penal, a pena de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa para o crime em exame é muito alta e desproporcional. Assim, a solução encontrada no âmbito do STJ (aplicação do preceito secundário do crime de tráfico de drogas: art. 33 da Lei nº 11.343/2006) parece-me, em princípio, a mais adequada, visto que, no caso de remédios - e mesmo de produtos cosméticos -, trata-se de drogas, tendo o tipo penal, por objetividade jurídica, a saúde pública. Assim, parece-me lógico aplicar-se o preceito secundário previsto na Lei de Drogas para o caso de tráfico.

Em razão disso, sem afrontar a decisão do Órgão Especial deste Tribunal, mas com os olhos voltados à ideia (e princípio) de segurança jurídica, à teoria dos precedentes judiciais e aos princípios da isonomia, razoabilidade, economia processual e duração razoável do processo, penso que seja o caso de se aplicar a este caso o preceito secundário da Lei de Drogas para o crime de tráfico: art. 33 da Lei nº 11.343/2006, ou seja, reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Dito isso, *peço vênia para divergir parcialmente do e. Relator*, pois penso, todavia, que não se deve aplicar a esses casos a causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 (transnacionalidade), tampouco a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, dessa mesma Lei, por ausência de previsão legal.

Com efeito, a alteração do preceito secundário do art. 273 do Código Penal para aquele do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não transforma aquele crime em tráfico de drogas, razão pela qual não se lhe aplica este dispositivo específico em toda a sua inteireza (majorante e minorante especiais). Muda-se apenas o preceito secundário.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do STJ, como se verifica no seguinte e importante precedente da sua *Terceira Seção*, que, por unanimidade de votos, não aplicou a minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006:

REVISÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 273, § 1º-B, I, DO CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não é cabível, por ausência de previsão legal, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP, mesmo nas hipóteses em que se tenha utilizado o preceito secundário do crime de tráfico de drogas.

3. Revisão criminal improcedente.

(RvCr 3.064/PR, Terceira Seção, Rel. Min. Néfi Cordeiro, j. 22.02.2017, DJe 02.03.2017)

O STF também já se pronunciou a respeito da impossibilidade de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 à pena pelo crime de falsificação de medicamentos. No voto proferido no RHC 130.700 AgR/MG, de que era relator, assim se pronunciou o Min. Roberto Barroso:

III. DA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO COM RELAÇÃO AO ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL

11. Também não vejo teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder por parte do acórdão recorrido, no ponto em que recusou a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas à pena aplicada ao recorrente pelo crime de falsificação de medicamentos. Vejam-se, a propósito, os fundamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça: (...)

12. No caso de que se trata, a pretendida mescla indevida de dispositivos resultaria na criação de um terceiro tipo incriminador não previsto pela legislação vigente. Noutras palavras: a inexistência de uma causa de diminuição de pena para as condutas do art. 273 do Código Penal nada mais é do que uma opção “político-legislativa para apenar determinados delitos com maior severidade”, que não me parece violar o princípio da proporcionalidade, notadamente por envolver condutas graves que põem em risco o bem jurídico saúde pública. Vejam-se, nessa linha, o HC 119.600, Relª Minª Cármen Lúcia; o ARE 870.410-AgR, de minha relatoria, e os seguintes julgados: (...)

Portanto, aos casos tipificados no art. 273 do Código Penal deve ser aplicada a pena de reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e multa, de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Anoto, por oportuno, que o STF, em alguns casos, reconheceu a constitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, como se verifica, a título exemplificativo, nas seguintes ementas:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela constitucionalidade do art. 273 do Código Penal. Precedentes.

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que a controvérsia relativa à individualização da pena passa necessariamente pelo exame prévio da legislação infraconstitucional. Precedentes.

3. O recorrente limita-se a postular uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos. Nessas condições, a hipótese atrai a incidência da Súmula 279/STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 870.410/SP AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12.05.2015, DJe-099 Divulg 26.05.2015 Public 27.05.2015)

Agravo regimental em recurso extraordinário.

2. Penal. Alegação de inconstitucionalidade do art. 273, § 1º-B do Código Penal. Constitucionalidade da imputação. Lesão ao bem jurídico saúde pública. Precedentes.

3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 844.152/SP AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.12.2014, DJe-249 Divulg 17.12.2014 Public 18.12.2014)

Quanto a essas decisões, penso que, diante das circunstâncias aqui tratadas, a questão deva ser cuidada pelo Ministério Público Federal, caso a caso ou no âmbito do controle concentrado, pois o Procurador-Geral da República tem legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 103, VI), se entender ser o caso.

Assim, considerando unicamente o preceito secundário do art. 33 da Lei de Drogas, aplicável ao caso, *acompanho o e. Relator em menor extensão*, não aplicando, na terceira fase da dosimetria, a causa de aumento de pena do art. 40, I, desta Lei (por fundamento diverso) e a causa de diminuição prevista no § 4º deste dispositivo, de sorte que a pena aplicada ao acusado resta definitivamente fixada em 5 (cinco) de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em razão do *quantum* das penas, *mantenho o regime semiaberto* para início de seu cumprimento, deixando de substituí-las por restritivas de direitos (CP, art. 44, I).

Outrossim, determino apenas a comunicação do presente julgamento aos Juízos das Execuções competentes, não sendo o caso de expedir-se alvará de soltura.

Por fim, *acompanho o e. Relator na concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita*.

Posto isso, pedindo vênias ao Relator, Desembargador Federal José Lunardelli, NEGO PROVIMENTO, em menor extensão, à apelação do acusado GUSTAVO DE VASCONCELOS BIANCHI, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO:

Pedi vista dos autos para melhor avaliar as questões acerca da tipicidade material do delito imputado ao réu e do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.346/06.

Inicialmente, analisando o laudo pericial de fls. 41/84, bem assim a nota técnica de fls. 139/141, verifico que tais documentos não fazem prova de que os produtos pertencentes ao apelante ponham em risco a saúde pública, o direito à vida saudável, bem jurídico tutelado pelo artigo 273, do CP.

A leitura de tais documentos revela que em nenhum deles foi asseverado que os produtos teriam aptidão para prejudicar a saúde pública, tendo em ambos sido consignado apenas que eles não possuiriam o necessário registro da ANVISA, de sorte que a sua importação e comercialização seriam proibidas no Brasil.

Frise-se que, nos termos do item 6 da nota técnica de fls. 139/141, parte dos produtos importados poderiam ser comercializados como alimentos, bastando que eles fossem “submetidos como novo alimento por conter substâncias sem histórico de uso no Brasil como alimento”.

Já o item 7 de tal nota técnica consignou que a outra parte dos produtos pertencentes ao réu não poderia ser registrada na categoria de alimentos, “por conterem substâncias não

autorizadas para uso em alimentos, conforme art. 56 do Decreto-Lei nº 986/69”. Isso, entretanto, não significa que tais produtos sejam nocivos à saúde, pois, conforme se infere da própria informação técnica, alguns deles possuem em sua composição substâncias farmacológicas presentes em medicamento registrado no Brasil - Nutrol, por exemplo, referido no item 7.e, fl. 140 verso - o que deixa claro que, de fato, não há nos autos provas de que tais produtos causam prejuízo à saúde pública, o direito à vida saudável.

A par disso, cumpre destacar que o laudo pericial de fls. 41/83, asseverou que os produtos *sub judice* são oriundos dos Estados Unidos da América, onde foram fabricados em ambiente industrial:

As figuras de 1 a 8 ilustram as formas de apresentação do material questionado. Constatou-se que os frascos não apresentam indícios de violação. Os frascos apresentam características de materiais produzidos em equipamentos industriais, ou seja, sem características de produção artesanal. Desta forma, os Peritos consideram que o material apreendido trata-se de suplementos alimentares/medicamentos de produção industrial.

(...)

Os frascos e caixas constituintes dos produtos examinados apresentam inscrições em língua inglesa e apresentando impressões de boa qualidade. Todos os produtos apresentados possuem origem descrita com sendo dos Estados Unidos da América.

Sendo assim, pode-se concluir que tais produtos são de livre comercialização em seu país de origem, o que, *a priori*, significa que eles não colocam em risco a saúde pública, pois, como se sabe, malgrado não haja necessidade de prévia aprovação pelo órgão competente (FDA - Food and Drug Administration) para inserção de suplementos alimentares no mercado de consumo, referido órgão promove rigorosa fiscalização dos produtos após a sua entrada no mercado, retirando de circulação aqueles que não se mostrarem seguros para consumo, além de infligir graves sanções às empresas que, ao assim procederem, violam suas determinações.

Nesse cenário, considerando que os elementos probatórios residentes nos autos não autorizam concluir, com a certeza exigida na seara penal, que os produtos importados pelo apelante ponham em risco a saúde, a meu ver, não há como se enquadrar a conduta *sub judice* na figura do artigo 273, § 1º e § 1º-B, do CP - Código Penal.

Ocorre que referido dispositivo penal visa tutelar a saúde pública, o direito à vida saudável, o que, inclusive, foi destacado pelo Órgão Especial desta C. Corte, quando da análise da Arguição de Inconstitucionalidade Criminal 2009.61.24.000793-5, oportunidade em que se reconheceu a constitucionalidade do preceito secundário de tal dispositivo, tendo em vista a importância de tal bem jurídico.

Independentemente de se adentrar na discussão acerca da constitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do CP, é certo que a interpretação teleológica e à luz dos princípios da fragmentariedade e da ofensividade (ou lesividade: *nullum crimen sine iniuria*) conduz à conclusão de que tal delito só ficará caracterizado quando da conduta do agente decorrer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, a saúde pública.

A norma visa coibir a introdução no país de medicamento com potencial de ofender a saúde pública pátria, o que só ocorrer, por exemplo, com medicamentos abortivos e antibióticos.

Todavia, há casos em que, muito embora se tenha uma conduta formalmente típica sob a perspectiva do artigo 273, § 1º-B, I, do CP, existindo o desvalor da ação, não se vislumbra uma violação concreta ao bem jurídico tutelado por tal dispositivo, o desvalor do resultado, o que torna a conduta materialmente atípica sob tal enfoque.

Em casos tais, em que a lei diz mais do que pretendia dizer, é preciso interpretá-la de forma restritiva, adequando-a aos fins por ela visados e ao bem jurídico por ela tutelado.

É o que se verifica no caso dos autos.

Logo, à luz dos princípios antes mencionados e de uma interpretação teleológica, concluo que a conduta imputada ao réu não se amolda materialmente ao tipo do artigo 273, § 1º e § 1º-B, incisos I e VI, do CP, de modo que o réu não pode ser condenado por tal delito.

Não se pode olvidar, contudo, que tais produtos, por não serem registrados junto à ANVISA - o que ficou devidamente comprovado, são de importação proibida no Brasil, em função do quanto estabelecido no artigo 1º da Resolução nº 2997, de 12 de setembro de 2006, da ANVISA.

Desse modo, tenho que a conduta imputada ao apelante melhor se amolda ao artigo 334, do CP, que trata do delito de contrabando e cuja redação, à época dos fatos, era a seguinte:

Contrabando ou descaminho

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Por tais razões, entendo que a hipótese dos autos é de desclassificar o delito do artigo 273, do CP, para o crime previsto no artigo 334, do CP, destacando que tal providência já foi adotada por esta C. Turma, em sede de julgamento, cujo resultado, sobre a questão, foi por maioria:

PENAL. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO FALSIFICADO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 273, § 1º, DO CP - ERRO DE TIPO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO (PRAMIL) QUE APESAR DE NÃO TER REGISTRO NA ANVISA NÃO PÕE EM RISCO A SAÚDE PÚBLICA - ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 273, § 1º-B, I, DO CP - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO CONTRABANDO, ANTE A PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO DE TAL MEDICAMENTO. DESCAMINHO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ISGNIFICÂNCIA, HAJA VISTA A HABITUALIDADE DELITUOSA.

I. O tipo do artigo 273, § 1º, do CP, pune quem “importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado”. A falsidade do medicamento é, pois, um elemento do tipo penal, de sorte que, para que fique configurado tal delito, é preciso que o agente tenha ciência disso. Se nem mesmo os peritos puderam, por conta própria, concluir pela falsidade de mencionados medicamentos, não há como se exigir que os réus chegassem a tal conclusão, nem afirmar que eles tinham ciência de tal característica. O desconhecimento da falsidade da medicação configura, pois, erro de tipo escusável, de sorte que os réus não podem ser condenados pela prática do delito do artigo 273, § 1º, do CP.

II. Considerando as especificidades do caso no que tange ao CIALIS falsificado, não é hipótese de desclassificação do artigo 273, § 1º, do CP, para a figura do artigo 334, do CP, já que aquela norma, por ser mais específica, notadamente no que se refere à finalidade de coibir a falsificação de medicamentos, deve incidir em detrimento desta.

III. O artigo 273, § 1º-B, I, do CP, pune quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente. Independentemente de se adentrar na discussão acerca da constitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do CP, é certo que a interpretação teleológica e à luz dos princípios da fragmentariedade e da ofensividade (ou lesividade: *nullum crimen sine iniuria*) conduz à conclusão de que tal delito só ficará caracterizado quando da conduta do agente decorrer

lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, a saúde pública. Há casos em que, muito embora se tenha uma conduta formalmente típica sob a perspectiva do artigo 273, § 1º-B, I, do CP, existindo o desvalor da ação, não se vislumbra uma violação concreta ao bem jurídico tutelado por tal dispositivo, o desvalor do resultado, o que torna a conduta materialmente atípica sob tal enfoque. Em casos tais, em que a lei diz mais do que pretendia dizer, é preciso interpretá-la de forma restritiva, adequando-a aos fins por ela visados e ao bem jurídico por ela tutelado. É o que se verifica no caso dos autos, em que o laudo de exame de produtos farmacêuticos de fls. 47/59 não traz qualquer indicativo de que os medicamentos encontrados com os réus tenham aptidão para lesionar o bem jurídico tutelado pelo artigo 273, § 1º-B, do CP, a saúde pública, o direito à vida saudável. Logo, à luz dos princípios antes mencionados e de uma interpretação teleológica, conclui-se que a conduta imputada aos réus - importação de Pramyl -, muito embora seja formalmente típica, não se amolda materialmente ao tipo do artigo 273, § 1º-B, do CP, de modo que os réus não podem ser condenados por tal delito.

IV. A medicação mencionada (PRAMIL), por não ser registrada junto à ANVISA, é de importação proibida no Brasil, em função do quanto estabelecido no artigo 1º da Resolução nº 2997, de 12 de setembro de 2006, da ANVISA, de modo que a sua importação amolda-se ao artigo 334, do CP, que trata do delito de contrabando. Essa desclassificação não parte da premissa de que o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, I, do CP seja inconstitucional - discussão sequer adentrada -, mas sim do fato de a conduta perpetrada pelos réus não se subsumir materialmente a referido dispositivo legal, por não violar concretamente o bem jurídico por ela tutelado, a saúde pública. A materialidade e a autoria por parte do réu Altamiro ficaram demonstradas, motivo pelo qual ele deve ser condenado pela prática do delito previsto no artigo 334, do CP. Os elementos residentes nos autos não permitem concluir, com a certeza exigida no processo criminal, que o réu Amós tivesse ciência da importação dos medicamentos adquiridos pelo corréu Altamiro, de sorte que, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, não há como condená-lo pela prática do contrabando de tais medicamentos (artigo 334, do CP).

V. Apesar de o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o limite estabelecido na Lei 11.033/04, o princípio da insignificância é inaplicável ao caso concreto, uma vez que os réus demonstram habitualidade delitiva.

VI. A materialidade e autoria quanto ao delito de descaminho de brinquedos e eletrônicos ficou demonstrada em relação a ambos os réus, o que impõe a condenação dos dois. (TRF3 DÉCIMA PRIMEIRA TURMA ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 60971 / SP 0008960-91.2007.4.03.6106 DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/04/2016)

Friso que tal desclassificação não parte da premissa de que o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, I, do CP seja inconstitucional - discussão sequer adentrada -, mas sim do fato de a conduta perpetrada pelo réu não se subsumir materialmente a referido dispositivo legal, por não violar concretamente o bem jurídico por ela tutelado, a saúde pública.

No que se refere à dosimetria, tendo a sentença de origem fixado a pena, pela prática do delito do artigo 273, do CP, no mínimo legal (10 anos), mister se faz fixar a pena, pela prática do delito do artigo 334, do CP, também no mínimo legal, ou seja, 01 ano de reclusão (em vigor à época dos fatos), já que nenhuma circunstância prejudicial ao réu foi reconhecida na origem.

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser fixado no aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Presentes os requisitos do artigo 44, § 2º, primeira parte, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas deverá ser especificada

pelo Juízo das Execuções, que deve atender aos critérios estabelecidos no art. 149, § 1º, da Lei de Execução Penal, que estabelece o limite de duração de 08 (oito) horas semanais e sua realização aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz, ressaltando que a sua duração deve ser igual à pena corporal substituída.

Por tais razões, com a devida *venia*, divirjo de Sua excelência, a fim de desclassificar a conduta imputada ao apelante para a figura do artigo 334, do CP, condenando o apelante à pena de 01 (um) ano de reclusão, no regime inicial aberto, substituída a pena corporal por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser definida pelo MM Juízo da Execução Penal.

Caso seja vencida, no que se refere à desclassificação da conduta imputada ao apelante, acompanho o e. Desembargador Federal Relator, no que se refere à aplicação do preceito secundário do delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, salvo no que concerne ao patamar do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Entendo, que a redução da pena, em função do quanto estabelecido no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, deve se dar no seu patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços), considerando que a quantidade de produtos, neste caso, não se mostra relevante para o deslinde da controvérsia, eis que, conforme antes destacado, os produtos objeto da presente ação penal não oferecem risco à saúde pública, não são maléficos à saúde.

Ademais, conforme antes demonstrado, parte dos produtos sequer são objeto do delito do artigo 273, do CP, já que eles, segundo a nota técnica de fls. 139/141, não são medicamentos, nem possuem finalidade terapêutica, sendo em verdade considerados alimentos, os quais, para serem comercializados bastariam ser “submetidos como novo alimento por conter substâncias sem histórico de uso no Brasil como alimento”.

Portanto, caso seja vencida no que se refere à desclassificação da conduta para a figura do artigo 334, do CP, acompanho Sua Excelência no que se refere à aplicação do preceito secundário do delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, fixando, contudo, a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Nesse passo, fixo o regime inicial de cumprimento da pena no aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Presentes os requisitos do artigo 44, § 2º, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes numa pena pecuniária e numa de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas deverá ser especificada pelo Juízo das Execuções, que deve atender aos critérios estabelecidos no art. 149, § 1º, da Lei de Execução Penal, que estabelece o limite de duração de 08 (oito) horas semanais e sua realização aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz, ressaltando que a sua duração deve ser igual à pena corporal substituída.

A prestação pecuniária deve ser fixada num valor entre 1 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos (artigo 45, § 1º, do CP), ponderando-se (i) o caráter de reprovação e de prevenção do crime (artigo 59, do CP); e (ii) que a pena aplicada deve observar o princípio da proporcionalidade (inclusive em relação à pena substituída) e a situação econômica do réu.

E o MM Juízo da execução pode, no curso desta, promover ao parcelamento da prestação pecuniária, adequando-a a realidade econômica demonstrada pelo réu.

Inserindo tais noções na análise dos autos e considerando, ainda, (i) a pena privativa de liberdade fixada nesta decisão; (ii) o valor do dia-multa - que deve refletir a situação econômica do réu - foi fixado no mínimo legal, sem que o Ministério Público tenha contra isso se insurgido; conclui-se que a fixação da pena pecuniária em 2 (dois) salários mínimos é de ser considerada razoável e proporcional.

Ante o exposto, em que pese o respeito e admiração que nutro pelo e. Desembargador Federal José Lunardelli, divirjo de Sua Excelência e voto (i) pela desclassificação da conduta imputada ao apelante para a figura do artigo 334, do CP, condenando-o à pena de 01 (um) ano de reclusão, no regime inicial aberto, substituída a pena corporal por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser definida pelo MM Juízo da Execução Penal; e (ii) caso seja vencida no que se refere à desclassificação da conduta para a figura do artigo 334, do CP, acompanho Sua Excelência no que se refere à aplicação do preceito secundário do delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, fixando, contudo, a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída a pena corporal por duas restritivas de direito, numa pena pecuniária, fixada em dois salários mínimos, e numa de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos termos a serem definidos pelo MM Juízo da Execução.

É como voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELAÇÃO CRIMINAL
0000671-13.2015.4.03.6132
(2015.61.32.000671-6)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: JOSÉ MARIA DA COSTA FRIAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE AVARÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ACr 67112
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E MOEDA FALSA. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA DEFESA PROVIDA. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA.

1. A materialidade, autoria e dolo do delito previsto no art. 33, *caput* c/c 40, incisos I e V ambos da Lei nº 11.343/06 mencionado não foram refutados nas razões de apelação do Ministério Público Federal, nem da defesa do réu.
2. A materialidade delitiva do crime de moeda falsa restou demonstrada pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 11/12) e pelo Laudo de Perícia Criminal (fls. 80/83).
3. Autoria e dolo comprovados. A ciência da falsidade da nota também resulta inconteste diante das circunstâncias em que a droga foi localizada: dividida em pacotes e espalhadas em diversas partes do ônibus. O primeiro foi localizado na bolsa de mão do réu os demais no meio das poltronas, um ao lado esquerdo do réu, outro na sua frente e o último na parte plástica do descanso para os pés, segundo testemunhas.
4. Consoante o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Não fê-lo o réu para comprovar mediante elementos concretos que não obtinha conhecimento da falsidade das cédulas, não se admitindo ao magistrado supô-lo e extraí-lo de versão que restou dissociada do conjunto probatório. Cabe ao réu o ônus da prova em se tratando de desconhecimento do caráter criminoso do fato, não bastando a mera alegação de que agiu de boa-fé.
5. A mera alegação do réu a cerca do desconhecimento da falsidade da cédula não tem condão de absolvê-lo, quando as demais provas amealhadas aos autos indicam que ele tinha ciência do *falsum*. Diante do conjunto probatório carreado aos autos, entendo como inconteste a ciência do da falsidade por parte do réu.
6. Dosimetria da pena. Delito previsto no artigo 33, *caput* e § 4º c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/06: mantida.
7. Delito previsto no artigo 289, § 1º do Código Penal: a quantidade de cédulas falsas apreendidas em poder do acusado - 31 (trinta e uma) - de 50,00 exige uma reprimenda maior, visto ultrapassar a normalidade desse tipo de crime, representando circunstância negativa, nos termos do art. 59 do Código Penal, sendo suficiente elevar a pena-base em 1/6, fixando-a em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze)

dias-multa, tornando-se definitiva para este delito, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição.

8. Concurso formal próprio. A consumação do delito de moeda falsa se deu mediante a mesma ação com cuja prática se consumou o crime de tráfico de drogas.

9. Fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sem possibilidade de substituição em virtude do quantum estabelecido.

12. Determinada a expedição de carta de sentença para início de execução provisória da pena, conforme entendimento fixado pelo E. STF no 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”.

11. Apelação do réu a que se nega provimento. Provido o recurso ministerial. Exauridos os recursos nesta Corte, determino a expedição de Carta de Sentença, bem como a comunicação do Juízo de Origem para início da execução da pena imposta ao réu, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento à apelação do réu, nos termos do voto divergente do Des. Fed. Nino Toldo, com quem votou a Des. Fed. Cecilia Mello, vencido o Des. Fed. relator que dava provimento à apelação do réu; prosseguindo, a Turma, pelo voto médio da Des. Fed. Cecilia Mello, decidiu dar provimento à apelação do MPF para elevar a pena-base em 1/6 e fixar a pena definitiva, para ambos os delitos, de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, no regime semiaberto, deixando de substituí-la por restritivas de direitos, nos termos do voto médio da Des. Fed. Cecilia Mello, vencido o Des. Fed. Relator que lhe dava provimento, em menor extensão e, vencido também o Des. Fed. Nino Toldo, que lhe dava provimento, em maior extensão, pois elevava a pena-base em 1/4 e fixava a pena definitiva em 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, e 14 dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de maio de 2017.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora para o acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de Ação Penal Pública fundada em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de JOSÉ MARIA DA COSTA FRIAS pela prática dos crimes definidos no artigo 289, § 1º do Código Penal e no artigo 33, *caput* c/c 40, incisos I e V ambos da Lei 11.343/06.

Discorre a denúncia (fls. 66/67) que no dia 11 de julho de 2015, às 04h30min, no km 248 da Rodovia Castelo Branco - SP 280, localizada no Município de Avaré/SP, JOSÉ MARIA DA COSTA FRIAS foi surpreendido transportando aproximadamente 1.090,00 gramas (um quilo e noventa gramas) da substância “cloridrato de cocaína”, conhecida, vulgarmente, como Pasta

Base de Cocaína, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, após importá-la do Paraguai.

Segundo o *Parquet*, na mesma oportunidade, o denunciado foi surpreendido com a quantia de 31 (trinta e uma) cédulas de R\$50,00 (cinquenta reais) aparentemente falsas.

A denúncia foi recebida em 01/09/2015 (fl. 69).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença (fls. 183/188) que julgou parcialmente procedente a demanda, condenando o réu pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput* e § 4º c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 e absolvendo-o da imputação ao crime de moeda falsa previsto no artigo 289, § 1º do Código Penal.

O magistrado *a quo* fixou a pena definitiva em 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 339 (trezentos e trinta e nove) dias-multa, fixado em 1/30 do salário mínimo vigente na data do fato, totalizando a quantia de R\$ 8.902, 14 (oito mil, novecentos e dois reais e catorze centavos). Diante da natureza e da quantidade da droga apreendida, não foi convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, com fundamento no art. 44, inciso III do Código Penal c/c art. 42 da Lei nº 11.343/06.

O Ministério Público Federal apresentou recurso de apelação pleiteando a condenação do réu ao delito tipificado no artigo 289, § 1º do Código Penal (fls. 209/212).

Devidamente intimado (fl.251v), o procurador constituído pelo réu deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (fl. 252).

Dada vista à Defensoria Pública da União (fl. 261), esta apresentou recurso de apelação em favor do réu (fls. 262/265), pleiteando, em síntese, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena como aberto, nos termos do § 2º, alínea “b”, do artigo 33 do Código Penal.

Com contrarrazões (fls. 223/225 e 277/281), subiram os autos a esta Corte.

Nesta Corte, o parecer da Procuradoria Regional da República é pelo provimento do recurso de apelação do Ministério Público Federal (fls. 254/258) e pelo não provimento da apelação interposta pela defesa (fls. 283/287v).

É o relatório.

Sujeito à revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Dos fatos

Narrou a denúncia (fls. 66/67) que no dia 11 de julho de 2015, às 04h30min, no km 248 da Rodovia Castelo Branco - SP 280, localizada no Município de Avaré/SP, JOSÉ MARIA DA COSTA FRIAS foi surpreendido transportando aproximadamente 1.090,00 gramas (um quilo e noventa gramas) da substância “cloridrato de cocaína”, conhecida, vulgarmente, como Pasta Base de Cocaína, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, após importá-la do Paraguai.

Na mesma oportunidade, o denunciado foi surpreendido com a quantia de 31 (trinta e uma) cédulas de R\$50,00 (cinquenta reais) aparentemente falsas.

Consta dos autos, ainda, que, no dia dos fatos, policiais militares efetuaram a abordagem de um ônibus da empresa PUMA, de prefixo 4909, que fazia a linha de Foz do Iguaçu a Belo Horizonte, localizaram o denunciado JOSÉ MARIA com atitude suspeita, tendo em vista o nervosismo demonstrado e a dificuldade em responder aos questionamentos. Ao verificarem a bagagem encontraram a substância entorpecente mencionada e moedas falsas, tendo sido o denunciado preso em flagrante delito.

Em razão disso, o Ministério Público Federal imputou ao réu a conduta definida nos artigos 289, § 1º do Código Penal e no artigo 33, *caput* c/c 40, incisos I e V ambos da Lei 11.343/06.

Processado o feito, o magistrado sentenciante condenou o réu pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput* e § 4º c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 e o absolveu da imputação ao crime de moeda falsa previsto no artigo 289, § 1º do Código Penal.

No entanto, a sentença merece reforma, conforme se passa a demonstrar.

Art. 33 caput c/c 40, incisos I e V ambos da Lei nº 11.343/06

A materialidade, autoria e dolo dos crimes definidos no artigo mencionado não foram refutados nas razões de apelação do Ministério Público Federal, nem da defesa do réu.

Desta forma, passa-se à análise da matéria objeto de recurso.

Art. 289, § 1º do Código Penal

Da materialidade

A materialidade delitiva do crime de moeda falsa ficou demonstrada pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 11/12) e pelo Laudo de Perícia Criminal (fls. 80/83).

No tocante à aptidão da cédula para ludibriar pessoas, restou salientado no Laudo Pericial: “Apesar das irregularidades apontadas nas cédulas falsas analisadas, o signatário considera que as falsificações NÃO SÃO GROSSEIRAS. Isso se dá em razão de as referidas cédulas terem sido reproduzidas com bastante nitidez dos dizeres e das impressões macroscópicas do papel-moeda autêntico. Tais reproduções dos aspectos visuais comuns às cédulas autênticas levaram signatário a concluir que tais simulacros de cédulas podem passar por autênticos no meio circulante, enganando terceiros de boa-fé” (fl. 83/84).

Assim, restou asseverado que as cédulas apreendidas possuem atributos capazes de iludir pessoas desconhecedoras dos elementos de segurança das cédulas autênticas.

Destarte, tratando-se de cédulas falsas capazes de ludibriar pessoas, configurado está o tipo penal.

Da autoria e do dolo

A autoria e o dolo restaram igualmente comprovados.

Observe que o tipo penal imputado ao réu somente é punido se presente o dolo, ante a inexistência de previsão expressa no Código Penal da modalidade culposa (art. 18, parágrafo único, do CP). Em se tratando do § 1º do art. 289 do Código Penal, o dolo consubstancia-se na ciência, por parte do agente acerca da falsidade da moeda.

Pois bem.

A testemunha Antonio da Silva Duarte Neto, policial militar, afirmou em juízo que no dia dos fatos abordou um ônibus cujo itinerário é Paraguai - Brasil - Foz do Iguaçu, até Belo Horizonte. Durante conversa com os passageiros, abordou o réu, o qual apresentava nervosismo. Devido ao nervosismo apresentado, foi feita busca minuciosa na bagagem de mão do réu. Foi encontrada uma toalha de rosto, na qual se encontrava envolta um pedaço de droga que aparentava ser pasta base de cocaína. Foram encontrados mais três pedaços de droga es-

palhados pelo ônibus, entre as poltronas. Foi encontrado também dinheiro falso, no importe de 30 notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) envoltas com as drogas. Uma nota falsa estava na carteira do réu. Indagado, o réu afirmou que foi contratado pelo cunhado. A pessoa que fez contato com ele chamava-se “Russo”, tendo vindo ao encontro do réu e entregado a droga e o dinheiro. Depois que a droga foi localizada o réu confessou (mídia de fl. 146).

A testemunha Wanderson Caetano, policial militar, prestou depoimento no mesmo sentido (mídia de fl. 146).

O réu afirmou, em juízo, que estava passando por dificuldades financeiras e lhe foi oferecido R\$1.000,00 (mil reais) para transportar um pacote. Afirmou que a nota falsa encontrada em sua carteira era referente ao dinheiro do lanche que foi dado a ele por um indivíduo chamado Russo, que o incumbiu da tarefa de transportar a droga (mídia de fl. 146).

No entanto, a versão do réu não se sustenta diante do conjunto probatório carreado aos autos.

A posse das notas restou incontroversa, posto que foram localizadas com o réu, tendo inclusive uma das notas sido encontrada em sua carteira.

A ciência da falsidade da nota também resulta inconteste diante das circunstâncias em que a droga foi localizada: dividida em pacotes e espalhadas em diversas partes do ônibus. O primeiro foi localizado na bolsa de mão do réu os demais no meio das poltronas, um ao lado esquerdo do réu, outro na sua frente e o último na parte plástica do descanso para os pés, segundo depoimento prestado pelo policial Antonio da Silva Duarte Neto.

Conforme afirma o *Parquet* em seu parecer, “é pouco crível que o réu tenha dividido o tijolo de droga em quatro partes, escondido-as no interior do ônibus e, inclusive, embalado uma das partes com pó de café, sem que soubesse da natureza ilícita da mercadoria e da existência das notas falsas. Ademais, as notas falsas estavam embaladas em um dos pedaços de droga encontrado” (fl. 255/255v).

Consoante o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Não fê-lo o réu para comprovar mediante elementos concretos que não obtinha conhecimento da falsidade das cédulas, não se admitindo ao magistrado supô-lo e extraí-lo de versão que restou dissociada do conjunto probatório. Cabe ao réu o ônus da prova em se tratando de desconhecimento do caráter criminoso do fato, não bastando a mera alegação de que agiu de boa-fé.

A mera alegação do réu a cerca do desconhecimento da falsidade da cédula não tem condão de absolvê-lo, quando as demais provas amealhadas aos autos indicam que ele tinha ciência do *falsum*.

Diante do conjunto provatório carreado aos autos, entendo como inconteste a ciência do da falsidade por parte do réu.

Posto isso, mantenho a condenação do apelante como incurso nas disposições do artigo 33, *caput* c/c 40, incisos I e V ambos da Lei 11.343/06 e condeno o réu como incurso no art. 289, § 1º, do Código Penal, uma vez que detinha ciência acerca da falsidade das cédulas, agiu com o dolo indispensável para a configuração do tipo penal referido.

Passo à dosimetria da pena.

Dosimetria da pena

Artigo 33, caput e § 4º c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/06.

A sentença recorrida condenou o réu pelo delito previsto à pena de 03 (três) anos, 04

(quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 339 (trezentos e trinta e nove) dias-multa, fixado em 1/30 do salário mínimo vigente na data do fato, totalizando a quantia de R\$ 8.902, 14 (oito mil, novecentos e dois reais e catorze centavos).

Diante da natureza e da quantidade da droga apreendida, não foi convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, com fundamento no art. 44, inciso III do Código Penal c/c art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Tendo em vista a reforma do julgado, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser avaliado quando da unificação das penas.

Artigo 289, § 1º do Código Penal.

Na *primeira fase*, entendo ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

A culpabilidade é normal à espécie. Não há elementos nos autos para avaliar a personalidade e a conduta social do réu. O motivo do crime é o lucro fácil, o qual é inerente ao tipo penal do art. 289, § 1º do Código Penal. O réu não ostenta maus antecedentes. As circunstâncias do crime não extrapolam a normalidade. Não foram apuradas outras consequências do crime relevantes. No caso concreto não há comportamento da vítima a ser avaliado.

Sendo assim, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na *segunda fase*, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes, devendo ser mantido o *quantum* da pena fixada na etapa anterior.

Na *terceira fase*, da mesma forma entendo que inexistem causas de aumento e de diminuição, resultando na pena de 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Concurso de crimes e pena definitiva final

Há, no caso, concurso formal próprio de delitos, pelas razões que passo a expor.

In casu, a consumação do delito de moeda falsa se deu mediante a mesma ação com cuja prática se consumou o crime de tráfico de drogas.

Ademais, não vislumbro desígnios autônomos na conduta do réu, visto que ambos os delitos foram praticados visando à satisfação de um interesse econômico.

Desse modo, o réu cometeu dois delitos mediante a prática de uma só conduta, de maneira que se aplica a regra do concurso formal próprio, prevista no art. 70, primeira parte, do Código Penal.

A este respeito, trago precedentes do C. STJ:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTIGO 1º DA REVOGADA LEI 2.252/54, ATUAL ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). DOCUMENTO HÁBIL PARA COMPROVAR A MENORIDADE. EXISTÊNCIA. SÚMULA 74/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS NÃO DEMONSTRADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Segundo a novel orientação desta Corte Superior, ratificada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se conhece de *habeas corpus* impetrado em substituição ao cabível recurso constitucional.

2. A inadequação da via eleita, todavia, não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar

manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. O documento hábil ao qual a Súmula nº 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, como defende a impetração. Outros documentos, dotados de fé pública e, portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, a identificação realizada pela polícia civil.

4. Como de sabença, o *concurso formal* perfeito caracteriza-se quando o agente pratica duas ou mais infrações penais mediante uma única ação ou omissão; já o *concurso formal* imperfeito evidencia-se quando a conduta única (ação ou omissão) é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. Ou seja, a distinção fundamental entre os dois tipos de *concurso formal* varia de acordo com o elemento subjetivo que animou o agente ao iniciar a sua conduta.

5. Assim, verificada a ocorrência de *concurso formal* entre o crime de roubo e de corrupção de menores, as penas referentes aos dois delitos serão aplicadas cumulativamente somente quando demonstrada a existência de desígnios autônomos por parte do agente. Caso contrário, é de ser aplicada a mais grave das penas cabíveis aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade), por expressa disposição legal (Art. 70, primeira parte, do Código Penal).

6. Tendo em vista que as instâncias ordinárias não indicaram se os crimes concorrentes resultaram de desígnios autônomos, inviável a aplicação do *concurso formal* impróprio na hipótese em apreço.

7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para reconhecer o *concurso formal* próprio, reduzindo a pena imposta ao paciente.

(Sexta Turma, HC 200900763575, Desembargadora Convocada do TJ/PE Alderita Ramos De Oliveira, DJE:13.09.2013);

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. São necessárias para a configuração do *concurso formal* de crimes (art. 70, primeira parte, do Código Penal) a unidade de ação e a ausência de desígnios autônomos para os delitos praticados.

2. Deve ser reconhecida, na hipótese, a existência do *concurso formal* entre os crimes de roubo e corrupção de menores, vez que o paciente, com uma única conduta, praticou os dois delitos.

3. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a existência de *concurso formal* entre os delitos de roubo circunstanciado e corrupção de menores, redimensionando a pena para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(Quinta Turma, HC 201200009371, Desembargador Convocado do TJ/PR Campos Marques, DJE: 09.11.2012).

Por tais razões, unifico as penas dos delitos de moeda falsa e de tráfico de drogas pela regra do *concurso formal* próprio, qual seja, a de se estabelecer como definitiva a maior pena cominada aos delitos individualmente considerados, majorada em patamar de um sexto até a metade.

Inexistindo circunstâncias que justifiquem majoração em patamar superior ao piso legal (um sexto sobre a maior pena cominada aos delitos individualmente considerados), estabeleço a pena de 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 18 (dezoito) dias, e 395 (trezentos e noventa e cinco) dias-multa pela prática dos crimes de moeda falsa e tráfico de drogas.

Regime inicial de cumprimento de pena

Considerando que as circunstâncias judiciais subjetivas do réu (antecedentes, conduta

social, personalidade e motivo do crime), tanto na dosimetria do crime de moeda falsa quanto do crime de tráfico de drogas, não foram valoradas negativamente, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser estabelecido com base na pena fixada em concreto (artigo 33, § 2º do Código Penal).

Outrossim, natureza e a quantidade da substância não estão previstas dentre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mas sim na legislação específica, em que o legislador determinou que fossem consideradas apenas na fixação das penas, não se prestando a embasar a fixação de regime mais gravoso, inclusive quando todas as demais circunstâncias são favoráveis aos acusados, como no caso em tela.

Assim, fixo o regime inicial aberto de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Da substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos

Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo, tendo em vista a situação econômica do réu declarada em seu interrogatório.

De ofício, determino que a prestação pecuniária seja revertida em favor da União, consoante entendimento desta Turma.

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 reinterpreto 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,

- (i) DOU PROVIMENTO à apelação do réu e do Ministério Público Federal;
- (ii) Exauridos os recursos nesta Corte, determino a expedição de Carta de Sentença, bem como a comunicação do Juízo de Origem para início da execução da pena imposta ao réu, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO: Divirjo do e. Relator unicamente em relação ao “quantum” da pena-base fixada para o crime de moeda falsa.

Com efeito, entendo que a quantidade de cédulas falsas apreendidas em poder do acusado - 31 (trinta e uma) - de 50,00 exige uma reprimenda maior, visto ultrapassar a normalidade desse tipo de crime, representando circunstância negativa, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Todavia, entendo suficiente elevar a pena-base em 1/6, fixando-a em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, a qual torno definitiva para este delito, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição.

Em virtude do concurso formal próprio entre o crime de moeda falsa e o de tráfico de drogas, elevo essa pena, maior aplicada, em 1/6 (um sexto), chegando a uma pena definitiva, para ambos os delitos, de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Por conseguinte, fixo o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade e deixo de substituí-la por restritivas de direitos.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal, em maior extensão, e NEGO PROVIMENTO à apelação do réu.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELAÇÃO CRIMINAL
0009774-83.2015.4.03.6119
(2015.61.19.009774-0)

Apelante: VOLODYMYR ZINCHENKO (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: ACr 69522
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. CP, ART. 22. ABSOLVIÇÃO.
1. Para além de meras conjecturas, a versão narrada pelo acusado durante a instrução processual está em consonância com os fatos colacionados pela defesa na cópia da investigação efetuada pela polícia ucraniana. Há, efetivamente, indícios de que tenha sido vítima de tráfico internacional de seres humanos e de que teria sido coagido a traficar drogas.
2. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO à apelação para, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, absolver o acusado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de agosto de 2017.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta por VOLODYMYR ZINCHENKO em face da sentença proferida pela 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP que o condenou à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente na data dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Narra a denúncia (fls. 50/51v), recebida em 11.02.2016 (fls. 87/88v), que:

No dia 16 de outubro de 2015, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, VOLODYMYR ZINCHENKO foi preso em flagrante delito, quando, agindo de maneira livre e consciente, prestes a embarcar no voo EY 190, pela empresa aérea Etihad, com destino a

Dhaka/Bangladesh, perfazendo escala em Abu Dhabi, trazia consigo, para fins de comércio ou de entrega de qualquer forma a consumo de terceiros no exterior, sem autorização legal ou regulamentar, 6.462g (seis mil, quatrocentos e sessenta e duas gramas - massa líquida) de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica.

Em suas razões de apelação (fls. 264 e 269/281), a defesa argumenta que o réu se encontrava sob coação moral irresistível, motivo pelo qual pleiteia a absolvição do acusado. Subsidiariamente, requer: *a)* a redução da pena-base aplicada; *b)* a aplicação da atenuante da confissão espontânea; *c)* o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006; e *d)* a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Pugna, ainda, pela solicitação de cópia na íntegra das investigações efetuadas pela Direção Geral da Polícia Nacional na Província de Kiev, que tramitam sob os números 1201611000000224, de 05.07.2016, e 12015110230001221, de 21.10.2015, e que seja oficiada novamente a Polícia Federal Brasileira a fornecer elementos do passaporte Internacional de número FB 267729, nome Parkaiev/Roman.

Contrarrazões a fls. 298/305.

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer (fls. 320/325v), opinou pelo provimento parcial da apelação, a fim de que seja reduzida a pena-base, porém mantida acima do mínimo legal.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

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

Complementa-se o relatório de fls. 327/327v para constar que, a pedido da defesa, o feito foi retirado de pauta para apresentação de novos documentos, supostamente aptos a comprovar a inocência do réu (fls. 331/332).

A defesa apresentou cópia de processo administrativo (fls. 348/386) no qual se investiga a ocorrência de crime de tráfico internacional de pessoas, do qual o acusado teria sido uma das vítimas.

Em atendimento ao despacho de fls. 391, foi apresentada tradução juramentada para a língua portuguesa dos documentos carreados aos autos a partir de fls. 333.

O Ministério Público Federal reiterou os termos do parecer apresentado a fls. 320/325, pugnando pela inclusão do feito em pauta para julgamento (fls. 389 e 413).

É o relatório complementar.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por VOLODYMYR ZINCHENKO em face da sentença que o condenou pelo crime de tráfico de drogas.

A defesa pleiteia sua absolvição argumentando que o acusado teria sido vítima de tráfico internacional de pessoas e que teria cometido o crime sob coação moral irresistível.

Embora não seja objeto do recurso, registro que a *materialidade* do crime restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/04), pelo laudo de perícia criminal federal (fls. 08/10) e pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 11/11v).

Quanto à *autoria*, compulsando os autos, verifico que, desde o seu interrogatório em juízo (fls. 137), o acusado já alegava ter sido coagido a cometer o delito de tráfico de drogas.

Em juízo, declarou que um amigo dos tempos da escola, chamado *Roman*, entrara em contato para oferecer-lhe um trabalho de tradução, a ser realizado no Brasil. *Roman* teria afirmado lembrar-se do bom nível de inglês do acusado, que, por tal motivo, seria útil para o serviço a ser executado.

Esse trabalho envolveria, em tese, a tradução de documentos para que os pais de *Roman* pudessem comercializar frutas e verduras com o Brasil. Alegava que o contrato havia sido feito pela internet, mas que, para que o negócio fosse fechado, o acusado deveria conferi-lo pessoalmente num escritório no Brasil. A viagem duraria apenas 3 (três) semanas e VOLODYMYR poderia aproveitar para passear e se divertir.

O acusado afirmou que aceitou a proposta, pois, além de receber o valor de 300 (trezentos) dólares pelo serviço, teria a oportunidade de conhecer o Brasil.

Chegando ao Brasil, pôde aproveitar para passear no Rio de Janeiro durante uma semana, mas logo *Roman* teria informado que VOLODYMYR deveria fazer um trabalho diverso do que havia sido combinado na Ucrânia. O acusado teria que ir para São Paulo, pegar uma mala com diamantes e viajar para Bangladesh.

O acusado disse que teria ficado contrariado, mas *Roman* teria proferido ameaças de morte tanto a ele quanto à sua família. A partir de então, afirma que seu celular passou a ser controlado por *Roman* e seus comparsas, sendo, ainda, advertido de que, caso comunicasse a polícia acerca da situação, algo ruim poderia acontecer a ele ou aos seus parentes.

O acusado disse que desconfiou que a bagagem que lhe fora entregue continha drogas, mas não tinha certeza, pois já a recebeu fechada. Temendo pela sua integridade física, bem como pela de sua família, concordou em cometer o delito.

Essa versão, apresentada em juízo, está em consonância com os fatos narrados em sua defesa preliminar (fls. 78/85), em sede de memoriais (fls. 244/253) e em suas razões de apelação (fls. 269/281).

Nas razões de apelação, a defesa mencionou a existência de um inquérito policial na Ucrânia, no qual estaria sendo investigada a ocorrência de tráfico de seres humanos. Posteriormente, conseguiu obter cópia dos autos dessa investigação para apresentá-la nesta ação penal, consubstanciando os documentos acostados a fls. 331/343, 348/386 e 394/411.

Conforme se extrai da cópia da investigação, de fato existe procedimento na Ucrânia instaurado para investigar indivíduos que estariam recrutando e deslocando pessoas para além das fronteiras daquele país, com o intuito de envolvê-las em atividades criminosas.

Segundo o que ali consta, os criminosos ludibriavam suas vítimas com a promessa de trabalho legal e bem remunerado a ser realizado no Brasil. No entanto, ao chegarem para efetuar o serviço prometido, eram ameaçadas e forçadas a traficar drogas para a Tailândia.

Segundo a investigação, sete pessoas foram reconhecidas como vítimas do tráfico de seres humanos, dentre elas o acusado, VOLODYMYR ZINCHENKO (fls. 398 e 400). A polícia ucraniana apurou que o acusado foi recrutado na Ucrânia por *Savinsky Yevhen Serhiiovys* com a promessa de trabalho legal e bem remunerado a ser realizado no Brasil, envolvendo a tradução de documentos.

Estando numa situação material crítica, o denunciado teria aceitado a proposta e embarcado para o Brasil. Entretanto, ao aqui chegar, sofreu ameaças para que efetuasse o transporte de uma mala contendo pedras preciosas para a Tailândia. A investigação averiguou também que o acusado foi preso no aeroporto internacional de São Paulo, sob a suspeita de estar traficando entorpecentes.

Cumprе mencionar que a investigação também faz referência à participação de *Roman* no tráfico de seres humanos. Conforme se extrai dos documentos, *Roman Parkaiev* teria se hospedado no Brasil junto com o réu (fls. 400).

Além do mais, o juiz de investigação do Juízo do Distrito Shevchenkivskiy, da cidade de Kiev/Ucrânia, ante as circunstâncias do crime e dos elementos colhidos até então, decretou a prisão preventiva do investigado *Savinskyi* (fls. 408/410).

Verifico, portanto, que, para além de meras conjecturas, a versão narrada pelo acusado durante a instrução processual está em consonância com os fatos colacionados pela defesa na cópia da investigação efetuada pela polícia ucraniana. Há, efetivamente, indícios de que VOLODYMYR ZINCHENKO tenha sido vítima de tráfico internacional de seres humanos e de que teria sido coagido a traficar drogas.

Conforme preceitua o art. 386, VI, do Código de Processo Penal, o juiz absolverá o réu, desde que reconheça fundada dúvida a respeito da existência do crime ou isentem o réu de pena.

No caso, conforme se verificou acima, há fundados indícios de que o acusado teria sofrido *coação moral irresistível* para praticar o crime de que foi acusado, o que o isenta de pena, sendo punível apenas o autor da coação (CP, art. 22). Assim, é de rigor a sua *absolvição*.

Posto isso, DOU PROVIMENTO à apelação para, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolver VOLODYMYR ZINCHENKO, da imputação feita na denúncia.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

Direito Previdenciário



REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

0003493-94.2007.4.03.6183

(2007.61.83.003493-2)

Parte Autora: CELSO FERRADO MUNHOZ

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: REOAC 1329814

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. ATIVIDADE ESPECIAL. TENSÃO ELÉTRICA. RECEBIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TERMO A *QUO*. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Caracterizada a hipótese de julgado *ultra petita*, deve o Juízo *ad quem* restringir a sentença aos limites do pedido, por força dos arts. 141, 282 e 492 do CPC/2015.

II - 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*.

III - Em se tratando do agente nocivo *tensão elétrica*, impende salientar que a atividade de eletricitário, exposto a tensão superior a 250 volts, estava prevista no quadro anexo do Decreto nº 53.831, de 25/3/64. Embora a eletricidade tenha deixado de constar dos Decretos nºs. 83.080/79 e 2.172/97, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em 14/11/12, no julgamento do *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.306.113-SC (2012/0035798-8)*, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, entendeu ser possível o reconhecimento como especial do trabalho exercido com exposição ao referido agente nocivo mesmo após a vigência dos mencionados Decretos, tendo em vista que “as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991).”

IV - A documentação apresentada permite o reconhecimento da atividade especial em parte do período pleiteado.

V - O período em que a parte autora recebeu o benefício de auxílio doença previdenciário não pode ser reconhecido como especial, tendo em vista que, conforme o parágrafo único do art. 65 do Decreto nº 3.048/99, apenas o recebimento de auxílio doença acidentário não descaracteriza a especialidade da atividade.

VI - Com relação à aposentadoria especial, houve o cumprimento dos requisitos previstos no art. 57 da Lei nº 8.213/91.

VII - O termo inicial da aposentadoria especial deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa (16/2/07), nos termos do art. 57, § 2º c/c art. 49, da Lei nº 8.213/91.

VIII - A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação

e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora. Com relação aos índices de atualização monetária e taxa de juros, deve ser observado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal que estiver em vigor no momento da execução do julgado.

IX - 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, devem ser levadas em conta apenas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ. Considerando que a sentença tornou-se pública, ainda, sob a égide do CPC/73, impossível a aplicação do art. 85 do novo Estatuto Processual Civil, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica, consoante autorizada doutrina a respeito da matéria e Enunciado nº 7 do C. STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC.”

X - Sentença que se restringe aos limites do pedido *ex officio*. Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, de ofício, restringir a R. sentença aos limites do pedido e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de julho de 2017.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação ajuizada em 23/5/07 em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à *concessão da aposentadoria especial* desde a data do requerimento administrativo (16/2/07), mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades desenvolvidas no período de 6/3/97 a 8/1/07. Pleiteia, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita e indeferida a tutela antecipada (fls. 59).

O Juízo *a quo julgou procedente* o pedido, para reconhecer o caráter especial das atividades exercidas no período de 10/3/78 a 8/1/07, bem como condenar o INSS ao pagamento da *aposentadoria especial a partir da data do requerimento administrativo* (16/2/07), observada a prescrição quinquenal. “Os juros moratórios são fixados à base de 6% ao ano, a partir da citação até 10/01/03, e, após, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do CC e do art. 161, § 1º, do CTN. A correção monetária incide sobre as diferenças apuradas desde o momento em que se tornaram devidas, na forma do atual Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela resolução 561/2007 do Presidente do Conselho da Justiça Federal” (fls. 82) Os honorários advocatícios foram arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação. “O INSS encontra-se legalmente isento do pagamento de custas” (fls. 82)

Por derradeiro, concedeu a tutela específica, nos termos do art. 461 do CPC/73.

O demandante opôs embargos de declaração (fls. 90/93), os quais foram improvidos (fls. 95).

Sem recurso voluntário, e submetida a sentença ao duplo grau obrigatório, subiram os autos a esta E. Corte.

Em decisão proferida nos termos do art. 557 do CPC/73, a Exma. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, então Relatora do feito, deixou de conhecer da remessa oficial, a teor do art. 475, § 2º, do CPC/73, com a redação dada pela Lei nº 10.352/01 (fls. 109 e verso).

O INSS interpôs agravo, aduzindo que “não se pode afirmar com segurança que a condenação será inferior a 60 salários mínimos, tendo em vista que a condenação é ilíquida” (fls. 111 vº).

A Oitava Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (fls. 115/117 vº).

Foram opostos embargos de declaração (fls. 119/122), os quais foram rejeitados pela turma julgadora (fls. 123/126 vº).

A fls. 128/131, a autarquia interpôs Recurso Especial contra o V. acórdão.

O C. Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 932, V, do CPC/2015, c/c o 255, § 4º, III, do RISTJ, deu provimento ao recurso especial “para anular o acórdão recorrido a fim de que seja conhecida a remessa necessária” (fls. 146).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

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

Inicialmente, da leitura da exordial, verifica-se que o pedido restringe-se à *concessão de aposentadoria especial* desde o requerimento administrativo, mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas no período de 6/3/97 a 8/1/07, uma vez que, por ocasião do requerimento administrativo, a autarquia deixou de considerar o referido período como especial, reconhecendo apenas a especialidade do período de 10/3/78 a 5/3/97. No entanto, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, para enquadrar o período de 10/3/78 a 8/1/07 como especial.

Conforme dispõe o artigo 141 do Código de Processo Civil/2015, o juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes. Igualmente, o artigo 492 do mesmo diploma legal trata da correlação entre o pedido e a sentença.

Assim sendo, caracterizada a hipótese de julgado *ultra petita*, a teor do disposto nos artigos 141, 282 e 492 do CPC/2015, declaro a nulidade da sentença em relação ao reconhecimento da especialidade do período de 10/3/78 a 5/3/97, pois não pleiteado na exordial.

Passo, então, à análise da remessa oficial.

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, listados 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”.

Cumprе destacar que o período em que houve o recebimento de auxílio doença previdenciário não pode ser reconhecido como especial, tendo em vista que, conforme o parágrafo

único do art. 65 do Decreto nº 3.048/99, apenas o recebimento de auxílio doença acidentário não descaracteriza a especialidade da atividade.

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.

Cumprido 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: 6/3/97 a 8/1/07.

Empresa: CTEEP- Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista.

Atividades/funções: técnico em eletricidade.

Agente(s) nocivo(s): tensão elétrica acima de 250 volts.

Enquadramento legal: Código 1.1.8 do Decreto nº 53.831/64.

Provas: Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fls. 31/34), datado de 8/1/07.

Conclusão: Não obstante constar do PPP a informação, na seção de registros ambientais,

no item 15, de que não se aplica a exposição a fatores de risco, bem como a indicação de profissional responsável pelos registros ambientais apenas para o período posterior a 1º/1/04, verifico constar do campo “OBSERVAÇÕES” as seguintes informações: “No período de 06/03/1997 a 31/12/2003 o empregado exerceu as atividades expostas a tensão elétrica acima de 250 volts. A partir de 01/01/2004 até 08/01/2007, o empregado, no exercício de suas atividades, ficou exposto a tensão elétrica acima de 250 volts. No período de 11/03/2004 a 13/09/2004 o empregado esteve afastado por motivo de auxílio doença enfermidade” (fls. 32 e 34). Nesse sentido, cumpre mencionar o julgamento dos processos nºs 0003861-69.2008.4.03.6183 e 0003632-75.2009.4.03.6183, de minha relatoria, nos quais foi reconhecido o caráter especial das atividades exercidas na CTEEP - Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista após 6/3/97, tendo em vista a exposição da parte autora ao agente tensão elétrica acima de 250 volts. Considerando o PPP apresentado nos mencionados processos, determinei a expedição de ofício à empregadora CTEEP - Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista, a fim de que fosse fornecido o nome do profissional responsável pelos registros ambientais no período de 6/3/97 a 31/12/03, bem como esclarecido o motivo da divergência entre a afirmação constante nas “observações” do PPP, no sentido de que a parte autora ficou exposta, de modo habitual e permanente não ocasional nem intermitente a tensão elétrica acima de 250 volts, e a informação, na seção de registros ambientais, de que não se aplica a exposição a fatores de risco. A empregadora acostou aos autos ofício e Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP atualizado, informando a exposição ao agente nocivo tensão elétrica superior a 250 volts a partir de 6/3/97. O INSS, por sua vez, tomou ciência da juntada dos referidos documentos. Assim, ficou constatado que as omissões e contradições havidas no PPP ocorreram por ato exclusivo da empregadora CTEEP. No que tange à ausência de indicação de profissional no que se refere ao interregno de 6/3/97 a 31/12/03, observo, ainda, que a mesma não pode prejudicar o empregado que trabalhou sob condições nocivas. Outrossim, se as condições do ambiente de trabalho tendem a se aprimorar com a evolução tecnológica e da segurança do trabalho, supõe-se que em tempos pretéritos a situação era mais prejudicial ou, quando menos, igual à constatada na data da realização da perícia. Dessa forma, ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial nos períodos de 6/3/97 a 10/3/04 e 14/9/04 a 8/1/07, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, ao agente nocivo acima mencionado. No entanto, não ficou comprovada a especialidade do labor no período em que o requerente recebeu o benefício de auxílio doença previdenciário (11/3/04 a 13/9/04), uma vez que, conforme anteriormente mencionado, apenas o recebimento de auxílio doença acidentário não descaracteriza a especialidade da atividade.

Em se tratando do agente nocivo *tensão elétrica*, impende salientar que a atividade de eletricitário, exposto a tensão superior a 250 volts, estava prevista no quadro anexo do Decreto nº 53.831, de 25/3/64. Embora a eletricidade tenha deixado de constar dos Decretos nºs. 83.080/79 e 2.172/97, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em 14/11/12, no julgamento do *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.306.113-SC (2012/0035798-8)*, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, entendeu ser possível o reconhecimento como especial do trabalho exercido com exposição ao referido agente nocivo mesmo após a vigência dos mencionados Decretos, tendo em vista que “as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991).”

Dessa forma, somando-se os períodos especiais reconhecidos nos presentes autos (6/3/97

a 10/3/04 e 14/9/04 a 8/1/07) com o período já declarado como especial administrativamente pelo INSS (10/3/78 a 5/3/97 - fls. 39), perfaz o autor o total de *28 anos, 3 meses e 26 dias* de atividade especial, motivo pelo qual *faz jus à concessão da aposentadoria especial*.

O termo inicial da aposentadoria especial deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa (16/2/07 - fls. 20), nos termos do art. 57, § 2º c/c art. 49, da Lei nº 8.213/91.

A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora.

Com relação aos *índices de atualização monetária e taxa de juros* - não obstante o meu posicionamento de que a referida matéria deveria ser discutida na fase da execução do julgado, tendo em vista a existência da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 a ser apreciada pelo C. Supremo Tribunal Federal -, passei a adotar o entendimento da 8ª Turma desta Corte, a fim de que seja observado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal que estiver em vigor no momento da execução do julgado.

Com relação aos honorários advocatícios, nos exatos termos do art. 20 do CPC/73:

A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º - O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º - As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º - Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º - 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.

Assim raciocinando, 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, devem ser levadas em conta apenas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ.

Considerando que a sentença tornou-se pública, ainda, sob a égide do CPC/73, entendo não ser possível a aplicação do art. 85 do novo Estatuto Processual Civil, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica, consoante autorizada doutrina a respeito da matéria e Enunciado nº 7 do C. STJ: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC."

Ante o exposto, de ofício, restrinjo a R. sentença aos limites do pedido, nos termos da fundamentação acima indicada e dou parcial provimento à remessa oficial para excluir o reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas no período de 11/3/04 a 13/9/04, bem como fixar a correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios na forma acima mencionada.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000262-92.2009.4.03.6117
(2009.61.17.000262-0)

Apelante: ISABEL CRISTINA FANTON GERMIN
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Classe do Processo: AC 1437051
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/08/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 74 A 79 E 55, § 3º. LEI Nº 8.213/91. LABOR RURAL. NÃO COMPROVAÇÃO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR DESCARACTERIZADO. PROPRIETÁRIO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. AGRICULTOR VOLTADO AO COMÉRCIO. AGRONEGÓCIO. OBRIGAÇÃO DE RECOLHER CONTRIBUIÇÕES. ARTIGO 11, V “a” DA LEI Nº 8.213/91. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1 - A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

2 - O benefício independe de carência, sendo percuente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

3 - O evento morte restou comprovado com a certidão de óbito de fl.13, na qual consta o falecimento do Sr. Nelson Germin em 27/06/2007.

4 - A celeuma cinge-se à condição do falecido de segurado na qualidade de trabalhador rural.

5 - Quanto ao reconhecimento da atividade rural exercida em regime de economia familiar, o segurado especial é conceituado na Lei nº 8.213/91 em seu artigo 11, inciso VII.

6 - É pacífico o entendimento no sentido de ser dispensável o recolhimento das contribuições para fins de obtenção de benefício previdenciário, desde que a atividade rural tenha se desenvolvido antes da vigência da Lei nº 8.213/91.

7 - Para o reconhecimento do labor rural mister início de prova material, a ser corroborada por prova testemunhal. As pretensas provas materiais juntadas aos autos, a respeito do labor no campo do autor, são: a) Certidão de óbito, ocorrido em 27/06/2007, em que consta a profissão do falecido como agricultor, datada de 29/06/2007 (fl. 13); b) Cópia da Escritura de Registro de Imóvel referente à Gleba L - Fazenda Santo Expedito, matrícula 11.356, de atribuição de condomínio em favor do falecido e sua esposa, (fls.11/12), datada de 27/01/1997; c) Cópia da Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba E - Fazenda Santo Expedito, Matrícula 11.351, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves, com área total de 129.209,57 metros quadrados (que pôs fim

ao condomínio anterior cuja matrícula era 11.356, por divisão amigável) em que o falecido figura como condômino/proprietário e como agricultor - fl. 12 e 37/37-verso), datada de 27/01/1997; d) Cópia da escritura de Venda e Compra, relativa a um lote de terras, localizado em Bariri/SP à avenida General Osório, totalizando 184,10 metros quadrados em que o falecido figura como outorgado, qualificado como lavrador (fls. 17/31) datada de 29/12/1981; e) Cópia da Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba 2-B, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves, com área total de 129.209,57 metros quadrados em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, datada de 27 de setembro de 2000, (fl. 22); f) Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural e Recibo de Entrega da Declaração e as respectivas DARFs referentes aos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007, em que figuram como contribuinte o falecido, relativo ao Sítio São Lucas (fls. 14/16 e 23/36); g) Cópia a Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba G - Fazenda São Judas Tadeu, matrícula 11.363, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves e Paina, com área total de 5,7011 alqueires ou 13,79,6627 has em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, (fl. 39/39-verso), datada de 27/01/1997; h) Cópia a Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba A - Fazenda São Judas Tadeu, matrícula 11.350, localizado em Bariri/SP no Bairro do Sapé e Paina, com área total de 24,2989 alqueires ou 58,80,3373 has em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, (fl. 40 e 41/41-verso), datadas de 27/01/1997; i) Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural/Recibo de Entrega da Declaração referente ao exercício de 2006, relativo à Fazenda São Judas Tadeus (fl. 38); j) Certidão de nascimentos dos filhos, em que a ocupação declarada pelo genitor foi a de agricultor, datadas, respectivamente de 25/03/1985, 25/03/1983, 09/06/1980, (fls. 42/44); e k) Certidão de Casamento, em que a ocupação declarada pelo *de cujus* foi a de agricultor, datada de 25/07/1980.

8 - Por outro lado, todas as testemunhas ouvidas na mídia digital, (fl. 78), relatam que o falecido morava na cidade e trabalhava sozinho no sítio, e a ora autora sempre foi professora, o que descaracteriza o regime de economia familiar.

9 - As provas materiais, portanto, não foram corroboradas pelas testemunhas ouvidas em juízo, que esclareceram que o falecido e sua família não residiam na zona rural ou desenvolvia atividade agropecuária em regime de economia familiar. Ao contrário, foi ainda informado que ele sempre trabalhou com a cultura de milho, café, feijão e nos dois últimos anos era fornecedor de cana para usina, muito raramente necessitando de ajuda de terceiros.

10 - Não se ouvida que na redação anterior do artigo 11, inciso V, “a” da Lei nº 8.213/91, havia a possibilidade de enquadramento como especial daqueles que exercessem suas atividades individualmente, no entanto, o autor não se enquadra nesta hipótese e, tampouco pode ser considerado empregado rural porque além de ser dono das terras e da empresa rural, trabalhava no campo, mas morava na cidade.

11 - O que se nota é que o falecido, proprietário de várias glebas rurais, (fls. 11/41-verso), qualificado durante toda sua vida como agricultor, se enquadra como contribuinte individual, nos termos do artigo 11, V “a”, eis que explorava comercialmente a atividade agrícola e tinha o dever, como segurado obrigatório, de recolher as contribuições, dado também sua boa situação financeira (fls. 23/38).

12 - O autor não juntou Declaração de Imposto de Renda, a fim de que fosse verificada a real situação dos imóveis e rendas. Foram juntados somente os ITRs do Sítio São

Lucas, referentes aos períodos entre 2003/2007. Com relação à Fazenda Santo Expedito, nada foi trazido e quanto à Fazenda São Judas Tadeu, somente o ITR referente ao exercício de 2006.

13 - É possível concluir, pela dilação probatória, mormente pelos relatos testemunhais, com fundamento nas máximas de experiência, conforme disciplina o artigo 375 do Código de Processo Civil que o falecido não era empregado rural, nem segurado especial, ou tampouco vivia da agricultura de subsistência, desta que tem como principal característica a produção de alimentos para garantir a sobrevivência do agricultor, da sua família e da comunidade em que está inserido. Note-se que sua esposa, pessoa culta e bem articulada (mídia digital de fl. 78), sempre exerceu o labor de professora, desde antes do casamento até os dias atuais, conforme informações colhidas em seu depoimento e em pesquisa ao Cadastro Único de Informações Sociais.

14 - Antes, pelo contrário, o falecido, caracterizado como dono da terra e da empresa rural, nos últimos anos, conforme relato da própria esposa: “começou a plantar cana e era fornecedor e não arrendatário, que nos últimos anos, plantava e fornecia para usina”, o que denota que estava voltado mais para o comércio e indústria.

15 - Registre-se, ainda, que a autora, o falecido e a família, nunca residiram no sítio, pois conforme seu relato: “pra casar fizeram uma casinha na cidade e ele continuou trabalhando no sítio do pai dele e quando o pai faleceu ficou com uma parte, e que sempre comercializaram a produção agrícola”, o que reforça a ideia de que, se o *de cujus* vivia da produção agrícola, era voltado exclusivamente ao comércio, ao agro-negócio, não servindo como meio indispensável à subsistência de seu grupo familiar.

16 - Apelação da parte autora não provida. Sentença mantida com acréscimo de fundamentos.

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 íntegra a r. sentença de 1º grau, com acréscimo de fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de agosto de 2017.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta por ISABEL CRISTINA FANTON GERMIN, em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício previdenciário da pensão por morte.

A r. sentença de fls. 75/76, julgou improcedente o pedido inicial. Sem condenação em custas processuais e em honorários, em razão da autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em razões recursais de fls. 82/93, a parte autora postula pela reforma da sentença e, conseqüentemente, a concessão do benefício previdenciário da pensão por morte, ao funda-

mento de ter comprovado a condição do falecido de segurado rural.

Intimada, a autarquia apresentou contrarrazões às fls. 97/108.

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

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

A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

O benefício independe de carência, sendo percuente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

O evento morte restou comprovado com a certidão de óbito de fl.13, na qual consta o falecimento do Sr. Nelson Germin em 27/06/2007.

A celeuma cinge-se à condição do falecido de segurado na qualidade de trabalhador rural.

Quanto ao reconhecimento da atividade rural exercida em regime de economia familiar, o segurado especial é conceituado na Lei nº 8.213/91 em seu artigo 11, inciso VII, nos seguintes termos:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (omissis)

VII - como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo. §1º - Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

É pacífico o entendimento no sentido de ser dispensável o recolhimento das contribuições para fins de obtenção de benefício previdenciário, desde que a atividade rural tenha se desenvolvido antes da vigência da Lei nº 8.213/91, como se pode observar nos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CÔMPUTO DE TEMPO RURAL ANTERIOR À LEI 8.213/1991. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA SANAR OMISSÃO SEM EFEITO MODIFICATIVO.

(...)

2. No presente caso, impõe-se sanar omissão para asseverar que a jurisprudência do STJ possui entendimento no sentido de que é dispensável o recolhimento de contribuições previdenciárias, para fins de reconhecimento de tempo de serviço rural, quanto ao labor exercido antes da Lei 8.213/1991.(...)

(EDcl no AgRg no REsp 1537424/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 05/11/2015).

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 55, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. OCORRÊNCIA. SEGURADA VINCULADA AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL-RGPS. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. APOSENTADORIA. CONTRIBUIÇÕES. DESNECESSIDADE. ANTES DA VIGÊNCIA DA REFERIDA LEI. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A autora sempre esteve vinculada ao Regime Geral de Previdência Social.

2. Não é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias, relativas ao tempo de serviço prestado como trabalhador rural, antes da vigência da Lei nº 8.213/91, para fins de aposentadoria urbana pelo Regime Geral de Previdência Social. Precedentes da Terceira Seção. Ação rescisória procedente.

(AR 3.650/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2015, DJe 04/12/2015 - grifos nossos).

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR A PROVA DOCUMENTAL.

1. O tempo de serviço do segurado trabalhador rural exercido antes da data de início de vigência da Lei nº 8.213/1991, é de ser computado e averbado, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, mas não se presta para efeito de carência.

(...)

(AC nº 0029462-51.2003.4.03.9999, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, j. 30/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/12/2015).

Para o reconhecimento do labor rural mister início de prova material, a ser corroborada por prova testemunhal.

As pretensas provas materiais juntadas aos autos, a respeito do labor no campo do autor, são:

a) Certidão de óbito, ocorrido em 27/06/2007, em que consta a profissão do falecido como agricultor, datada de 29/06/2007 (fl. 13);

b) Cópia da Escritura de Registro de Imóvel referente à Gleba L - Fazenda Santo Expedito, matrícula 11.356, de atribuição de condomínio em favor do falecido e sua esposa, (fls.11/12), datada de 27/01/1997;

c) Cópia da Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba E - Fazenda Santo Expedito, Matrícula 11.351, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves, com área total de 129.209,57 metros quadrados (que pôs fim ao condomínio anterior cuja matrícula era 11.356, por divisão amigável) em que o falecido figura como condômino/proprietário e como agricultor - fl. 12 e 37/37-verso), datada de 27/01/1997;

d) Cópia da escritura de Venda e Compra, relativa a um lote de terras, localizado em Bariri/SP à Avenida General Osório, totalizando 184,10 metros quadrados em que o falecido figura como outorgado, qualificado como lavrador (fls. 17/31) datada de 29/12/1981;

e) Cópia da Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba 2-B, localizado em Bariri/

SP no Bairro dos Alves, com área total de 129.209,57 metros quadrados em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, datada de 27 de setembro de 2000, (fl. 22);

f) Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural e Recibo de Entrega da Declaração e as respectivas DARFs referentes aos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007, em que figuram como contribuinte o falecido, relativo ao Sítio São Lucas (fls. 14/16 e 23/36);

g) Cópia a Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba G - Fazenda São Judas Tadeu, matrícula 11.363, localizado em Bariri/SP no Bairro dos Alves e Paina, com área total de 5,7011 alqueires ou 13,79,6627 has em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, (fl. 39/39-verso), datada de 27/01/1997;

h) Cópia a Escritura de Registro de Imóveis referente à Gleba A - Fazenda São Judas Tadeu, matrícula 11.350, localizado em Bariri/SP no Bairro do Sapé e Paina, com área total de 24,2989 alqueires ou 58,80,3373 has em que o falecido figura como proprietário e qualificado como agricultor, (fl. 40 e 41/41-verso), datadas de 27/01/1997;

i) Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural/Recibo de Entrega da Declaração do ITR, referente ao exercício de 2006, relativo à Fazenda São Judas Tadeus (fl. 38);

j) Certidão de nascimentos dos filhos, em que a ocupação declarada pelo genitor foi a de agricultor, datadas, respectivamente de 25/03/1985, 25/03/1983, 09/06/1980, (fls. 42/44); e

k) Certidão de Casamento, em que a ocupação declaração pelo *de cujus* foi a de agricultor, datada de 25/07/1980.

Por outro lado, todas as testemunhas ouvidas na mídia digital, (fl. 78), relatam que o falecido morava na cidade e trabalhava sozinho no sítio, e a ora autora sempre foi professora, o que descaracteriza o regime de economia familiar.

A autora mencionou que: “(...) desde o início do casamento o marido trabalhava no sítio, na cultura do milho, café, feijão. Mas ela sempre exerceu a função de professora e nunca trabalhou no sítio. Retiravam a quantia para consumo e o resto era comercializado. Nos últimos anos antes do falecimento, ele começou a plantar cana e era fornecedor e não arrendatário. Sempre trabalhou sozinho e quando precisava contratava um diarista. Não tinha outra profissão.”

A segunda testemunha, Sr. Adalmir José Maria Felipe, afirmou que: “o autor sempre trabalhou no sítio da família, mas a família, inclusive o falecido, moravam na cidade. No final da vida dele trabalhava no cultivo de cana e sempre trabalhou sozinho. Para cortar a cana a usina cortava”.

Sr. José João Saltareli afirmou que: “(...) conhecia o falecido há mais de 20 anos. O depoente trabalhava com sal mineral, veneno, implemento agrícola e dava assistência no sítio do falecido. No sítio não havia empregados e nem filhos trabalhando. O falecido morava na cidade mas sempre trabalhou no sítio.”

A testemunha Luciana Cristina Facin, afirmou: “(...) o falecido sempre trabalhou sozinho no sítio. Sabe disso pelos relatos dele, no final de semana, quando visitava a família na cidade, não conhece o sítio pessoalmente.”

As provas materiais, portanto, não foram corroboradas pelas testemunhas ouvidas em juízo, que esclareceram que o falecido e sua família não residiam na zona rural ou desenvolviam atividade agropecuária em regime de economia familiar. Ao contrário, foi ainda informado que ele sempre trabalhou com a cultura de milho, café, feijão e nos dois últimos anos era fornecedor de cana para usina, muito raramente necessitando de ajuda de terceiros.

Não se ouvida que na redação anterior do artigo 11, inciso V, “a” da Lei nº 8.213/91, havia a possibilidade de enquadramento como especial daqueles que exercessem suas atividades

individualmente, no entanto, o autor não se enquadra nesta hipótese e, tampouco pode ser considerado empregado rural porque além de ser dono das terras e da empresa rural, trabalhava no campo, mas morava na cidade.

Alie-se como elemento de convicção o fato de o falecido e sua esposa, ora autora da presente ação, serem proprietários de 05 (cinco) imóveis rurais, fora o imóvel de domicílio, assim especificados:

- 12,50% da Fazenda Santo Expedito - Gleba L, de praticamente 10 há (matrícula 11.356) - fl. 11-verso;
- 12,50% de outro imóvel - Gleba E, com metragem não identificada, nº de matrícula 11.351, com escritura pública lavrada na mesma data do imóvel anterior (27/12/1996), com área de reserva florestal obrigatória de quase 15 há, quase 90 há de área total, fls. 12 e 37;
- 100% do Sítio São Lucas - Gleba 2B, com 12,9 ha, matrícula nº 13.232, fl. 22;
- 12,5% da Fazenda São Judas Tadeu - Gleba G, com 13,79 há, matrícula nº 11.363, fl. 39;
- 12,5% da Fazenda São Judas Tadeu - Gleba A, matrícula nº 11.350, com 58,80 ha

Outrossim, não foram juntados ao autos as declarações de Imposto de Renda, somente os recibos de entrega do ITR do Sítio São Lucas, referentes aos períodos entre 2003/2007. Com relação à Fazenda Santo Expedito, nada foi trazido e quanto à Fazenda São Judas Tadeu, somente o Recibo de entrega do ITR referente ao exercício de 2006.

O que se nota é que o falecido, proprietário de várias glebas rurais, (fls. 11/41-verso), qualificado durante toda sua vida como agricultor, se enquadra como contribuinte individual, nos termos do artigo 11, V “a”, eis que explorava comercialmente a atividade agrícola e tinha o dever, como segurado obrigatório, de recolher as contribuições, dado também sua boa situação financeira (fls. 23/38), *verbis*:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

V - como contribuinte individual:

- a) a pessoa física, proprietária ou não, *que explora atividade agropecuária* ou pesqueira, em caráter permanente ou temporário, *diretamente* ou por intermédio de prepostos e com o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua (redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

Por fim, há contribuições do *de cujus* na condição de contribuinte autônomo entre 1987 e 1995 e, após seu falecimento, em 06/11/2006, houve criação de Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, em seu nome, o que gerou um único período de contribuição na condição de “segurado especial”, efetuado “*post mortem*”, evidentemente no sentido de criar falsa situação, conforme dados obtidos no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, ora juntados ao presente voto.

É possível concluir, pela dilação probatória, mormente pelos relatos testemunhais, com fundamento nas máximas de experiência, conforme disciplina o artigo 375 do Código de Processo Civil que o falecido não era empregado rural, nem segurado especial, ou tampouco vivia da agricultura de subsistência, desta que tem como principal característica a produção de alimentos para garantir a sobrevivência do agricultor, da sua família e da comunidade em que está inserido. Note-se que sua esposa, pessoa culta e bem articulada (mídia digital de fl. 78), sempre exerceu o labor de professora, desde antes do casamento até os dias atuais, conforme informações colhidas em seu depoimento e em pesquisa ao CNIS, também juntada ao presente voto.

Antes, pelo contrário, o falecido, caracterizado como dono da terra e da empresa rural, nos últimos anos, conforme relato da própria esposa: “começou a plantar cana e era fornecedor e não arrendatário, que nos últimos anos, plantava e fornecia para usina”, o que denota que estava voltado mais para o comércio e indústria.

Registro, ainda, que a autora, o falecido e a família, nunca residiram no sítio, pois conforme seu relato: “pra casar fizeram uma casinha na cidade e ele continuou trabalhando no sítio do pai dele e quando o pai faleceu ficou com uma parte, e que sempre comercializaram a produção agrícola”, o que reforça a ideia de que, se o de cujus vivia da produção agrícola, era voltado exclusivamente ao comércio, ao agronegócio, não servindo como meio indispensável à subsistência de seu grupo familiar.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação do autor e com acréscimo de fundamentos, mantenho íntegra a r. sentença de primeiro grau.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0016096-32.2009.4.03.9999
(2009.03.99.016096-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: JOSÉ ANTÔNIO MARTUCCI E IRENE LONGATTO MARTUCCI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE MOGI MIRIM - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: AC 1420899
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AUTORES TRABALHADORES RURAIS. BENEFÍCIOS DEFERIDOS ADMINISTRATIVAMENTE NO CURSO DA AÇÃO. CONTESTAÇÃO DO MÉRITO. PRETENSÃO RESISTIDA. BENEFÍCIOS DEVIDOS DESDE A CITAÇÃO.

- Embora a jurisprudência tenha recentemente se firmado no sentido de que é necessária a prévia postulação administrativa de benefícios previdenciários, sob pena de indevida sobrecarga do Poder Judiciário, que não pode ser substituto da Administração, entendo que o interesse de agir do segurado exsurge, conquanto não tenha formulado o pedido na seara administrativa, no momento em que o INSS oferece contestação resistindo à pretensão deduzida e, como corolário lógico, caracterizando o conflito de interesses e instaurando a lide.
- Conquanto deferidos os benefícios no curso da ação, após a provocação administrativa, o termo inicial deve ser fixado na data da citação.
- Apelação do INSS improvida.
- Sentença de procedência mantida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de julho de 2017.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de ação proposta em 17/05/2006 por José Antônio Martucci e Irene Longatto Martucci, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com vistas à concessão, a cada qual, do benefício de aposentadoria por idade rural.

Citação da autarquia em 28/06/2006 (fl. 26).

Decisão de fl. 57/58 determinando a suspensão do feito por 60 dias, para fins de formulação de requerimento, pelos autores, na via administrativa.

Noticiada a implantação administrativa dos benefícios postulados (fls. 77/79), foi prolatada sentença, em 25/11/2008, que julgou extinto o processo sem exame de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil e, reconhecendo que os autores deram causa, indevidamente, à ação judicial, condenou-os nos ônus da sucumbência, observado o disposto na Lei nº 1.060/50 (fls. 85/87).

Os autores apelaram e a decisão de fls. 108/109 anulou a r. sentença de fls. 85/87 e determinou a remessa dos autos à origem para regular prosseguimento.

Processado o feito e ouvidas as testemunhas, sobreveio a sentença de fls. 191/197, que julgou procedente o feito e condenou o réu a conceder o benefício de aposentadoria por idade aos autores a partir da data da citação, com pagamento dos valores devidos dessa data até o dia anterior à concessão do referido benefício na esfera administrativa (30/05/2008 para o autor e 14/05/2008 para a autora). Correção monetária e juros da mora na forma estabelecida no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09. Custas e despesas, exceto taxa judiciária, a cargo do réu. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre as prestações vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Apela o INSS (fls. 201/208). Aponta ausência de interesse de agir em virtude da ausência de provocação na via administrativa e busca a integral reforma da r. sentença.

Com 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):

A controvérsia instaurada nos presentes autos envolve unicamente as parcelas do benefício de aposentadoria por idade devidas aos autores entre a data da citação (17/05/2006) e a data do deferimento em sede administrativa (15/05/2008 e 01/06/2008).

Embora a jurisprudência tenha recentemente se firmado no sentido de que é necessária a prévia postulação administrativa de benefícios previdenciários, sob pena de indevida sobrecarga do Poder Judiciário, que não pode ser substituto da Administração, entendo que o interesse de agir do segurado exsurge, conquanto não tenha formulado o pedido na seara administrativa, no momento em que o INSS oferece contestação resistindo, no mérito, à pretensão deduzida e, como corolário lógico, caracterizando o conflito de interesses e instaurando a lide.

Outro não é o entendimento de expressiva parte da jurisprudência, sendo oportuno trazer à colação lapidar julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que porta a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. FALTA DE INTERESSE. INEXISTÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS.

(...)

5. A alegada falta de interesse de agir não deve prosperar, uma vez que a jurisprudência da Turma tem acolhido o entendimento de que a contestação do mérito do pedido caracteriza pretensão resistida e afasta a necessidade de prévio requerimento administrativo.

(...)

9. Preliminar rejeitada.

10. Apelação do INSS improvida.

11. Remessa oficial tida por interposta provida, em parte.

(TRF1 - AC nº 2001.38.00.043925-5/MG - 2ª Turma - Rel. Des. Fed. Catão Alves - DJ 05/08/2004 - p. 13).

Esta Corte, a seu turno, assim decidiu:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO: QUESTÃO DE MÉRITO. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO CONHECIDA. JULGAMENTO DA AÇÃO POR JUÍZO ESTADUAL DE COMARCA NÃO SEDE DA JUSTIÇA FEDERAL: COMPETÊNCIA FEDERAL DELEGADA. PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA: DESNECESSIDADE. CONTESTAÇÃO DO INSS: PRETENSÃO RESISTIDA CARACTERIZADA. PRELIMINAR ES REJEITADAS. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS: PREENCHIMENTO. INCAPACIDADE TOTAL, PERMANENTE E INSUSCETÍVEL DE REABILITAÇÃO ATESTADA POR LAUDO PERICIAL. PARECER DE ASSISTENTE TÉCNICO: PROVA PRECLUSA. PERÍODO DE CARÊNCIA CUMPRIDO. QUALIDADE DE SEGURADO MANTIDA: INTERRUPÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INVOLUNTÁRIA. EM VIRTUDE DE AGRAVAMENTO DE DOENÇA. BENEFÍCIO MANTIDO. TERMO INICIAL E JUROS. CUSTAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. ACOLHIDO PLEITO DE TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA.

(...)

IV - Tem-se por remediada a falta de interesse de agir do autor, à míngua de requerimento administrativo do benefício, quando o INSS, citado na ação, impugna o mérito do pedido, caracterizando-se, assim, a pretensão resistida. Precedentes. Preliminar de carência de ação rejeitada.

(...)

XVII - Rejeitadas as demais preliminares.

XVIII - Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

XIX - Acolhido o pleito do autor, para antecipar a tutela jurisdicional, intimando-se a autoridade administrativa a cumprir a ordem judicial no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, a ser oportunamente fixada em caso de descumprimento.

(9ª Turma, AC nº 2001.03.99.012703-7, Rel. Juíza Marisa Santos, j. 02/05/2005, DJU 23/06/2005, p. 491).

Assim, contestada a ação em seu mérito, conforme fls. 29/45, restou caracterizada a resistência à pretensão postulada pelos autores.

Fica mantida, portanto, a fixação do termo inicial dos benefícios na data da citação, data em que o réu tomou conhecimento da pretensão autoral e a ela resistiu.

Ausente recurso das partes, os juros da mora, atualização monetária e a verba honorária ficam mantidos tal qual lançados na r. sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS.**

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0008440-67.2012.4.03.6103
(2012.61.03.008440-7)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ CARLOS FRATERNAL DE AGUIAR JUNIOR (=ou> de 60 anos)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: AC 2220698
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADA. REQUISITOS NÃO ATINGIDOS. TUTELA REVOGADA. DETERMINADA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA.

1. Para a percepção de Aposentadoria por Idade, o segurado deve demonstrar o cumprimento da idade mínima de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, e número mínimo de contribuições para preenchimento do período de carência correspondente, conforme artigos 48 e 142 da Lei 8.213/91.
2. Pelo que se denota do processado, entendo que a relação ali existente, em estabelecimento prestador de serviços obviamente familiar, até pode ter se iniciado formalmente como uma mera relação empregatícia (como também ocorreu quando o autor trabalhou, na primeira vez, com seu genitor), mas tal situação não perdurou pelo longo interregno que aqui se buscou reconhecimento, segundo meu convencimento, mediante análise do conjunto probatório.
3. Assim, a reforma integral da r. sentença é medida que se impõe, pois constato inexistir carência necessária para percepção do benefício pleiteado.
4. Revogo, por consequência, a tutela antecipada concedida pela r. sentença. Comunique-se ao INSS, pelo meio mais expedito, instruindo a comunicação com as peças necessárias.(...) Assim, curvo-me ao entendimento pacificado pelo C. STJ, para determinar a devolução dos valores recebidos a maior em razão da tutela antecipada concedida.
5. Apelação do INSS provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de agosto de 2017.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de apelação em ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora requer a aposentadoria por idade. Busca provar tais circunstâncias mediante apresentação de documentos que entende comprobatórios do direito pleiteado, além de CTPS.

A r. sentença julgou procedente o pedido inaugural, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I do CPC, determinando ao réu que conceda ao autor o benefício de aposentadoria por idade NB 158.998.751-6, desde a data do requerimento administrativo (09/12/2011 - fl. 57), devendo a Autarquia Previdenciária adimplir os valores vencidos, corrigidos e acrescidos de juros de mora, nos termos do Manual de Procedimento de Cálculos da Justiça Federal, em vigor na data da execução do julgado. Condenou, ainda, o INSS, em honorários advocatícios sucumbenciais, fixados da seguinte forma: em dez por cento sobre o valor da condenação até 200 (duzentos) salários-mínimos; em oito por cento sobre o valor da condenação acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos; em cinco por cento sobre o valor da condenação acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos; em três por cento sobre o valor da condenação acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos e em um por cento sobre o valor da condenação acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos, sendo o percentual incidente sobre o montante devido até a data desta sentença (Súmula 111 do STJ), inclusive sobre as parcelas pagas a título de antecipação de tutela eventualmente concedida, em montante a ser liquidado oportunamente. Não condenou o INSS ao reembolso de custas judiciais, haja vista a concessão da justiça gratuita ao autor, ficando facultado ao réu o direito de compensar, com os valores da condenação, eventuais valores pagos à parte autora a título previdenciário inacumulável com o benefício concedido. Por fim, antecipou ao demandante a imediata fruição da benesse, concedendo a antecipação de tutela.

Irresignado, o INSS ofertou apelação, alegando, em apertada síntese, haver fortes indícios que as anotações constantes de CTPS, relativas a alterações de salários, foram produzidas com a mesma caneta, o que sugere que tenham sido efetuadas na mesma data, e não ao longo de 15 anos. Sustenta, ainda, a ausência de documentos que comprovem a efetiva relação de emprego, bem como inexistir os requisitos básicos de uma relação empregatícia, em especial a subordinação.

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

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Para a percepção de Aposentadoria por Idade, o segurado deve demonstrar o cumprimento da idade mínima de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, e número mínimo de contribuições para preenchimento do período de carência correspondente, conforme artigos 48 e 142 da Lei 8.213/91.

Cumprе ressaltar que, com o advento da Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003, a perda da qualidade de segurado se tornou irrelevante para a concessão da aposentadoria por idade,

desde que o segurado já conte com o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência, na data de requerimento do benefício.

Art. 3º. A perda da qualidade do segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial.

§ 1º. Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício.

§ 2º. A concessão do benefício de aposentadoria por idade, nos termos do § 1º, observará, para os fins de cálculo do valor do benefício, o disposto no art. 3º, *caput* e § 2º, da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, ou, não havendo salários de contribuição recolhidos no período a partir da competência julho de 1994, o disposto no art. 35 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Muito embora o art. 3º, § 1º, da Lei 10.666/2003 estabeleça que o segurado conte com no mínimo o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício, a Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que a carência exigida deve levar em conta a data em que o segurado implementou as condições necessárias à concessão do benefício e não a data do requerimento administrativo.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 142 DA LEI Nº 8.213/91. PERÍODO DE CARÊNCIA. PREENCHIMENTO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. ATENDIMENTO PRÉVIO DOS REQUISITOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. Na forma da atual redação do art. 142 da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei nº 9.032/95, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à tabela ali prevista, mas levando-se em consideração o ano em que o segurado implementou as condições necessárias à concessão do benefício e não a data do requerimento administrativo.

2. Aplica-se ao caso o art. 102, § 1º, da Lei nº 8.213/91, que dispõe que a perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos segundo a legislação então em vigor (arts. 52 e 53 da Lei nº 8.213/91).

3. Recurso especial provido.

(REsp nº 490.585/PR, Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU de 23/8/2005).

O artigo 24 da Lei nº 8.213/1991 dispõe que:

Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Por seu turno, o art. 25, inciso II, da referida Lei estabelece que:

A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

(...)

II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais.

Porém, para os segurados inscritos na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, o art. 142 da Lei nº 8.213/1991, trouxe uma regra de transição, consubstanciada em uma tabela progressiva de carência, de acordo com o ano em que foram implementadas as condições para a aposentadoria por idade.

Deve-se observar que para aferir a carência a ser cumprida deverá ser levada em consideração a data em que foi implementado o requisito etário para a obtenção do benefício e não aquele em que a pessoa ingressa com o requerimento de aposentadoria por idade junto ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Trata-se de observância do mandamento constitucional de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). Se, por exemplo, aquele que tivesse preenchido as condições de idade e de carência, mas que fizesse o requerimento administrativo posteriormente seria prejudicado com a postergação do seu pedido, já que estaria obrigado a cumprir um período maior de carência do que aquele que o fizesse no mesmo momento em que tivesse completado a idade mínima exigida, o que obviamente não se coaduna com o princípio da isonomia, que requer que pessoas em situações iguais sejam tratadas da mesma maneira.

Por outro lado, no caso de cumprimento do requisito etário, mas não da carência, o afe-
rimento desta, relativamente à aposentadoria por idade, será realizado quando do atingimento da idade esperada, ainda que, naquele momento a pessoa não tivesse completado a carência necessária.

Nessa situação, o próprio adiamento da possibilidade de obtenção do benefício para o momento em que fosse cumprida a carência exigida no artigo 142 da Lei de Benefícios Previdenciários já estabeleceria diferença entre aquele que cumpriu a carência no momento em que completara a idade mínima, não havendo que se falar em necessidade de qualquer prazo adicional.

Corroborando este entendimento, cito a Súmula nº 02 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, que assim dispôs: Para a concessão da aposentadoria por idade, não é necessário que os requisitos da idade e da carência sejam preenchidos simultaneamente.

Feitas tais considerações, passo à análise dos requisitos necessários. A idade mínima de 65 anos exigida para a obtenção do benefício requerido foi atingida pela parte autora em 2009, haja vista haver nascido em 22/04/1944, segundo atesta sua documentação (fls. 8). Desse modo, necessária agora a comprovação da carência no montante de 168 meses, conforme redação dada ao art. 142 da Lei 8.213/91, após sua modificação pela Lei 9.032/95.

A parte autora requereu no processado o reconhecimento de vínculo de labor urbano, supostamente prestado no período de 02/10/1995 a 30/09/2011, *em escritório de despachante de titularidade de seu filho*, onde alegou ter trabalhado como “Gerente”, cujos recolhimentos de contribuições previdenciárias cessaram-se em 12/98.

Em realidade, pelo que se denota do processado, entendo que a relação ali existente, em estabelecimento prestador de serviços obviamente familiar, até pode ter se iniciado formalmente como uma mera relação empregatícia (como também ocorreu quando o autor trabalhou, na primeira vez, com seu genitor), mas tal situação não perdurou pelo longo interregno que aqui se buscou reconhecimento, segundo meu convencimento, mediante análise do conjunto probatório.

O requerente, evidentemente, foi sócio de fato do estabelecimento em questão (nas duas situações), e não apenas um simples empregado ou “Gerente”, e apenas não assumiu a efeti-

va titularidade do negócio, que passou de seu pai para seu filho, pois lhe faltou qualificação mínima necessária (segundo grau completo e aprovação em concurso público), a fim de que pudesse administrar a atividade-fim em nome próprio.

Vejamos:

Observando a CTPS colacionada aos autos (fls. 14), verifica-se que o autor iniciou suas atividades laborativas em 01/09/1975, trabalhando como “Gerente” em escritório de despachante de titularidade de seu genitor. Ausentou-se de tal atividade por apenas dois anos, quando foi trabalhar como “Inspetor Promotor”, em outro estabelecimento de serviços, na área de seguros.

Do mesmo documento, verifica-se uma anotação de que o autor teria retornado a laborar no escritório de despachante de seu genitor, em 1984, poucos meses após sua saída da empresa de seguros, onde se observa que a data de admissão é igual à data da demissão. Não houve qualquer registro de emprego formal do autor de 1984 até 1995, quando, supostamente, fora recontratado para atuar no mesmo ramo (despachante), e na mesma empresa cujo titular, agora, é seu filho.

O endereço de funcionamento do escritório de despachante confirma essa tese (fls.14), pois sempre ficou estabelecido no mesmo endereço (Rua Humaitá, 70 - São José dos Campos), tanto no período em que foi de titularidade de seu genitor, como após seu filho se tornar o proprietário oficial do negócio.

Verifica-se, portanto, que excetuando sua breve saída para atuar no ramo securitário, a parte autora laborou por toda sua vida no mesmo estabelecimento, primeiro tendo seu pai como titular, depois com seu filho: algumas vezes registrado, quando houve recolhimentos previdenciários, outras vezes não, situação essa que permaneceu inalterada, mesmo após sua suposta “demissão” ocorrida em 2011, pois continua a laborar no mesmo estabelecimento, consoante constatado pela Autarquia Previdenciária nas fls. 50/51.

A prova oral produzida confirma tal situação.

Ouvida em depoimento pessoal, a parte autora afirmou que atuava diretamente na atividade-fim, como “Gerente”, atendendo aos clientes, preenchendo e assinando formulários e documentos e emitindo notas fiscais. Seu filho, proprietário oficial do negócio, é a pessoa que se dirige ao CIRETRAN para dar encaminhamento aos documentos, pois é o único que possui qualificação necessária para tanto. Continua exercendo as mesmas atividades no referido estabelecimento, mesmo após ter sido “demitido”, o que ocorreu, segundo sua versão, porque iria se aposentar.

Por sua vez, seu filho, ouvido na qualidade de informante, sustenta que o trabalho da parte autora se resumia ao atendimento aos clientes e que também elaborava orçamentos, mas durante o depoimento confirmou que ele também fazia recibos e emitia notas fiscais. Esclareceu que muitas pessoas acham que seu pai é o proprietário do referido estabelecimento e que ele continua trabalhando no local, sem registro, para ajudar, mas não esclareceu se percebe remuneração. Consignou que o negócio de despachante passou de seu avô para si, pois seu pai não possuía o segundo grau completo, situação essa que o impediu de prestar concurso para exercer, de maneira oficial, a profissão de despachante.

A testemunha Hernando afirmou que trabalhou no referido escritório de 1995 a 2000, e disse que a parte autora foi ali registrada, e permaneceu no local após sua saída.

Por fim, a testemunha Anderson consignou que é vizinho do estabelecimento, afirmando que o escritório sempre foi da família do autor, primeiro de seu genitor e depois de seu filho, e que até hoje ele permanece lá trabalhando. Não tem conhecimento se a parte autora é regis-

trada como funcionário, mas ressalta que ela sempre trabalhou naquele local.

Além disso, importante consignar que, conforme bem ressaltado pela Autarquia Previdenciária em sua peça recursal, há claros indícios de que o preenchimento de fls. 16 se deu na mesma data, e contrastam tais anotações com a ausência de qualquer apontamento no que se refere à data da demissão que deveria constar no campo relativo ao FGTS (fls. 17). Sequer foram apresentados recibos de pagamento de salários, cartões ou folhas de ponto ou quaisquer outros documentos que indiquem que o vínculo de trabalho perdurou, na forma da legislação trabalhista, a partir de 1999.

Ademais, também não foram colacionados aos autos a rescisão homologada de tal contrato de trabalho, ou mesmo o extrato de fundo de garantia, documentos esses que poderiam apontar a data da alegada “demissão”. Desse modo, considero inverossímil a versão trazida na peça inaugural, motivo pelo qual a parte autora deveria ter efetuado o recolhimento de contribuições previdenciárias, por iniciativa própria, para obtenção da carência necessária, conforme estabelece o art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, *in verbis*:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

(...)

II - os segurados contribuintes individual e facultativo estão obrigados a recolher sua contribuição por iniciativa própria, até o dia quinze do mês seguinte ao da competência;

Assim, a reforma integral da r. sentença é medida que se impõe, pois constato inexistir carência necessária para percepção do benefício pleiteado.

Sucumbente, condeno a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, fixados no valor de R\$ 1000,00 (mil reais), cuja exigibilidade observará o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950 (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil/2015), por ser beneficiária da justiça gratuita.

Revogo, por consequência, a tutela antecipada concedida pela r. sentença. Comunique-se ao INSS, pelo meio mais expedito, instruindo a comunicação com as peças necessárias.

Observe, por fim, que esta Relatoria vinha considerando não ser necessária a devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada, em razão do caráter alimentar de tais verbas, bem como em função da boa fé por parte de quem os recebeu, ainda mais em ações de natureza previdenciárias, cujos autores normalmente são pessoas de baixa renda e com pouca instrução.

Vale dizer que tal entendimento, igualmente, era respaldado por jurisprudência tanto desta E. Corte como de do C. STJ.

Todavia, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.401.560, o C. STJ pacificou o entendimento segundo o qual a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os valores indevidamente recebidos.

Referido julgado restou assim ementado:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO.

O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de

irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária. Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior caso porque o lesado é o patrimônio público. O art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a contrario sensu, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, exige o que o art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava. Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp1401560/MT, Primeira Seção, Rel. Min. SERGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Min. ARI PARGENDLER, DJe 13/10/2015)

Assim, curvo-me ao entendimento pacificado pelo C. STJ, para determinar a devolução dos valores recebidos a maior em razão da tutela antecipada concedida.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS, reformando integralmente a r. sentença e determinando a revogação da tutela antecipada, bem como a devolução dos valores recebidos em razão de tal antecipação, nos termos ora consignados.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0009429-23.2014.4.03.6000

(2014.60.00.009429-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: MOACIR VICENTINO ROCHA

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSIAIA

Classe do Processo: ApelReex 2241480

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA CONDICIONAL. OCORRÊNCIA. SENTENÇA NULA. LAUDO TÉCNICO OU PPP. RUÍDO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.

1. É vedada a prolação de sentença condicional, pois a procedência do pedido não pode ficar condicionada à análise futura dos requisitos do benefício pela autarquia.

2. Não é o caso de restituição à primeira instância, incidindo na espécie, a regra do inciso III do § 3º do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil.

3. Há de se distinguir, de início, a aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de serviço, prevista no art. 52 da Lei nº 8.213/91. A primeira pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25 (quinze, vinte ou vinte e cinco) anos, e, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57). A segunda pressupõe tanto o exercício de atividade especial como o exercício de atividade comum, sendo que o período de atividade laborado em atividade especial sofre a conversão em atividade comum, aumentando, assim, o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá se submeter às regras da EC nº 20/98.

4. Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, é inexigível laudo técnico das condições ambientais de trabalho para a comprovação de atividade especial até o advento da Lei nº 9.528/97, ou seja, até 10/12/97. Precedentes do STJ.

5. A respeito do agente físico ruído, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia, firmou orientação no sentido de que o nível de ruído que caracteriza a insalubridade para contagem de tempo de serviço especial deve ser superior a 80 (oitenta) decibéis até a edição do Decreto nº 2.171/1997, de 05/03/1997, superior a 90 (noventa) decibéis entre a vigência do Decreto nº 2.171/1997 e a edição do Decreto nº 4.882/2003, de 18/11/2003, e após a entrada em vigor do Decreto nº 4.882/2003, ou seja, a partir de 19/11/2003, incide o limite de 85 (oitenta e cinco) decibéis, considerando o princípio *tempus regit actum*. (*Recurso Especial repetitivo 1.398.260/PR, Rel. Min. Herman Benjamin*).

6. A eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído.

7. Comprovada a atividade insalubre por meio de laudo técnico ou Perfil Profissiográ-

fico Previdenciário - PPP por mais de 25 (vinte e cinco) anos, é devida a conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial, conforme o artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

8. Termo inicial do benefício fixado na data do requerimento administrativo, nos termos do artigo 57 c.c artigo 49, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

9. Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na Lei nº 11.960/09 (STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 870.947, 16/04/2015, Rel. Min. Luiz Fux).

10. Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados nos termos do artigo 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil/2015.¹¹

11. Preliminar acolhida para anular a sentença. Aplicação do disposto no inciso III do § 3º do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil. Pedido julgado procedente. Prejudicada a análise do reexame necessário e do mérito da apelação do INSS.

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, acolher a preliminar para anular a sentença e julgar procedente o pedido, restando prejudicada a análise do reexame necessário e do mérito da apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de julho de 2017.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Proposta ação revisional de benefício previdenciário, objetivando a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço para aposentadoria especial, mediante o reconhecimento de atividade especial, sobreveio sentença de procedência dos pedidos, para declarar como tempo especial, o período compreendido entre 06/03/1997 e 29/08/2011, convertendo a aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial, desde a data do requerimento administrativo, caso seja mais benéfico que o benefício que recebe, com correção monetária e juros de mora, além de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Foi concedida a tutela antecipada.

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, arguindo, preliminarmente, a necessidade do reexame necessário, bem como a nulidade da sentença, em razão de ser condicional. No mérito, pugna pela reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido, sustentando a ausência do preenchimento dos requisitos necessários para o reconhecimento da atividade especial, bem como pela conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial. Subsidiariamente, pede a alteração da forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora, bem como a observância da Súmula 111 do STJ, quando à verba honorária.

Com contrarrazões, nas quais a parte autora pugna pela manutenção da sentença re-

corrida e o arbitramento de honorários de sucumbência recursal (art. 85, § 11, CPC), os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Inicialmente, recebo o recurso de apelação do INSS, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil.

Ressalto que, ao formular uma pretensão, a parte não pode receber do Poder Judiciário uma sentença condicional, vedada pelo ordenamento processual civil, mas uma prestação jurisdicional que decida a relação jurídica de direito material levada ao conhecimento do juiz. No caso, o autor requereu em juízo o reconhecimento de atividade especial e a condenação da autarquia à conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial.

Assim, a procedência do pedido não pode ficar condicionada à análise futura dos requisitos do benefício pela autarquia, porquanto isso implica em negativa de prestação jurisdicional adequada.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL - RELAÇÃO JURÍDICA CONDICIONAL - POSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DO MÉRITO - SENTENÇA CONDICIONAL - INADIMISSIBILIDADE - DOCTRINA - ARTIGO 460, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC - RECURSO PROVIDO

I- Ao solver a controvérsia e pôr fim à lide, o provimento do juiz deve ser certo, ou seja, não pode deixar dúvidas quanto à composição do litígio, nem pode condicionar a procedência ou a improcedência do pedido a evento futuro e incerto. Ao contrário, deve declarar a existência ou não do direito da parte, ou condená-la a uma prestação, deferindo-lhe ou não a pretensão.

II - A sentença condicional mostra-se incompatível com a própria função estatal de dirimir conflitos, consubstanciada no exercício da jurisdição.

III - Diferentemente da “sentença condicional” (ou “com reservas”, como preferem Pontes de Miranda e Moacyr Amaral Santos), a que decide relação jurídica de direito material, pendente de condição, vem admitida no Código de Processo Civil (artigo 460, parágrafo único).

IV - Na espécie, é possível declarar-se a existência ou não do direito de percepção de honorários, em ação de rito ordinário, e deixar a apuração do montante para a liquidação da sentença, quando se exigirá a verificação da condição contratada, como pressuposto para a execução. (REsp nº 164.110/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 21/03/2000, DJ 08/05/2005, p. 414).

Embora nula a sentença, não é o caso de se restituir os autos à primeira instância para que outra seja prolatada, podendo as questões ventiladas nos autos ser imediatamente apreciadas pelo Tribunal, incidindo, na espécie, a regra do inciso III do § 3º do art. 1.013 do novo Código de Processo Civil.

Passa-se, então, à apreciação das questões que a demanda efetivamente suscita.

Há de se distinguir, de início, a aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de serviço, prevista no art. 52 da Lei nº 8.213/91. A primeira pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25

(quinze, vinte ou vinte e cinco) anos, e, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57). A segunda pressupõe tanto o exercício de atividade especial como o exercício de atividade comum, sendo que o período de atividade laborado em atividade especial sofre a conversão em atividade comum, aumentando, assim, o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá se submeter às regras da EC nº 20/98.

É firme a jurisprudência no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado trabalho em regime especial é a vigente no período em que a atividade a ser considerada foi efetivamente exercida.

Para a verificação do tempo de serviço em regime especial, no caso, deve ser levada em conta a disciplina estabelecida pelos Decretos nºs 83.080/79 e 53.831/64.

Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, a exigência de laudo técnico para a comprovação das condições adversas de trabalho somente passou a ser obrigatória a partir de 05/03/1997, data da publicação do Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a Lei nº 9.032/95 e a MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97.

Contudo, acompanhando posicionamento adotado nesta 10ª Turma, no sentido de 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, entendo que a exigência de laudo técnico para a comprovação das condições adversas de trabalho somente passou a ser exigência legal a partir de 11/12/1997, nos termos da referida lei, que alterou a redação do § 1º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Neste sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: *REsp nº 422616/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 02/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 323*; *REsp nº 421045/SC, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 06/05/2004, DJ 28/06/2004, p. 382*.

Todavia, não se exige que a profissão do segurado seja exatamente uma daquelas descritas nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, sendo suficiente para reconhecimento da atividade especial que o trabalhador esteja sujeito, em sua atividade, aos agentes agressivos descritos em referido anexo, na esteira de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos fragmentos de ementas a seguir transcritos:

A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas é exemplificativo, pelo que, a ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria.

(*REsp nº 666479/PB, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 668*);

A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas é exemplificativo, pelo que, a ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria.

(*REsp nº 666479/PB, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 668*);

Ressalte-se que o artigo 58, § 1º, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.732, de 11/12/1998, dispõe que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será efetuada nos termos da legislação trabalhista.

O art. 194 da CLT aduz que o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual pelo

empregador, aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo, seu uso adequado e a consequente eliminação do agente insalubre são circunstâncias que tornam inexigível o pagamento do adicional correspondente. Portanto, retira o direito ao reconhecimento da atividade como especial para fins previdenciários.

Por sua vez, o art. 195 da CLT estabelece: A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo do Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho.

A respeito da matéria, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 14/05/2014, em sede de recurso representativo da controvérsia (*Recurso Especial Repetitivo 1.398.260/PR*, Rel. Min. Herman Benjamin), firmou orientação no sentido de que o nível de ruído que caracteriza a insalubridade para contagem de tempo de serviço especial deve ser superior a 80 (oitenta) decibéis até a edição do Decreto nº 2.171/1997, de 05/03/1997, superior a 90 (noventa) decibéis entre a vigência do Decreto nº 2.171/1997 e a edição do Decreto nº 4.882/2003, de 18/11/2003, e após a entrada em vigor do Decreto nº 4.882/2003, ou seja, a partir de 19/11/2003, incide o limite de 85 (oitenta e cinco) decibéis, considerando o princípio *tempus regit actum*.

Ainda com relação à matéria, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o ARE 664.335/SC, em 04/12/2014, publicado no DJe de 12/02/2015, da relatoria do Ministro LUIZ FUX, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada e, no mérito, fixou o entendimento de que a eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria, quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído.

No presente caso, a parte autora demonstrou haver laborado em atividade especial no período de 06/03/1997 a 12/04/2012 (data do requerimento administrativo). É o que comprova o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, elaborado nos termos dos arts. 176 a 178, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 11 de outubro de 2007 (DOU - 11/10/2007) e art. 68, § 2º, do Decreto nº 3.048/99 (fls. 24/25), trazendo a conclusão de que a parte autora desenvolveu sua atividade profissional, com exposição ao agente agressivo eletricidade, superior a 250 volts. Referido agente agressivo encontra classificação no código 1.1.8, do Decreto nº 53.831/64, em razão da habitual e permanente exposição aos agentes ali descritos.

Embora a *eletricidade* não conste expressamente do rol de agentes nocivos previstos no Decreto nº 2.172/97, sua condição especial permanece reconhecida pela Lei nº 7.369/85 e pelo Decreto nº 93.412/86. Tal interpretação foi consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1306113- SC, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE ELETRICIDADE. SUPRESSÃO PELO DECRETO 2.172/1997 (ANEXO IV). ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. SUPORTE TÉCNICO MÉDICO E JURÍDICO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3º, DA LEI 8.213/1991).

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com o escopo de prevalecer a tese de que a supressão do agente eletricidade do rol de agentes nocivos pelo Decreto 2.172/1997 (Anexo IV) culmina na impossibilidade de configuração como tempo especial (arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991) de tal hipótese a partir da vigência do citado ato normativo.

2. À luz da interpretação sistemática, as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991). Precedentes do STJ.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade, o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ.

4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 14/11/2012, DJE DATA: 07/03/2013).

No mais, em se tratando de risco por eletricidade, é irrelevante que a exposição habitual do trabalhador ocorra de forma permanente ou intermitente, para caracterizar a especialidade e o risco do trabalho prestado, uma vez que o perigo existe tanto para aquele que está exposto de forma contínua como para aquele que, durante a jornada, ainda que não de forma intermitente, tem contato com a eletricidade.

A respeito da matéria, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na Súmula 364, fazendo referência expressa à Lei 7.369/85, consiga que é assegurado o adicional de periculosidade aos empregados que trabalham em contato com energia elétrica durante a jornada de trabalho, em condições de risco, permanentemente ou de forma intermitente:

Súmula Nº 364 do TST - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE - Resolução 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito.

Confira-se, ainda:

PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES. COMPROVAÇÃO. AGENTE NOCIVO ELETRICIDADE. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA Nº 283/STF.

1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificar-lhe a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria, de que é instrumental.

2. O tempo de serviço é regido pela norma vigente ao tempo da sua prestação, consequencializando-se que, em respeito ao direito adquirido, prestado o serviço em condições adversas, por força das quais atribuíu a lei vigente forma de contagem diversa da comum e mais vantajosa, esta é que há de disciplinar a contagem desse tempo de serviço.

3. Considerando-se a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, não se pode exigir a comprovação à exposição a agente insalubre de forma permanente, não ocasional nem intermitente, uma vez que tal exigência somente foi introduzida pela Lei nº 9.032/95.

4. O tempo de trabalho permanente a que se refere o parágrafo 3º do artigo 57 da Lei nº

8.213/91 é aquele continuado, não o eventual ou intermitente, não implicando, por óbvio, obrigatoriamente, que o trabalho, na sua jornada, seja ininterrupto sob o risco.

5. Fundado o acórdão alvejado em que a atividade exercida pelo segurado é enquadrada como especial, bem como em que restou comprovado, por meio dos formulários SB-40 e DSS-8030 e perícia, que o autor estava efetivamente sujeito a agentes nocivos, fundamentação estranha, todavia, à impugnação recursal, impõe-se o não conhecimento da insurgência especial.

6. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” (Súmula do STF, Enunciado nº 283).

7. Recurso parcialmente conhecido e improvido.

(REsp 658.016 - SC, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 18/10/2005, DJ 21/11/2005, p.00318).

Na esteira desse mesmo entendimento, já se manifestou esta 10^a Turma:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL ELETRICIDADE. PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE. IRRELEVÂNCIA.

I - Em se tratando de exposição a altas tensões elétricas, que têm o caráter de periculosidade, a caracterização em atividade especial independe da exposição do segurado durante toda a jornada de trabalho, pois que o mínimo contato oferece potencial risco de morte ao trabalhador, justificando a contagem especial.

II - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS, improvido.

(Agravo em AC 0090238-14.2007.4.03.6301/SP. Relatora Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA. J. 05/11/2013. DE 14/11/2013).

Ressalte-se que, quando da análise do requerimento administrativo NB nº 150.425.607-4, a autarquia previdenciária reconheceu o exercício de atividade especial no período de 11/07/1985 a 05/03/1997 (fls. 100/101).

Desta forma, na data do requerimento administrativo, a parte autora alcançou mais de 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço especial, sendo, portanto, devida a aposentadoria especial, conforme o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, descontando-se os valores recebidos a título de aposentadoria por tempo de serviço.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (12/04/2012), nos termos do artigo 57 c.c artigo 49, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na Lei nº 11.960/09 (STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 870.947, 16/04/2015, Rel. Min. Luiz Fux).

Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados nos termos do artigo 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil/2015.

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar as custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Ante o exposto, ACOLHO A PRELIMINAR PARA ANULAR A SENTENÇA, em face de sua natureza condicional, e, aplicando o disposto no inciso III do § 3º do artigo 1.013 do novo

Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DA PARTE AUTORA para reconhecer o exercício de atividade especial no período de 06/03/1997 a 12/04/2012, bem como para condenar a autarquia previdenciária a converter o benefício de aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial, com termo inicial, juros de mora, correção monetária e verba honorária, na forma da fundamentação, prejudicada a análise do reexame necessário e do mérito da apelação do INSS.

Independentemente do trânsito em julgado, determino seja expedido ofício ao INSS, instruído com os documentos de MOACIR VICENTINO ROCHA, a fim de que se adotem as providências cabíveis à manutenção da conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em *aposentadoria especial*, com data de início - *DIB em 12/04/2012*, e renda mensal inicial - *RMI a ser calculada pelo INSS*, com observância, inclusive, das disposições do art. 497 do novo Código de Processo Civil. O aludido ofício poderá ser substituído por e-mail.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0038092-76.2015.4.03.9999
(2015.03.99.038092-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelada: NORMA KASUE MUTO
 Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE TANABI - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
 Classe do Processo: AC 2105895
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE (LOAS) E EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA SIMULTANEAMENTE. POSSIBILIDADE.

I. O Juízo é o fiel guardião do julgado, ou seja, na execução o magistrado deve observar os limites objetivos da coisa julgada. Dessa forma, constatada a violação ao julgado, cabe ao Juízo até mesmo anular, de ofício, a execução, restaurando a autoridade da coisa julgada, razão pela qual se torna até mesmo desnecessária a remessa oficial.

II. Ao determinar que a incapacidade deve ser aferida “objetivamente”, a decisão transitada em julgado no processo de conhecimento pretendeu consignar que, uma vez aferida a incapacidade por quaisquer meios de prova aceitos em Direito (entre eles a perícia médica), ao ser reconhecida, posteriormente, a existência de renda mensal auferida pelo segurado e que contrarie o direito à percepção dos atrasados do benefício, devendo este novo elemento ser considerado apenas quando da confecção de novo laudo sócio econômico visando aferir a continuidade ou cessação da condição de miserabilidade.

III. Não cabe, na execução, reexame de matéria de fato. Assim, deve ser observada na liquidação da sentença o que restou acobertado pela coisa julgada. Não há possibilidade, em fase de execução, de se iniciar nova fase probatória com o intuito de se alterar, ainda que de modo reflexo, as conclusões a que se chegou na fase de conhecimento.

IV. Entende-se que a manutenção da atividade habitual ocorreu porque o benefício foi negado na esfera administrativa, obrigando a trabalhadora a continuar a trabalhar para garantir sua própria subsistência, e/ou manter a qualidade de segurada, apesar dos problemas de saúde incapacitantes, colocando em risco sua integridade física e agravando suas enfermidades.

V. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de julho de 2017.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Apelação em embargos à execução de título judicial julgados improcedentes.

O INSS alega ser vedado o pagamento de benefício assistencial e recebimento de remuneração decorrente de atividade laborativa, simultaneamente.

Na hipótese de manutenção da decisão, requer alteração do valor dos honorários de sucumbência, sendo razoável a fixação da verba em R\$ 700,00.

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 116/118v, pugnando pelo não provimento da apelação.

A sentença recorrida foi publicada em 22/4/2015.

Processado o recurso, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

No processo de conhecimento, o INSS foi condenado a pagar:

- *benefício assistencial a pessoa portadora de deficiência, partir de 5/5/1998;*
- *parcelas em atraso corrigidas monetariamente na forma do Provimento 64/05- COGE, da Lei 6.899/1981 e das Súmulas 148 do STJ e 08 desta Corte;*
- *juros de mora de 0,5% (cinco décimos por cento) a partir da citação, até a vigência do Código Civil de 2002; após, 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei 11.960/2009, deverá refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em conformidade com o disposto no art. 5º, o qual atribuiu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997;*
- *honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, na forma da Súmula 111 do STJ.*

O transitio em julgado ocorreu em 28/2/2013 e foi certificado em 1/3/2013.

Em 16/10/2013, o benefício NB 87/164219872-0 foi implantado com DIB em 5/5/1998 e RMI (Renda Mensal Inicial) de 01 (um) salário-mínimo.

Não foi iniciado o pagamento do benefício administrativamente, porque a autora passou a ser titular de uma pensão por morte (cônjuge) com início em 16/12/2011 (NB/21-154465659-6), momento a partir do qual o benefício assistencial foi cessado, restando apenas a execução judicial dos atrasados em período anterior a 16/12/2011.

DA EXECUÇÃO.

A liquidação do julgado foi iniciada com a apresentação da conta pelo INSS (fls. 28/31), onde se apurou:

- *parcelas no período de 2/2/2006 a 15/12/2011, atualizadas monetariamente até outubro de 2013: R\$ 3.326,70 (três mil, trezentos e vinte e seis reais e setenta centavos);*
- *honorários de sucumbência: R\$ 332,67 (trezentos e trinta e dois reais e sessenta e*

sete centavos);

- valor total da execução igual a R\$ 3.659,37 (três mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e sete centavos).

Os cálculos da autarquia observaram a prescrição quinquenal e deixaram de apurar diferenças nos períodos em que houve recolhimentos como Contribuinte Individual (Costureira em Geral), de 02/02/2006 a 30/03/2009, 08/2009, 10/2009 a 02/2010 e 04/2010 a 15/12/2011.

A exequente apresentou seus cálculos atualizados até dezembro de 2013 (fls. 49/50), onde apurou:

- parcelas no período de 2/2/2006 a 15/12/2011, atualizadas monetariamente até dezembro de 2013: R\$ 40.801,20 (quarenta mil, oitocentos e um reais e vinte centavos);

- honorários de sucumbência: R\$ 4.080,12 (quatro mil, oitenta reais e doze centavos);

- valor total da execução igual a R\$ 44.881,32 (quarenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e um reais e trinta e dois centavos).

Citado, na forma do art. 730 do CPC/1973, o INSS opôs embargos à execução, alegando a existência de vícios nas contas que acarretam excesso de execução.

Apresentadas as respectivas impugnações e deferida a produção de prova oral, foi realizada audiência de instrução e julgamento para colhimento de depoimentos.

Em 17/4/2015, os embargos foram julgados improcedentes, com condenação da autarquia ao pagamento de honorários de sucumbência de 10% (dez por cento) do valor da causa, na forma do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

Em suas razões, o juiz entendeu que “... o embargante não se desincumbiu de seu ônus de provar que a embargada exerceu atividade remunerada no período descrito na inicial”. Concluindo, “... a existência de eventual contribuição previdenciária no CNIS durante o período fixado não impede a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez”.

Irresignado, apelou o INSS.

DO DIREITO MATERIAL.

O Benefício Assistencial/Pessoa Portadora de Deficiência está disciplinado no art. 20 da Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que impõe como condições para concessão do benefício “ser o requerente portador de deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família”, entendendo como deficiência “a incapacidade para a vida independente e para o trabalho, em decorrência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, na redação dada pela Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011”.

O benefício assistencial concedido judicialmente (DIB em 5/5/1998) abrange período em que a exequente verteu contribuições na qualidade de Contribuinte Individual (Costureiro em Geral), de JUN/2003 a SETEMBRO/2013, conforme dados do CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), às fls. 36/37 dos embargos.

A questão consiste em admitir-se ou não a execução do título que concedeu à exequente o benefício assistencial, nos meses em que houve exercício de atividade remunerada.

Em suas contrarrazões, a exequente alega que verteu contribuições unicamente com o intuito de manter a qualidade de segurada, na eventualidade de seu pedido ser julgado improcedente no processo de conhecimento. Conclui, alegando que deve ser observado o que restou acobertado pela coisa julgada.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento da apelação, pois “... o Acórdão de fls. 17/23, que condenou Autarquia ré a conceder o benefício assistencial à ora embargada, com termo inicial na data do requerimento administrativo (05/05/1998), analisou as questões ora suscitadas e encontra-se protegido pela coisa julgada material, não podendo ser alterado na fase executória”.

DA INCAPACIDADE E DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA.

No processo de conhecimento, a decisão monocrática que julgou a apelação da exequente (fls. 4/13 dos embargos) consignou que:

(...) para aqueles que ostentem a idade mínima ou incapacidade para o trabalho e cuja renda mensal per capita seja inferior a valor equivalente a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, é, *objetivamente*, assegurada a percepção do benefício vindicado. Todavia, contemplada a hipótese da existência de renda individualizada que refoge àquela estabelecida, tal fato, per si, não afasta o reconhecimento do direito ao benefício, mas implica revolver todo o conjunto probatório, através do qual se possa aferir eventual miserabilidade. (...).

A decisão foi proferida em 18/7/2012, e em 26/11/2012 foi negado provimento ao agravo legal do INSS, ocorrendo o trânsito em julgado em 28/2/2013.

Como se vê, as contribuições vertidas pela exequente aos cofres da autarquia cessaram em setembro de 2013, após o trânsito em julgado da decisão que constituiu o título executivo.

Ao tempo da decisão, já era possível ao INSS questionar as contribuições vertidas pela autora, o que afasta a alegação de fato modificativo superveniente à sentença, na forma do art. 741, VI, do CPC/1973.

O Juízo é o fiel guardião do julgado, ou seja, na execução o magistrado deve observar os limites objetivos da coisa julgada. Dessa forma, constatada a violação ao julgado, cabe ao Juízo até mesmo anular, de ofício, a execução, restaurando a autoridade da coisa julgada, razão pela qual se torna até mesmo desnecessária a remessa oficial.

Ao determinar que a *incapacidade* deve ser aferida “objetivamente”, a decisão transitada em julgado no processo de conhecimento pretendeu consignar que, uma vez aferida a incapacidade por quaisquer meios de prova aceitos em Direito (entre eles a perícia médica), ao ser reconhecida, posteriormente, a existência de renda mensal auferida pelo segurado e que contrarie as conclusões do laudo pericial, isto, por si só, não seria suficiente para afastar o direito à percepção dos valores atrasados do benefício, devendo este novo elemento ser considerado apenas quando da confecção de novo laudo sócio econômico visando aferir a continuidade ou cessação da condição de miserabilidade.

Não cabe, na execução, reexame de matéria de fato. Assim, deve ser observada na liquidação da sentença o que restou acobertado pela coisa julgada. Não há possibilidade, em fase de execução, de se iniciar nova fase probatória com o intuito de se alterar, ainda que de modo reflexo, as conclusões a que se chegou na fase de conhecimento.

Do mesmo modo, entendo que eventual manutenção da atividade habitual ocorreu porque o benefício foi negado na esfera administrativa, obrigando a trabalhadora a continuar a

trabalhar para garantir sua própria subsistência, e/ou manter a qualidade de segurada, apesar dos problemas de saúde incapacitantes, colocando em risco sua integridade física e agravando suas enfermidades.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO E OLABOR DO SEGURADO. DESCONTO.

1- O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator.

2- 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.

3- Na decisão agravada foi considerado o conjunto probatório, inclusive laudo pericial que concluiu pela incapacidade parcial e permanente para o trabalho, apto a comprovar a incapacidade laboral total e permanente, ensejando a concessão do benefício a partir da data do laudo pericial, ante a ausência de requerimento administrativo do benefício. Precedentes jurisprudenciais.

4- O retorno ao labor não afasta a conclusão de haver incapacidade para o labor, pois, o segurado obrigado a aguardar por vários anos a implantação de sua aposentadoria por invalidez, precisa manter-se nesse período, ou seja, viu-se compelido a retornar ao trabalho, por estado de necessidade, sem ter sua saúde restabelecida.

5- Com a informação de que a parte autora retornou ao trabalho por curto período de tempo, impõe-se a determinação de desconto do período em que foram vertidas contribuições previdenciárias.

6- Agravo parcialmente provido.

(TRF3, 9ª Turma, AC nº 1180770, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, j. 16/5/2011, DJF3 CJ1 Data: 25/5/2011, p. 1194).

As contribuições vertidas junto ao CNIS não provam, por si só, que houve exercício de atividade remunerada por parte da autora.

DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.

O INSS restou vencido nos embargos à execução e, portanto, deve suportar os ônus da sucumbência, sendo esta a consequência lógica do Princípio da Causalidade. No entanto, entendo que os honorários de sucumbência devem corresponder a 10% (dez por cento) da diferença entre o valor pleiteado pela autarquia e o valor ao final acolhido pelo Juízo, conforme entendimento dessa 9ª Turma.

No caso dos autos, o INSS pleiteou a homologação de seus cálculos, de R\$ 3.659,37 (três mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e sete centavos), sendo que ao final foram acolhidos os cálculos da exequente, de R\$ 44.881,32 (quarenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e um reais e trinta e dois centavos). Assim, os honorários de sucumbência devem ser fixados em R\$ 4.122,19), o que coincide com o que foi determinado na sentença dos embargos.

NEGO PROVIMENTO ao recurso.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0011489-86.2016.4.03.6100

(2016.61.00.011489-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: DANIEL NOVAES ROCHA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 10^a VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: AMS 368642

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO.

- Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando, em síntese, a liberação do pagamento de parcelas de seguro-desemprego à parte autora, negado em razão da constatação de que era sócio de uma pessoa jurídica inativa.

- A ação foi instruída com documentos, destacando-se os seguintes: distrato social da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, da qual o impetrante era sócio, constando a data de abertura em 14.02.2005 e encerramento das operações em 31.12.2005; comprovante de inscrição no CNPJ da referida empresa, constando a situação cadastral “baixada”; termo de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, em nome do impetrante, com vínculo empregatício iniciado em 13.04.2006 junto ao Itaú Unibanco S/A e encerrado em 15.07.2015.

- O simples fato de o impetrante ter figurado como sócio em sociedade empresarial, não constitui fundamento para indeferimento do seguro desemprego. Os documentos anexados aos autos comprovam que o impetrante foi proprietário da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, de 14.02.2005 a 31.12.2005, portanto, quando foi contratado em 13.04.2006, a empresa já estava inativa.

- Devido o seguro desemprego em razão do término do vínculo perante o Itaú Unibanco S/A em 15.07.2015.

- Reexame necessário improvido. Apelação da União Federal improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de julho de 2017.

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, a liberação do pagamento de parcelas de seguro-desemprego à parte autora, negado em razão da constatação de que era sócio de uma pessoa jurídica inativa.

A sentença julgou procedente a ação e concedeu a segurança, para reconhecer o direito líquido e certo da parte impetrante a receber o benefício de seguro desemprego. Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários sucumbenciais.

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Informada apela a União Federal, sustentando, em síntese, que não foram preenchidos os requisitos para a concessão do benefício, já que ao tempo do requerimento, o impetrante possuía inscrição de empresa em seu nome.

Regularmente processados, subiram os autos a este E. Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

O benefício de seguro-desemprego, previsto pelos arts. 7º, II, e 201, III, da Constituição Federal, encontra-se disciplinado pela Lei nº 7.998, de 11.01.1990, que, em seu art. 3º, definiu o fato gerador (situação de desemprego involuntário) e os requisitos necessários à sua percepção, fazendo-o nos seguintes termos:

Art. 3º - Terá direito à percepção do Seguro-Desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove:

I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos a cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data da dispensa;

II - ter sido empregado de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada ou ter exercido atividade legalmente reconhecida como autônoma, durante pelo menos 15 (quinze) meses nos últimos 24 (vinte e quatro) meses;

III - não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, previsto no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, excetuado o auxílio-acidente e o auxílio suplementar previstos na Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, bem como o abono de permanência em serviço previsto na Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973;

IV - não estar em gozo do auxílio-desemprego; e

V - não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

Será devido, pois, aos trabalhadores involuntariamente desempregados, que satisfaçam os requisitos impostos pelo supracitado dispositivo legal, desde que não incidam nos óbices previstos pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 7.998/90, que indicam as hipóteses em que o benefício será suspenso ou cancelado.

A ação foi instruída com documentos, destacando-se os seguintes: distrato social da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, da qual o impetrante era sócio, constando a data de abertura em 14.02.2005 e encerramento das operações em 31.12.2005; comprovante de inscrição no CNPJ da referida empresa, constando a situação cadastral “baixada”; termo de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, em nome do impetrante, com vínculo empregatício iniciado em 13.04.2006 junto ao Itaú Unibanco S/A e encerrado em 15.07.2015.

Neste caso, o simples fato de o impetrante ter figurado como sócio em sociedade empresarial, não constitui fundamento para indeferimento do seguro desemprego. Os documentos anexados aos autos comprovam que o impetrante foi proprietário da empresa Rocha e Novaes Informática Ltda, de 14.02.2005 a 31.12.2005, portanto, quando foi contratado em 13.04.2006, a empresa já estava inativa.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO.

- Mandado de segurança objetivando, em síntese, que autoridade impetrada fosse compelida a liberar o pagamento de parcelas do seguro-desemprego ao impetrante.
- No caso concreto, de acordo com a cópia da rescisão de contrato de trabalho de fls. 21, o impetrante trabalhou na empresa Brás Service Serviços Gerais Terceirizados Ltda., de 01/12/09 a 19/05/15 e foi demitido sem justa causa.
- O impetrante juntou documentos às fls. 68-71 que demonstram que encerrou as atividades da empresa no ano de 2003, passando a declarar perante o Fisco a empresa como inativa, durante os períodos mencionados às fls. 63-67.
- Assim, restou demonstrado que o segurado não possuiu renda própria de qualquer natureza quando foi demitido da empresa e requereu o seguro desemprego.
- Apelação da CEF desprovida. Reexame necessário improvido. Apelação da União desprovida. (AMS 00068923020154036126, Des. Federal David Dantas, TRF3 - Oitava Turma, e-DJF3 Judicial 03/04/20170).

Logo, devido o seguro desemprego em razão do término do vínculo perante o Itaú Unibanco S/A em 15.07.2015.

Sendo assim, a r.sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao reexame necessário e ao apelo da União Federal.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0002882-90.2017.4.03.9999

(2017.03.99.002882-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: DELMIRO FERREIRA DE OLIVEIRA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRUZEIRO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Classe do Processo: ApelReex 2218453

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. LAUDO PRODUZIDO POR FISIOTERAPEUTA. POSSIBILIDADE. AUXÍLIO-DOENÇA. CONCESSÃO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS.

1. Quanto ao mérito do agravo retido, no sentido de impossibilidade do fisioterapeuta produzir laudo pericial, não merece provimento. Para a comprovação da incapacidade laboral da parte autora o que se exige é a produção de prova pericial, a qual deve ser elaborada de forma a propiciar às partes e ao Juiz o real conhecimento do objeto da perícia. Parece não caracterizar defeito processual o simples fato de um fisioterapeuta ter realizado a perícia, tendo em vista tratar-se de profissional da confiança do Juízo, equidistante das partes, com formação em nível superior e com presumido conhecimento técnico sobre as restrições físicas provocadas pelas enfermidades que acometem a parte autora. Diga-se, ainda, que a parte autora foi submetida a minucioso exame clínico para avaliar suas condições físicas, resultando em confecção de laudo pericial detalhado e bastante elucidativo.

2. Os requisitos do benefício postulado são a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.

3. No caso dos autos, restaram comprovados os requisitos (carência e a qualidade de segurado), em consonância com os documentos acostados às fls. 53/57. Além do mais, restou incontroverso ante o recebimento do benefício anteriormente pela parte autora. No tocante à incapacidade, o sr. perito concluiu que a parte autora, portadora de tendinite no ombro direito, apresenta incapacidade parcial e temporária para o exercício de suas funções habituais, porém, suscetível de recuperação (fls. 153/156). Desse modo, do exame do conjunto probatório, concluiu-se que a parte autora faz jus ao recebimento do benefício de auxílio-doença, com termo na data da cessação do benefício, com duração de quatro meses, conforme corretamente explicitado na sentença.

4. O benefício de auxílio-doença tem presumidamente caráter temporário, ou seja, ainda que concedido por determinação judicial, sua manutenção é passível de ser revista periodicamente em perícia médica designada a critério do INSS, nos termos do art. 71 do Plano de Custeio da Seguridade Social.

5. A teor do art. 101 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, é obrigatório o comparecimento do segurado aos exames médicos periódicos, sob pena

de suspensão do benefício, assim como a submissão aos programas de reabilitação profissional ou tratamentos prescritos e custeados pela Previdência Social, ressalvadas as intervenções cirúrgicas e transfusões sanguíneas, porque facultativas.

6. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

5. Remessa necessária, Agravo retido e apelação desprovidos. Consectários legais fixados de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa necessária, ao agravo retido e à apelação e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de junho de 2017.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Trata-se de ação pelo procedimento ordinário objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença.

Sentença às fls. 203/208, pela procedência do pedido, condenando o INSS a conceder em favor da parte autora o benefício de auxílio-doença, a partir da cessação do benefício (20/04/2016), pelo prazo de quatro meses, a partir da sentença, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a sentença (Súmula 110/STJ).

Inconformado, apela o INSS, alegando, preliminarmente, o conhecimento e provimento do agravo retido, interposto contra a decisão que deferiu a produção de laudo pericial por fisioterapeuta e, no mérito, pleiteando a reforma integral da sentença, sustentando ausência dos requisitos para a concessão do benefício, bem como, no caso de manutenção da decisão, requer que a correção monetária e os juros de mora sejam calculados nos termos do art. 1º -F da Lei nº 9.494/1997, com a redação Lei nº 11.960/2009 (fls. 219/222).

Sem as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator):

Inicialmente, deve ser conhecido o agravo retido interposto às fls. 181/189, uma vez que reiterado na apelação (fl. 219 vº).

Quanto ao mérito do agravo retido, no sentido de impossibilidade do fisioterapeuta produzir laudo pericial, não merece provimento. Para a comprovação da incapacidade laboral da parte autora o que se exige é a produção de prova pericial, a qual deve ser elaborada de forma a propiciar às partes e ao Juiz o real conhecimento do objeto da perícia.

Parece não caracterizar defeito processual o simples fato de um fisioterapeuta ter realizado a perícia, tendo em vista tratar-se de profissional da confiança do Juízo, equidistante das partes, com formação em nível superior e com presumido conhecimento técnico sobre as restrições físicas provocadas pelas enfermidades que acometem a parte autora. Diga-se, ainda, que a parte autora foi submetida a minucioso exame clínico para avaliar suas condições físicas, resultando em confecção de laudo pericial detalhado e bastante elucidativo.

Nesse sentido, há inclusive precedente desta Turma:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. ARTIGOS 42, *CAPUT* E § 2º, 59 e 62 DA LEI Nº 8.213/91. PRELIMINAR DE NULIDADE DE PERÍCIA REALIZADA POR FISIOTERAPEUTA. NÃO COMPROVADA A INCAPACIDADE LABORAL. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. Deve ser rejeitada a alegada nulidade da sentença ao argumento de ter sido fundamentada em laudo produzido por fisioterapeuta. Para a comprovação de eventual incapacidade para o exercício de atividade que garanta a subsistência é necessária a produção de prova pericial, a qual deve ser elaborada de forma a propiciar às partes e ao Juiz o real conhecimento do objeto da perícia, descrevendo de forma clara e inteligível as suas conclusões, bem como as razões em que se fundamenta, e, por fim, responder os quesitos apresentados pelas partes e, eventualmente, pelo Juiz.

2. Não comprovada a incapacidade para o trabalho, desnecessária a incursão sobre os demais requisitos exigidos para a concessão.

3. Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora não provida

(TRF3- 10ª T- AC nº 0039119-60.2016.4.03.9999, Rel. Desemb. Fed. Lúcia Ursaia, j. 07.02.2017, v. u., DJF3 06.02.2017).

Passo ao exame do mérito da apelação.

O benefício da aposentadoria por invalidez está previsto no art. 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, pelo qual:

[...] A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança [...].

Por sua vez, o benefício de auxílio-doença consta do art. 59 e seguintes do referido diploma legal, a saber:

[...] será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos [...].

Os requisitos do benefício postulado são, portanto, a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.

Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

Quanto à qualidade de segurado, estabelece o art. 15 da Lei nº 8.212/91, que mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: (...) 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.

O prazo mencionado será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já houver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

No caso dos autos, restaram comprovados os requisitos (carência e a qualidade de segurado), em consonância com os documentos acostados às fls. 53/57. Além do mais, restou incontroverso ante o recebimento do benefício anteriormente pela parte autora.

No tocante à incapacidade, o sr. perito concluiu que a parte autora, portadora de tendinite no ombro direito, apresenta incapacidade parcial e temporária para o exercício de suas funções habituais, porém, suscetível de recuperação (fls. 153/156).

Deste modo, do exame do conjunto probatório, concluiu-se que a parte autora faz jus ao recebimento do benefício de auxílio-doença, com termo na data da cessação do benefício, com duração de quatro meses, conforme corretamente explicitado na sentença.

O benefício de auxílio-doença tem presumidamente caráter temporário, ou seja, ainda que concedido por determinação judicial, sua manutenção é passível de ser revista periodicamente em perícia médica designada a critério do INSS, nos termos do art. 71 do Plano de Custeio da Seguridade Social.

A teor do art. 101 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, é obrigatório o comparecimento do segurado aos exames médicos periódicos, sob pena de suspensão do benefício, assim como a submissão aos programas de reabilitação profissional ou tratamentos prescritos e custeados pela Previdência Social, ressalvadas as intervenções cirúrgicas e transfusões sanguíneas, porque facultativas.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO DO INSS e de ofício, fixo os consectários legais.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0012798-51.2017.4.03.9999
(2017.03.99.012798-7)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: LUCAS APARECIDO ABREU SALLES E ROSANGELA CANDIDA DE ABREU SALLES
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE JACUPIRANGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 2235700
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. PAGAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PELOS DEPENDENTES. IMPOSSIBILIDADE.

I - Ante a comprovação da relação marital e filiação entre os autores e o falecido, há que se reconhecer a sua condição de dependentes, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependentes arrolados no inciso I do mesmo dispositivo.

II - O falecido exerceu atividade remunerada, na condição de contribuinte individual, até a data do evento morte, na forma prevista no art. 11, V, “g”, da Lei nº 8.213/91, sem efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes ao período correspondente.

III - O INSS admitia a concessão da pensão por morte fundada em contribuições feitas após a morte do instituidor até o advento da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, não sendo aceita, contudo, inscrição post mortem. Contudo, a partir desse momento a Autarquia passou a entender ser imprescindível o recolhimento das contribuições previdenciárias pelo próprio segurado quando em vida para que seus dependentes possam receber o benefício de pensão por morte.

IV - Considerando que a legislação aplicável ao caso em tela é aquela vigente à época do óbito, momento no qual se verificou a ocorrência de fato com aptidão, em tese, para gerar o direito da autora ao benefício vindicado, deve ser aplicada a vedação à regularização do débito por parte dos dependentes, que sobreveio apenas com o advento da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, não podendo ser consideradas as contribuições vertidas após o óbito do segurado.

V - O E. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1110565/SE (Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 27.05.2009, Dje de 03.08.2009), realizado na forma do artigo 543-C do CPC de 1973, assentou o entendimento de que a manutenção da qualidade de segurado do *de cujus* é indispensável para a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes, excepcionando-se essa condição somente nas hipóteses em que o falecido preencheu em vida os requisitos necessários para a concessão de uma das espécies de aposentadoria, o que não se verifica no caso em tela.

VI - Remessa oficial, tida por interposta, e apelação do INSS providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de julho de 2017.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação previdenciária, para condenar o réu a conceder aos autores o benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de Francisco Tadeu Salles, ocorrido em 07.11.2014, a contar da data do requerimento administrativo (16.02.2015). As prestações em atraso serão corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal. Condenado o requerido, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até a data da sentença. Sem custas.

Em suas razões recursais, alega o INSS, em síntese, que não foram comprovados os requisitos para a concessão do benefício em questão, tendo em vista a falta de qualidade de segurado do *de cujus* por ocasião do óbito, uma vez que estava vinculado à Seguridade Social na qualidade de contribuinte individual, devendo comprovar o recolhimento de contribuições previdenciárias. Aduz que a última contribuição vertida pelo finado se deu em fevereiro de 2007, pelo que manteve a qualidade de segurado tão-somente até 15.04.2008, vindo a falecer em 07.11.2014. Subsidiariamente, requer sejam observados os critérios de cálculo de correção monetária e juros de mora previstos na Lei nº 11.960/09.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da apelação do réu, reformando-se a sentença, *ex officio*, apenas no que tange à data de início do benefício do coautor Lucas Aparecido Abreu Salles.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Recebo a apelação do INSS, na forma do artigo 1.011 do CPC de 2015.

Da remessa oficial tida por interposta.

Aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito.

Objetivam os autores a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, na qualidade de esposa e filho menor de Francisco Tadeu Salles, falecido em 07.11.2014, conforme certidão de óbito de fl. 14.

Ante a comprovação da relação marital entre a coautora Rosângela Cândida de Abreu e o falecido (certidão de casamento de fl. 12), bem como a filiação do coautor Lucas Aparecido Abreu Salles (certidão de nascimento de fl. 21), há que se reconhecer a sua condição de dependentes, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependentes arrolados no inciso I do mesmo dispositivo.

Quanto à qualidade de segurado do *de cujus*, observa-se dos documentos constantes dos autos, especialmente o extrato do CNIS de fl. 18, que ele era vinculado ao RGPS na qualidade de contribuinte individual, tendo recolhido contribuições previdenciárias em novembro de 1999, outubro de 2003 a fevereiro de 2007 e novembro de 2013 a novembro de 2014. Ressalto que, na qualidade de contribuinte individual, era o finado responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, nos termos da legislação vigente.

Depreende-se, no entanto, pelo documento de fl. 37, que os recolhimentos previdenciários relativos às competências de novembro de 2013 a novembro de 2014 foram efetuados somente em 21.11.2014, ou seja, após o óbito do *de cujus*.

A esse respeito, a questão relativa à regularização do débito do falecido por parte dos dependentes chegou a ser admitida por atos normativos da própria autarquia previdenciária, cujo histórico passo a analisar.

A Instrução Normativa nº 118, de 14.04.2005, assim dispunha em seu artigo 282, III e § 2º:

Art. 282. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS.

(...)

III - admitir-se-á ainda a regularização espontânea do débito por parte dos dependentes, nas seguintes hipóteses:

- a) exista inscrição e contribuições regulares, efetivadas pelo segurado, com paralisação dos recolhimentos por período superior aos prazos estabelecidos para manutenção da qualidade de segurado;
- b) exista apenas inscrição formalizada pelo segurado, sem o recolhimento da primeira contribuição.

§ 2º Cabe ao INSS, quando da solicitação do benefício, promover as orientações cabíveis aos dependentes, facultando-lhes o pagamento dos eventuais débitos deixados pelo segurado, alertando inclusive que o não pagamento do débito ensejará o indeferimento do pedido.

A Instrução Normativa nº 11/2005 foi revogada pela Instrução Normativa nº 11, de 20.09.2006, a qual manteve a possibilidade de os dependentes efetuarem o recolhimento das contribuições devidas pelo ex-segurado, após o seu óbito, para afastar a perda da qualidade de segurado, consoante se depreende da redação de seu artigo 282, III e § 2º:

Art. 282. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS.

(...)

III - admitir-se-á ainda a regularização espontânea do débito por parte dos dependentes, nas seguintes hipóteses:

- a) exista inscrição e contribuições regulares, efetivadas pelo segurado, com paralisação dos recolhimentos por período superior aos prazos estabelecidos para manutenção da qualidade de segurado;
- b) exista apenas inscrição formalizada pelo segurado, sem o recolhimento da primeira contribuição.

§ 2º Cabe ao INSS, quando da solicitação do benefício, promover as orientações cabíveis aos dependentes, facultando-lhes o pagamento dos eventuais débitos deixados pelo segurado, alertando inclusive que o não pagamento do débito ensejará o indeferimento do pedido.

A redação do § 2º do artigo 282 da Instrução Normativa nº 11/2006 foi alterada pela Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, deixando de prever a possibilidade de regularização *post mortem* das contribuições em atraso do contribuinte individual, para fins de concessão de pensão:

Art. 282. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS, na data do óbito.

§ 1º A manutenção da qualidade de segurado de que trata o *caput* deste artigo far-se-á mediante, pelo menos, uma contribuição vertida em vida até a data do óbito, desde que entre uma contribuição e outra ou entre a última contribuição recolhida pelo segurado em vida e o óbito deste, não tenha transcorrido o lapso temporal a que se refere o art. 13 do RPS e demais disposições contidas nesta Instrução Normativa.

§ 2º Não será considerada a inscrição realizada após a morte do segurado pelos dependentes, bem como não serão consideradas as contribuições vertidas após a extemporânea inscrição para efeito de manutenção da qualidade de segurado.

Em 10.10.2007, sobreveio a Instrução Normativa nº 20, que revogou a Instrução Normativa nº 11/2006, mantendo os termos da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007.

Por fim, foi editada a Instrução Normativa nº 45, de 06.08.2010, que revogou a Instrução Normativa nº 20/2007, passando a regular o benefício de pensão por morte em seu artigo 328, *in verbis*:

Art. 328. Caberá a concessão nas solicitações de pensão por morte em que haja débito decorrente do exercício de atividade do segurado contribuinte individual, desde que comprovada a manutenção da qualidade de segurado perante o RGPS na data do óbito.

§ 1º A manutenção da qualidade de segurado de que trata o *caput* far-se-á mediante, pelo menos, uma contribuição vertida em vida até a data do óbito, desde que entre uma contribuição e outra ou entre a última contribuição recolhida pelo segurado em vida e o óbito deste, não tenha transcorrido o lapso temporal a que se refere o art. 10, observadas as demais condições exigidas para o benefício.

§ 2º Não será considerada a inscrição realizada após a morte do segurado pelos dependentes, bem como não serão consideradas as contribuições vertidas após a extemporânea inscrição para efeito de manutenção da qualidade de segurado.

§ 3º O recolhimento das contribuições obedecerá as regras de indenização constantes no art. 61.

Da análise dos atos normativos acima transcritos, verifica-se que o INSS admitia a concessão da pensão por morte fundada em contribuições feitas após a morte do instituidor até

o advento da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, não sendo aceita, contudo, inscrição *post mortem*. Apenas a partir desse momento é que a Autarquia passou a entender ser imprescindível o recolhimento das contribuições previdenciárias pelo próprio segurado quando em vida para que seus dependentes possam receber o benefício de pensão por morte.

Relembre-se que, no caso dos autos, objetivam os autores a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte decorrente de falecimento ocorrido em 07.11.2014.

Sendo assim, considerando que a legislação aplicável ao caso em tela é aquela vigente à época do óbito, momento no qual se verificou a ocorrência de fato com aptidão, em tese, para gerar o direito da parte autora ao benefício vindicado, deve ser aplicada a vedação à regularização do débito por parte dos dependentes, que sobreveio com o advento da Instrução Normativa nº 15, de 15.03.2007, não podendo ser consideradas as contribuições vertidas após o óbito do *de cujus*.

Dessa forma, considerando que a última contribuição válida foi vertida pelo falecido em fevereiro de 2007, ele não mais ostentava a qualidade de segurado do RGPS na data do óbito, em 07.11.2014.

Destaco, por fim, que o E. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1110565/SE (Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 27.05.2009, Dje de 03.08.2009), realizado na forma do artigo 543-C do CPC de 1973, assentou o entendimento de que a manutenção da qualidade de segurado do *de cujus* é indispensável para a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes, excepcionando-se essa condição somente nas hipóteses em que o falecido preencheu em vida os requisitos necessários para a concessão de uma das espécies de aposentadoria. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AOS DITAMES DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. PENSÃO POR MORTE. PERDA PELO DE CUJUS DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. REQUISITO INDISPENSÁVEL AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. EXCEÇÃO. PREENCHIMENTO EM VIDA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - A condição de segurado do *de cujus* é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte aos(s) seu(s) dependente(s). Excepciona-se essa regra, porém, na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Precedentes.

II - *In casu*, não detendo o *de cujus*, quando do evento morte, a condição de segurada, nem tendo preenchido em vida os requisitos necessários à sua aposentação, incabível o deferimento do benefício de pensão por morte aos seus dependentes.

Recurso especial provido.

(Resp 111.056-5/SE; Rel. Ministro Felix Fischer; 3ª Seção; 27.05.2009; Dje 03.08.2009)

Destaco, nesse contexto que o Sr. Francisco Tadeu Salles faleceu em decorrência de infarto agudo do miocárdio com 51 anos de idade, não fazendo jus, portanto aos benefícios de aposentadoria por invalidez ou idade, tampouco contando com contribuições suficientes à obtenção da aposentadoria por tempo de serviço.

Dessa forma, não há como acolher a pretensão dos demandantes.

Diante do exposto, *dou provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS, para julgar improcedente o pedido*. Em se tratando de beneficiários da Assistência Judiciária Gratuita, não há ônus de sucumbência a suportar.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0015416-66.2017.4.03.9999
(2017.03.99.015416-4)

Apelante: ELAINE CRISTINA LUCAS

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PORTO FERREIRA - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS

Classe do Processo: AC 2240829

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADA EMPREGADA URBANA. DEMISSÃO. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. INSS. DIREITO AO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PROVIDA.

- O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção da maternidade.

- A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, até 12 meses após a cessação das contribuições, àquele que deixar de exercer atividade remunerada.

- A responsabilidade pelo pagamento do benefício é do INSS pois, apesar de o art. 72 da Lei 8.213/91 determinar, à época, que a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade era da empresa, esta era ressarcida pela autarquia, sujeito passivo onerado.

- O fato de ser atribuição da empresa pagar o salário-maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário da prestação em discussão. Ademais, a teor do disposto no artigo 72, § 2º, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 10.710, de 5/8/2003, a responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida em que a empresa tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos. Se assim é, não há razão para eximir o INSS de pagar o que, em última análise, é de sua responsabilidade.

- Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux e Informativo 833 do Supremo Tribunal Federal.

- Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/73, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem *mantidos* no percentual de 0,5% ao mês, observadas as

alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente. Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de forma decrescente.

- Invertida a sucumbência, condeno o INSS a pagar honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, consoante critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do Novo CPC, já computada a majoração decorrente da fase recursal. Não há se falar em prestações vincendas e aplicação da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, pois o percentual recairá sobre montante fixo.

- Referentemente às custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais nº 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais nº 4.952/85 e 11.608/03. Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

- Apelação da parte autora 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, conhecer da apelação e lhe dar provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de julho de 2017.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Cuida-se de apelação interposta em face da r. sentença que julgou improcedente o pedido de concessão o benefício de salário-maternidade.

Em suas razões, a parte autora requer a reforma do julgado para que seja concedido o benefício, porque possuía a qualidade de segurada na data do nascimento da filha.

Contrarrazões não apresentadas.

Subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo sido distribuídos a este relator.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço a apelação, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

No mérito, discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de salário-maternidade.

O salário-maternidade é garantido pela Constituição Federal em seu artigo 7º, XVIII, com status de direito fundamental, ao versar:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 71, *caput*, regulamenta a matéria:

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.

Já o inciso VI do artigo 26 da referida lei dispõe que a concessão do salário- maternidade à segurada empregada independe de carência (número mínimo de contribuições mensais).

Art. 26. *Independente de carência a concessão das seguintes prestações:*

(...)

VI - salário-maternidade para as *seguradas empregada*, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Os requisitos para concessão do benefício em discussão são, de um lado, a demonstração da maternidade e, de outro, a comprovação da qualidade de segurada da Previdência.

Também dispõe a atual redação do artigo 97 do Decreto nº 3.048/99 (g.n.):

Art. 97. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa. (Redação dada pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o art. 13, a *segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade* nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social. (Incluído pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

No caso em discussão, o parto ocorreu em 28/12/2015 (f. 16).

Ademais, as anotações em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS e dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, sobretudo o contrato de trabalho de 6/1/2011 a 9/6/2015, demonstram que, na ocasião do parto, a autora mantinha a qualidade de segurada, uma vez que mantida a qualidade de segurada por até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, nos termos do inciso II do art. 15 da Lei de Benefícios, de modo que ainda mantida tal condição quando do requerimento administrativo do benefício em questão.

Embora a autarquia só admita a concessão de salário-maternidade durante o período de graça a partir da alteração promovida pelo Decreto nº 6.122, de 13/06/2007, no artigo 97 do

Decreto nº 3.048/99, a questão já se encontrava pacificada na jurisprudência.

Nesse sentido os julgados:

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, àquele 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, e § 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.

(RESP 200301078535, Min. PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, 24/10/2005)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO (CPC, ART. 557, §1º). SALÁRIO MATERNIDADE. DESEMPREGO. QUALIDADE DE SEGURADA MANTIDA.

I - Não obstante o art. 97 do Decreto nº 3.048/1999 condicionasse a concessão do benefício à existência da relação de emprego, tal exigência não poderia prevalecer, pois foi introduzida por ato administrativo emanado do Poder Executivo, cujo comando não pode se sobrepor à lei, que não prevê a aludida condição.

II - Auferida a qualidade de segurada nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91, uma vez que o fato gerador do direito ocorreu no período de “graça” previsto no inciso II do retro mencionado dispositivo legal, faz a autora jus ao benefício pleiteado.

III - O prazo previsto no inciso II do art. 15 da Lei nº 8.213/91 pode ser estendido para 24 meses, nos termos do § 2º do supracitado artigo, sendo desnecessário o registro perante o Ministério do Trabalho, bastando a ausência de contrato de trabalho para a comprovação de desemprego.

IV - A demandante logrou comprovar a existência de vínculo empregatício até 16.06.2003 (CTPS - fl. 33), tendo efetuado mais 04 (quatro) recolhimentos na qualidade de contribuinte individual, nos meses de novembro/2004 a fevereiro/2005 (fl. 42/45).

V - Restaram preenchidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício de salário-maternidade, nos termos do artigo 71 e seguintes, da Lei nº 8.213/91.

VI - A decisão monocrática apreciou os documentos que instruíram a inicial, sopesando todos os elementos apresentados, segundo o princípio da livre convicção motivada.

VII - Agravo (CPC, art. 557, §1º) interposto pelo réu improvido.

(AC 200703990272842, JUIZ FED. CONV. MARCUS ORIONE, TRF3 - DÉCIMA TURMA, 21/10/2009)

PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIO-MATERNIDADE - ART. 71 DA LEI Nº 8.213/91 - MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADA - ART. 15, INC. II, DA LEI Nº 8.213/91 - CONSECUTÁRIOS - APELAÇÃO DO INSS PROVIDA PARCIALMENTE. Não é necessária a existência de vínculo empregatício para a concessão do salário-maternidade, bastando a comprovação da manutenção da qualidade de segurada. O art. 97 do Decreto nº 3.048/99, ao restringir a concessão do salário-maternidade à existência de relação empregatícia, exorbitou a competência regulamentar prevista constitucionalmente, dispondo de modo diverso da previsão legal. Comprovada a manutenção da qualidade de segurada na data do parto, nos termos do art. 15, inc. II, da Lei nº 8.213/91, é de ser reconhecido o direito ao benefício de salário-maternidade.

A correção monetária das parcelas vencidas dar-se-á nos termos da legislação previdenciária, das Súmulas nºs 08 desta Corte e 148 do C. STJ, bem como da Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, da data em que se tornou devido o benefício. Os juros de mora incidirão, a partir da citação, à razão de 1% ao mês, na forma do art. 406 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Honorários advocatícios fixados no percentual de 10%, esclarecendo ser a sua incidência somente sobre o valor da condenação até a sentença, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ e, ainda, em consonância com o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, bem como o entendimento desta Turma. Apelação do INSS parcialmente provida. (AC 200603990095319, DES. FED. LEIDE POLO, TRF3 - SÉTIMA TURMA, 30/09/2009)

Ademais, sublinhe-se o fato de que a estabilidade de emprego garantida à gestante nos termos do artigo 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT, não afasta a obrigação da autarquia ao pagamento do salário maternidade, consoante, aliás, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DISPENSA ARBITRÁRIA. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. PAGAMENTO PELO INSS DE FORMA DIRETA. CABIMENTO NO CASO. PROTEÇÃO À MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 267, V E DO ART. 467, DO CPC. SÚMULA 284/STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NÃO PROVIDO.

1. Alegada violação do art. 535, II, do CPC rejeitada, pois o Tribunal *a quo* enfrentou os temas tidos por omissos, quais sejam, a legislação aplicável ao caso e a distribuição da verba honorária.
2. Relativamente à alegação de violação dos arts. 267, V e do art. 467, ambos do CPC, recai ao recurso especial a Súmula 284/STF, na medida que não foram desenvolvidas as razões de recorrer.
3. O salário-maternidade foi instituído com o objetivo de proteger a maternidade, sendo, inclusive, garantido constitucionalmente como direito fundamental, nos termos do art. 7º da CF; assim, qualquer norma legal que se destine à implementação desse direito fundamental deve ter em conta o objetivo e a finalidade da norma.
4. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e data da ocorrência deste.
5. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, até 12 meses após a cessação das contribuições, ao segurado que deixar de exercer atividade remunerada.
6. A segurada, ora recorrida, tem direito ao salário-maternidade enquanto mantiver esta condição, pouco importando eventual situação de desemprego.
7. O fato de ser atribuição da empresa pagar o salário-maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário da prestação em discussão, que deve ser pago, no presente caso, diretamente pela Previdência Social.
8. A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos.
9. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido. (RESP 201200308258, MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 28/05/2013 ..DTPB:.)

A controvérsia, portanto, insere-se no tocante à responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade à gestante que foi demitida imotivadamente, para avaliar se referido pagamento seria devido pela Previdência Social ou pelo órgão empregador.

Não se sustenta a alegação da autarquia previdenciária de ilegitimidade passiva e de que

a responsabilidade pelo pagamento dos valores correspondentes ao benefício é do empregador de forma direta.

Em uma relação de emprego sob a normalidade jurídica, a responsabilidade pelo pagamento das prestações relativas ao benefício salário-maternidade competiria ao empregador.

Todavia, a recorrida, sob a condição de gestante, foi demitida do emprego sem justa-causa.

Com efeito, não houve desvinculação previdenciária. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições àquele que deixar de exercer atividade remunerada pelo período mínimo de doze meses.

O fato de ser atribuição da empresa pagar o salário-maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário da prestação em discussão. Além disso, a responsabilidade final pelo pagamento do benefício, como se percebe do dispositivo acima transcrito, é do INSS, na medida em que a empresa tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos.

Se assim é, não há razão para eximir o INSS de pagar o que, em última análise, é de sua responsabilidade. A segurada não pode ser penalizada com a negativa do benefício previdenciário, que lhe é devido, pelo fato de ter sido indevidamente dispensada do trabalho.

Nesse sentido já se manifestou o STJ, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. OMISSÃO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADA DESEMPREGADA. CABIMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO PELO INSS.

1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. O salário-maternidade tem natureza previdenciária, consoante expressamente previsto no art. 18, “g”, da Lei nº 8.213/91.

3. Por seu turno, o art. 71 da Lei de Benefícios estabelece como requisito para fruição do salário-maternidade estar a beneficiária em gozo da qualidade de “segurada”.

4. A condição de desempregada é fato que não impede o gozo do benefício, bastando a tanto que a beneficiária ainda se encontre na qualidade de segurada, e a legislação previdenciária garante tal condição àquele que deixar de exercer atividade remunerada pelo período mínimo de doze meses, independentemente de contribuição.

5. Durante esse período, chamado de graça, o segurado desempregado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, a teor do art. 15, II, e § 3º, Lei nº 8.213/91.

6. O salário-maternidade deve ser arcado pelo INSS, uma vez que o caráter contributivo obrigatório estabelece vínculo apenas entre o segurado e a Previdência Social, única legitimada a responder pelos diversos benefícios legalmente instituídos.

7. O empregador, quando promove o pagamento do benefício, apenas atua como facilitador da obrigação devida pelo INSS, a quem incumbe suportar o encargo previdenciário.

8. “A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos” (REsp 1.309.251/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 1.511.048/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 7/4/2015, DJe 13/4/2015)

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE À SEGURADA EMPREGADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. OBRIGAÇÃO JURÍDICO-PREVIDENCIÁRIA.

EMPRESA PAGA O BENEFÍCIO EM NOME DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA FEDERAL.

1. Recurso especial interposto pelo INSS no qual questiona a ofensa aos artigos 267, VI, do CPC e 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91 ao argumento de que compete ao empregador pagar, em juízo, o salário-maternidade à empregada gestante.

2. A observância da literalidade do dispositivo da Lei de Benefícios, a fim de imputar à empresa a legitimidade passiva *ad causam*, indica inicialmente tratamento desigual a iguais, máxime porque em eventual lide as demais seguradas poderão acionar diretamente a autarquia previdenciária federal. De outro lado, impor à segurada empregada o ajuizamento de ação contra o empregador, para, só então, lhe garantir a via judicial contra o INSS denotaria estabelecer responsabilidade subsidiária deste não prevista em lei, nulificando por completo a efetividade do benefício.

3. A interpretação sistemática e teleológica do comando legal inserto no § 1º do artigo 72 da Lei nº 8.213/91 impõe reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* do INSS, notadamente porque o fato de a empresa pagar o valor do salário-maternidade não desnatura a relação jurídico-previdenciária. O ônus é da autarquia federal e a empresa age em nome desta, em nítida posição de longa manus do Estado a fim de facilitar o recebimento do benefício por quem de direito, nada mais. Tanto é assim que o dispositivo prevê a compensação dos valores pagos à segurada na via tributária. Precedente: REsp 1309251/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/05/2013.

4. Pode a segurada ajuizar ação diretamente contra o INSS para perceber o salário-maternidade quando a empresa não lhe repassar o valor do benefício na vigência do contrato de trabalho.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.346.901/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 1/10/2013, DJe 9/10/2013)

Além disso, o art. 72 da Lei 8.213 faz referência apenas a seguradas, não as adjetivando de empregadas. Tanto é assim, que o art. 73 prevê a concessão do salário-maternidade para pessoas que não são empregadas, como trabalhadora autônoma e segurada especial e o §3º do artigo 72, para as trabalhadoras avulsas.

Logo, não é requisito para a percepção do salário-maternidade estar empregada, mas sim a manutenção da qualidade de segurada da trabalhadora.

Assim, já que preenchidas as exigências legais, concluo pelo preenchimento dos requisitos exigidos à concessão do salário-maternidade pleiteado.

Passo à análise dos consectários.

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux e Informativo 833 do Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/73, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem *mantidos* no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente.

Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de

forma decrescente.

Invertida a sucumbência, condeno o INSS a pagar honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, consoante critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do Novo CPC, já computada a majoração decorrente da fase recursal. Não há se falar em prestações vincendas e aplicação da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, pois o percentual recairá sobre montante fixo.

Referentemente às custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais nº 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais nº 4.952/85 e 11.608/03. Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Diante do exposto, *conheço da apelação da parte autora e lhe dou provimento*, para reformar a r. sentença e conceder-lhe o benefício de salário-maternidade, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

Direito Processual Civil



AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0018351-50.2010.4.03.0000

(2010.03.00.018351-1)

Agravante: FIBRIA CELULOSE S/A

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Recorrente: FIBRIA CELULOSE S/A

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - VICE-PRESIDENTE

Classe do Processo: AI 409685

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2017

EMENTA

AGRAVO INTERNO - DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO EXCEPCIONAL - CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR - IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA - PARCELAMENTO OU PAGAMENTO À VISTA COM REMISSÃO E ANISTIA INSTITUÍDOS PELA LEI Nº 11.941/2009.

1. Publicado o acórdão paradigma, os recursos excepcionais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de haver correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior.

2. A Primeira Seção do STJ, no REsp 1.251.513/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que “Não há direito à devolução referente à multa, aos juros de mora ou ao encargo legal do Decreto-lei 1.025/69, em razão de remissão/anistia, se o depósito do valor devido foi efetuado antes do vencimento”. No mesmo sentido, destaco AgRg no REsp 1576288/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/03/2016.

3. Mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia. Ressalte-se não ser cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente Mairan Maia (Relator).

São Paulo, 26 de julho de 2017.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Vice-Presidente):

Cuida-se de agravo interno interposto pelo CONTRIBUINTE, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial.

Pugna pelo provimento deste agravo para viabilizar a admissão do recurso excepcional.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Vice-Presidente):

Primeiramente, impende esclarecer que a decisão proferida por esta Vice Presidência negou seguimento ao recurso excepcional em relação à possibilidade de remissão nos termos da Lei 11.941/09 e nas demais questões não o admitiu.

Dessa forma, o objeto do presente agravo fica restrito às questões que motivaram a negativa de seguimento ao recurso. Sendo que outras questões serão analisadas pelo E. Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a recorrente também manejou o agravo previsto no art. 1.042 do NCPC.

Consta da decisão agravada, no ponto sobre a possibilidade de remissão prevista na Lei 11.941/09, que assim se pronunciou o acórdão:

No caso dos autos, conforme consta de fls. 214 o depósito judicial efetuado não abrangeu multas e encargos legais, tendo sido realizado somente com base no valor do principal. Na inexistência de depósito destes institutos, não há o que falar em reduções legais e não se mostra possível a utilização do depósito para a adesão ao REFIS IV. (destaquei)

Sobre o tema foi proferido julgamento pela Corte Superior sob a sistemática dos recursos repetitivos, de forma que a questão encontra-se pacificada.

Por oportuno, confira:

No REsp 1.251.513/PR, *tema 486* ficou assentado o entendimento que:

A remissão/anistia das rubricas concedida (multa, juros de mora, encargo legal) somente incide se efetivamente existirem tais rubricas (saldos devedores) dentro da composição do crédito tributário cuja exigibilidade se encontra suspensa pelo depósito. (destaquei)

O precedente, transitado em julgado em 18/09/2014, restou assim ementado, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PARCELAMENTO OU PAGAMENTO À VISTA COM REMISSÃO E ANISTIA INSTITUÍDOS PELA LEI Nº 11.941/2009. APROVEITAMENTO DO BENEFÍCIO MEDIANTE A TRANSFORMAÇÃO EM PAGAMENTO DEFINITIVO (CONVERSÃO EM RENDA) DE DEPÓSITO JUDICIAL VINCULADO A AÇÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE OS JUROS QUE REMUNERAM O DEPÓSITO JUDICIAL E OS JUROS DE MORA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE

NÃO FORAM OBJETO DE REMISSÃO.

1. A alegação de violação ao art. 535, do CPC, desenvolvida sobre fundamentação genérica chama a aplicação da Súmula nº 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.
2. A possibilidade de aplicação da remissão/anistia instituída pelo art. 1º, § 3º, da Lei nº 11.941/2009, aos créditos tributários objeto de ação judicial já transitada em julgado foi decidida pela instância de origem também à luz do princípio da isonomia, não tendo sido interposto recurso extraordinário, razão pela qual o recurso especial não merece conhecimento quanto ao ponto em razão da Súmula nº 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.
3. De acordo com o art. 156, I, do CTN, o pagamento extingue o crédito tributário. Se o pagamento por parte do contribuinte ou a transformação do depósito em pagamento definitivo por ordem judicial (art. 1º, § 3º, II, da Lei nº 9.703/98) somente ocorre depois de encerrada a lide, o crédito tributário tem vida após o trânsito em julgado que o confirma. Se tem vida, pode ser objeto de remissão e/ou anistia neste íterim (entre o trânsito em julgado e a ordem para transformação em pagamento definitivo, antiga conversão em renda) quando a lei não exclui expressamente tal situação do seu âmbito de incidência. Superado, portanto, o entendimento veiculado no item “6” da ementa do REsp. nº 1.240.295 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5.4.2011.
4. O § 14, do art. 32, da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6/2009, somente tem aplicação para os casos em que era possível requerer a desistência da ação. Se houve trânsito em julgado confirmando o crédito tributário antes da entrada em vigor da referida exigência (em 9.11.2009, com a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 10/2009), não há que se falar em requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício.
5. *A remissão de juros de mora insertos dentro da composição do crédito tributário não enseja o resgate de juros remuneratórios incidentes sobre o depósito judicial feito para suspender a exigibilidade desse mesmo crédito tributário.* O pleito não encontra guarida no art. 10, parágrafo único, da Lei nº 11.941/2009. Em outras palavras: “Os eventuais juros compensatórios derivados de supostas aplicações do dinheiro depositado a título de depósito na forma do inciso II do artigo 151 do CTN não pertencem aos contribuintes-depositantes.” (REsp. nº 392.879 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.8.2002).
6. No caso concreto, muito embora o processo tenha transitado em julgado em 12.12.2008 (portanto desnecessário o requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício) e a opção pelo benefício tenha antecedido a ordem judicial para a transformação do depósito em pagamento definitivo (antiga conversão em renda), *as reduções cabíveis não alcançam o crédito tributário em questão, pois o depósito judicial foi efetuado antes do vencimento, não havendo rubricas de multa, juros de mora e encargo legal a serem remetidas.*
7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ nº 8/2008. (destaquei)
(REsp 1251513/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 17/08/2011)

No mesmo sentido, destaco AgRg no REsp 1576288/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/03/2016.

Com efeito, muito embora os argumentos expendidos pelo agravante, temos que na sistemática do artigo 543-C, § 7º, do CPC/1973 - artigo 1.030, I, “b”, artigo 1.040, I, do CPC de 2015, publicado o acórdão paradigma, os recursos excepcionais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de haver correspondência entre o acórdão recorrido e a orientação do Tribunal Superior.

Dessa forma, deve ser mantida a decisão agravada porquanto a pretensão recursal destoa da orientação firmada no julgado representativo de controvérsia.

Ressalte-se, por fim, não ser cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia.

Como já destacado acima, as demais questões abordadas nos autos serão objeto de análise do Tribunal Superior, porquanto também interposto o agravo previsto no art. 1.042 do NCPC.

Ante o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao agravo interno.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Vice-Presidente

AGRAVO EM EMBARGOS INFRINGENTES

0035925-28.2011.4.03.9999

(2011.03.99.035925-2)

Agravante: MOACIR LUIZ GOMES RUBIRA

Agravado: R. DECISÃO DE FLS. 245/248

Embargante: MOACIR LUIZ GOMES RUBIRA

Embargada: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CAETANO DO SUL - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: EI 1677801

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/07/2017

EMENTA

AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 do CPC. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPOSENTAÇÃO. RE 661.256. REPERCUSSÃO GERAL. ATA DE JULGAMENTO PUBLICADA NO DIÁRIO OFICIAL. ART. 1.035, PARÁGRAFO 11, DO CPC. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1 - Nada impedia este Relator de, nos termos do art. 932 c.c. art. 1.040, II, do CPC, retratar-se por meio de decisão monocrática, em observância ao princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, o qual garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Na hipótese, o v acórdão (que inicialmente dava provimento aos embargos infringentes) restou substituído pela nova decisão, isto é, houve julgamento monocrático dos embargos infringentes, de modo que, para que a matéria fosse reexaminada pelo órgão colegiado, bastava o manejo do recurso cabível (agravo interno), tal como ocorreu.

2 - É notório que o E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), em 27/10/2016, firmou posicionamento no sentido de que, *no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à “desaposentação”*, (tema 503 - fixação de tese - Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016).

3 - A teor do art. 1.035, § 11, do Código de Processo Civil, a súmula da decisão relativa à repercussão geral que constar de ata publicada no diário oficial valerá como acórdão, situação ocorrente no que tange ao julgamento da desaposentação (nos termos delimitados pela Ata de Julgamento a que foi feita menção). Portanto, não havia óbice à apreciação do feito e, conseqüentemente, ao julgamento de mérito do tema controvertido, já que a aludida Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, foi publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016.

4 - É certo que, na época em que o acórdão objeto do juízo de retratação (acostado às fls. 217/227) foi prolatado, ainda não havia decisão definitiva do STF a respeito de o ordenamento jurídico brasileiro permitir ou não a desaposentação, assim como é certo que o aludido *decisum* refletiu entendimento que, na época, era esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Todavia, não se pode ignorar que, em 27/10/2016, adveio fato superveniente, qual seja, o julgamento pelo C. Supremo Tribunal Federal do RE 661.256

(admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), de modo que não poderia ser outra a conclusão senão a de que deve ser afastada a possibilidade de haver desaposentação, já que incumbe ao C. STF dar a última palavra no âmbito do direito constitucional.

5 - Agravo Interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao Agravo Interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de julho de 2017.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo Interno (fl. 249), previsto no art. 1.021 do CPC, interposto por MOACIR LUIZ GOMES RUBIRA em face da r. decisão monocrática (fls. 245/248) por meio da qual este Relator, em sede de juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, NEGOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELA PARTE AUTORA, a fim de julgar improcedente o pedido de desaposentação, tendo em vista julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional pelo E. STF).

Consta que a r. sentença prolatada em Primeira Instância havia julgado procedente o pedido de desaposentação (fls. 89/91, 98 e 101), o que ensejou a interposição de recurso de apelação por parte do INSS (fls. 103/118). A Nona Turma desta Corte, por maioria, deu provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação da Autarquia Previdenciária, a fim de afastar a possibilidade de desaposentação (fl. 143/147, 148/152 e 181/185), o que ensejou a oposição de embargos infringentes por MOACIR LUIZ GOMES RUBIRA (fls. 187/211). Ocorreu que, em 28.07.2016, esta E. 3ª Seção deu provimento aos embargos infringentes (fls. 217/227), o que ensejou a interposição de Recurso Extraordinário pelo INSS (fls. 230/239) e, com o advento do julgamento do RE 661.256 (este ocorrido em 27.10.2016), os autos foram devolvidos a este Relator para a realização de novo exame, nos termos do art. 1.040, inciso II, do CPC. Em sede de juízo de retratação, este Relator NEGOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELA PARTE AUTORA, a fim de julgar improcedente o pedido de desaposentação, o que ensejou a interposição do presente Agravo Interno.

A parte agravante alega, em síntese, que, a despeito de, em 27.10.2016, o STF ter, em recurso representativo de controvérsia, adotado tese contrária à possibilidade de desaposentação, “o artigo 1040 do Código de Processo Civil estabelece requisito legal para a aplicabilidade imediata da repercussão geral, qual seja, a publicação do acórdão” (fl. 249) e, “salvo melhor juízo, o V. Acórdão ainda não foi publicado” (fl. 249), de modo que se deveria “dar provimento ao presente agravo para tornar sem efeito a r. decisão monocrática proferida e determinar o sobrestamento do processo até a publicação do acórdão que julgou o RE 661.256/DF” (fl. 249).

É o breve Relatório.

Peço dia para julgamento.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

A decisão monocrática ora agravada não merece reforma.

Primeiramente, consigno que mesmo tendo o *decisium* acostado às fls. 217/227 emanado de órgão colegiado, nada impedia este Relator de, nos termos do art. 932 c.c. art. 1.040, II, do CPC, retratar-se por meio de decisão monocrática (fls. 245/248), em observância ao princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, o qual garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Na hipótese, o v acórdão (que inicialmente dava provimento aos embargos infringentes-fls. 217/227) restou substituído pela nova decisão (fls. 245/248), isto é, houve julgamento monocrático dos embargos infringentes, de modo que, para que a matéria fosse reexaminada pelo órgão colegiado, bastava o manejo do recurso cabível (agravo interno), tal como ocorreu.

Pois bem.

É notório que o E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), em 27/10/2016, firmou posicionamento no sentido de que, *no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à “desaposentação”*, (tema 503 - fixação de tese - Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016).

A parte agravante alega, em síntese, que “o artigo 1040 do Código de Processo Civil estabelece requisito legal para a aplicabilidade imediata da repercussão geral, qual seja, a publicação do acórdão” (fl. 249) e, “salvo melhor juízo, o V. Acórdão ainda não foi publicado” (fl. 249).

Contudo, a teor do art. 1.035, § 11, do Código de Processo Civil, a súmula da decisão relativa à repercussão geral que constar de ata publicada no diário oficial valerá como acórdão, situação ocorrente no que tange ao julgamento da desaposentação (nos termos delimitados pela Ata de Julgamento a que foi feita menção). Portanto, não havia óbice à apreciação do feito e, consequentemente, ao julgamento de mérito do tema controvertido, já que a aludida Ata de julgamento nº 35, de 27.10.2016, foi publicada no DJE nº 237 de 07.11.2016.

É certo que, na época em que o acórdão objeto do juízo de retratação (acostado às fls. 217/227) foi prolatado, ainda não havia decisão definitiva do STF a respeito de o ordenamento jurídico brasileiro permitir ou não a desaposentação, assim como é certo que o aludido *decisium* refletiu entendimento que, na época, era esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Todavia, não se pode ignorar que, em 27/10/2016, adveio fato superveniente, qual seja, o julgamento pelo C. Supremo Tribunal Federal do RE 661.256 (admitido sob o regime da repercussão geral da questão constitucional), de modo que não poderia ser outra a conclusão senão a de que deve ser afastada a possibilidade de haver desaposentação, já que incumbe ao C. STF dar a última palavra no âmbito do direito constitucional.

Com tais considerações, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Agravo Interno.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0005906-07.2012.4.03.6183

(2012.61.83.005906-7)

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS E SINDICATO NACIONAL DOS APOSENTADOS PENSIONISTAS E IDOSOS DA FORÇA SINDICAL

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: ApelReex 1982555

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2017

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SINDICATO. AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR. PRELIMINARES REJEITADAS. LISTA DE SUBSTITUÍDOS. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.401.560/MT. AMPLITUDE. MEDIDAS JUDICIAIS ANTECIPATÓRIAS. PRECARIIDADE. PROVISORIEDADE. REVERSIBILIDADE. ANÁLISE NOS PRÓPRIOS AUTOS E NO MESMO JUÍZO EM QUE REVOGADA/REFORMADA A DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR. PRINCÍPIO DO JUÍZO NATURAL. ARTIGO 933, DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. *DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS*. COISA JULGADA. ABRANGÊNCIA TERRITORIAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MULTA DIÁRIA.

1. Legitimidade ativa do *parquet* federal configurada para a propositura de ações coletivas versando sobre direitos previdenciários, vez que se tratam de direitos individuais homogêneos. Precedentes.

2. Conforme o art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, cabe ação civil pública em razão de qualquer sorte de interesse difuso ou coletivo, possuindo legitimidade para propor a ação principal e a cautelar as associações que, concomitantemente (art. 5º, V, da Lei 7.347/85), esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil e, sobretudo, inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao conjunto de direitos difusos discutido na lide.

3. A natureza da atuação dos sindicatos em prol de seus membros ou associados é de substituição, nos termos do art. 8º da Constituição Federal. Assim, as condições para a propositura da ação civil pública pelos sindicatos diferem daquelas exigidas para as associações.

4. A autorização assemblear é dispensada expressamente, nos termos do art. 82, IV, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

5. A lista de substituídos processualmente pelos sindicatos e associações é dispensada, pois estes atuam em juízo representando não apenas seus filiados/associados, mas a toda a categoria, na esteira do art. 8º, III, da Constituição Federal. O RE 612043/PR, julgado pelo STF, no sentido de que o alcance das decisões proferidas em ações civis públicas somente atingiria os associados à época da propositura da ação, somente se aplica às associações, e não aos sindicatos.

6. O Recurso Especial nº 1.401.560/MT, decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça

na sistemática dos recursos repetitivos, consagrou a tese de que: “A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos”. Não se encontra abrangida a hipótese de devolução de prestações de natureza assistencial.

7. A revogação da tutela antecipada, no CPC/73, ou das tutelas de urgência, nos termos do CPC/2015, com a consequente reposição de eventuais prejuízos sofridos pelo réu, é possível, e deve ser objeto de análise pelo próprio órgão judiciário que proferiu a decisão anterior, sob o risco de malferir-se o *princípio do juízo natural* (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal).

8. Ademais, mesmo nos casos em que a devolução não foi determinada expressamente, a cobrança é possível porque decorre de lei, e não depende de uma nova decisão judicial. Trata-se de *efeito anexo* da sentença.

9. A cobrança de valores pagos a maior na via administrativa, nos termos do art. 115 da Lei 8.213/91, pode ocorrer e não é objeto desta ação. A jurisprudência vem rechaçando o procedimento por vezes adotado pelo INSS no sentido de inscrever valores pagos a maior - no entender do Instituto - na dívida ativa da União, cobrando-os em execução fiscal. Isso já chegou a ser feito tanto para valores cobrados administrativamente como judicialmente, mas não foi aceito pelos Tribunais pátrios.

10. Os débitos decorrentes de decisões judiciais provisórias posteriormente revogadas, que são o objeto da lide, podem ser cobrados, como visto supra, mas não administrativamente pelo INSS. Precisam ser objeto de cobrança em juízo. Mas, não por meio de execução fiscal, nem por intermédio de uma nova ação de conhecimento. Basta a liquidação do valor a ser reposto, com sua liquidação nos próprios autos em que tratada a questão de mérito.

11. Propor nova ação perante outro Juízo retira do Juiz da causa, por exemplo, a possibilidade de decidir se houve ou não má-fé ou boa-fé, se os valores, no caso concreto, devem ser devolvidos e como se deverá fazer essa devolução. Essas questões devem ser discutidas caso a caso, e são questões eminentemente processuais ligadas ao feito em que se debateu o mérito da causa. É também por isso que se veda a inscrição desses valores na dívida ativa e sua cobrança por execução fiscal: exige-se que haja discussão sobre o mérito da devolução. Somente o próprio Juízo que decidiu o mérito da ação poderá deliberar, no futuro, sobre as obrigações, decorrentes da lei ou da sentença, surgidas após o transido em julgado da decisão.

12. Inaplicabilidade do art. 933, do CPC/2015, visto não se tratar de fato superveniente à decisão recorrida ou matéria de ordem pública, mas apenas alteração da fundamentação utilizada para manutenção da sentença. Aplicação do brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus*.

13. A abrangência territorial da coisa julgada restringe-se ao âmbito territorial da jurisdição deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de acordo com o disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.

14. Sem honorários de advogado, nos termos do art. 17, da Lei 7.347/95, e da sucumbência recíproca.

15. Multa diária. Redução para o patamar de R\$ 100,00 (cem reais).

16. Preliminares rejeitadas; recursos de apelação desprovidos e remessa oficial parcialmente provida. Prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao apelo do INSS.

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 as preliminares, negar provimento às apelações e dar parcial provimento à remessa oficial*, restando prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, em que se pretende a condenação do Instituto Nacional do Seguro Social, em âmbito nacional, a “abster-se de cobrar os valores referentes aos benefícios previdenciários ou assistenciais concedidos por meio de liminar, tutela antecipada e sentença, que foram revogadas ou reformadas por decisão judicial posterior, ressalvados os casos em que tal devolução for determinada expressamente na decisão que suspendeu/revogou ou reformou a decisão judicial anterior” (fl. 12).

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para “condenar o INSS a obrigação de não fazer, consistente na abstenção de cobrança de valores atinentes aos benefícios previdenciários e assistenciais, concedido por meio de decisão liminar, tutela antecipada e sentença, reformadas ou revogadas por outra e ulterior decisão judicial, excetuadas as hipóteses nas quais expressa seja a decisão judicial que suspendeu, revogou ou reformou a decisão anterior, em determinar tal devolução” (fl. 594).

Fixou multa diária de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada cobrança indevida, e determinou à autarquia previdenciária o pagamento de honorários de advogado, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). INSS isento de custas, na forma da lei.

A sentença ainda confirmou a tutela antecipada anteriormente concedida, e delimitou a abrangência de sua eficácia à competência territorial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sentença submetida ao reexame necessário.

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em seu recurso de apelação, alega, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, por se tratar de direitos disponíveis, de caráter patrimonial, bem como do Sindicato Nacional dos Aposentados e Pensionistas e Idosos da Força Sindical, por ausência de pertinência temática. Ainda no âmbito preliminar, faltaria ao Sindicato a juntada da autorização da assembleia para a propositura da demanda e não teria sido apresentada a lista de representados/substituídos processualmente.

Outrossim, requer o recebimento de sua apelação em ambos os efeitos, com a suspensão imediata do cumprimento da decisão recorrida, nos termos do art. 558, do CPC/73.

No mérito, alega que o ressarcimento dos benefícios previdenciários e assistenciais deferidos por ordens judiciais encontra fundamento na indisponibilidade do patrimônio público e na provisoriedade e reversibilidade que caracteriza as cautelares e tutelas antecipadas, o que estaria consagrado no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.401.560/MT.

Ainda conforme a autarquia previdenciária, julgar em sentido contrário corresponderia a declaração de inconstitucionalidade do art. 115, da Lei 8.213/91 e outros que elenca em seu apelo, o que só seria viável mediante a cláusula de reserva de plenário (art. 97, da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 10).

O MPF recorreu, pretendendo que os efeitos da decisão não se restrinjam à jurisdição do TRF da 3ª Região, passando a ser dotados de âmbito nacional.

Com contrarrazões de todas as partes, vieram os autos a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal, fls. 736/753, no sentido do provimento da apelação ministerial e do desprovimento da remessa oficial e do recurso do INSS (fls. 736/753).

Os autos foram inicialmente distribuídos ao Exmo. Desembargador Federal Antonio Cedenho, da 2ª Turma deste Tribunal, fl. 756.

Ocorreu um primeiro julgamento deste processo pelo Tribunal, em 21.07.2015 (fl. 773/774), contra o qual se opuseram embargos declaratórios (fls. 791/802).

Entretanto, posteriormente a Segunda Turma acolheu Questão de Ordem suscitada pelo Desembargador Federal Souza Ribeiro (fls. 821/823), onde se determinou a anulação do acórdão e prejuízo dos embargos declaratórios, bem como a redistribuição do processo à Terceira Seção, tendo vindo, então, à minha Relatoria (fl. 827).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa oficial e dos recursos de apelação interpostos.

Inicialmente, devem ser apreciadas as questões preliminares aduzidas no recurso de apelação do INSS, referentes à legitimidade ativa do MPF e do Sindicato Nacional dos Aposentados e Pensionistas e Idosos da Força Sindical.

Alega-se falta de pertinência temática de ambos e, quanto ao Sindicato, também a inexistência da autorização assemblear para ajuizamento da demanda coletiva e a ausência de lista dos substituídos/representados processualmente.

Entretanto, todas essas alegações devem ser rechaçadas.

Em relação à legitimidade ativa do *parquet* federal para a propositura de ações coletivas versando sobre direitos previdenciários, é uníssona a doutrina e jurisprudência, que compreende tratar-se de direitos individuais homogêneos, viabilizando seu patrocínio pelo Ministério Público.

Nesse sentido é a jurisprudência firme desta Corte Regional, de que fazem exemplo os arestos abaixo:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MPF. REPERCUSSÃO SOCIAL DA MATÉRIA. LEGITIMIDADE. RECONHECIMENTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DO TEMA EM APELO. RECURSO PROVIDO.

1 - Agravo legal do MPF contra decisão monocrática que reconheceu sua ilegitimidade à pro-

positura de ação civil pública tendente a salvaguardar a percepção de salário-maternidade por indígenas pertencentes a determinada comunidade.

2 - Doutrina e jurisprudência vêm autorizando o manejo de ação civil pública pelo Ministério Público quando reconhecida a relevância social da tutela pretendida, sobretudo quando esta se entrosa com as próprias atribuições que lhe são afetas pela ordem jurídica.

3 - A discussão posta pelo Parquet, ao almejar a consecução de direito de indígena, transcede à concessão, ou não, de certo benefício previdenciário, vislumbrando-se a pertinência temática entre o escopo da demanda e as atribuições daquele Órgão (art. 129, V, da CR/88).

4 - Legitimidade ministerial já reconhecida pela Turma em agravo de instrumento por decisão passada em julgado, a impossibilitar a reapreciação do tema pelo mesmo Colegiado em apelo, à conta de preclusão *pro judicato*.

5 - Recurso provido, para se afastar a preliminar deduzida pelo INSS, tornando os autos à relatoria para seguimento.

(TRF3, APELREEX 00097493120094036103, 9ª Turma, Rel. Ana Pezarini, j. 30.05.2016, DJe 13.06.2016)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. EFEITO DEVOLUTIVO. INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS PARA EFEITO SUSPENSIVO DA EFICÁCIA DA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Denegado o mandado de segurança, a apelação sujeita-se a efeito meramente devolutivo, salvo situação excepcional, de que não se cuida na espécie, pois as alegações de ilegitimidade ativa do MPF e de incompetência da Justiça Federal para a ação civil pública, que decorrer do inquérito civil público, não são dotadas de relevância manifesta a autorizar a suspensão dos efeitos da sentença proferida, segundo o devido processo legal.

2. Juridicamente é relevante e plausível a interpretação de que a proteção de direitos socialmente relevantes, como são os atinentes aos segurados do INSS, pode ser viabilizada por ação civil pública, dentro das atribuições institucionais do Ministério Público, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Se o MPF pode ajuizar, na Justiça Federal, ação civil pública por ilegalidade contra direito do segurado, praticada pelo INSS, é razoável que, em tal legitimidade, se insira também a discussão da ilegalidade de atos que, associados à postulação judicial de direito previdenciário, estejam a prejudicar ou colocar em risco a expressão patrimonial e alimentar do direito socialmente relevante e protegido.

3. A legitimidade do MPF e a competência da Justiça Federal não podem ser afastadas, de plano, pela condição jurídica da OAB de ente excluído da Administração Pública, direta ou indireta, para os fins específicos de sujeição à regra do concurso público para prover empregos no respectivo quadro (ADIN 3.026/DF). A discussão em torno de eventual interesse jurídico da OAB na causa, cuja defesa incumbe à própria entidade, não torna relevante a tese de nulidade do inquérito civil público ou de eventual ação civil pública, por ilegitimidade ativa e incompetência, as quais foram definidas em função, não da intervenção e interesse jurídico da OAB, mas pela natureza do direito protegido. Ainda que a OAB viesse a manifestar interesse jurídico nas causas, a tese dos agravantes de atribuir a tal ente caráter estritamente privado, não é relevante e compatível com as funções e prerrogativas reservadas ao órgão, que não atua apenas na defesa da classe profissional, mas tem importante papel na cena do Estado Democrático e Social de Direito.

4. O inquérito civil público e a ação civil pública não cuidaram de apurar responsabilidade por infrações penais ou ético-disciplinares, mas investigar fatos para oportuna postulação em Juízo do decreto de ilegalidade ou nulidade de atos imputados aos agravantes para os efeitos civis próprios e específicos, que não se confundem nem ficam prejudicados pela existência de via distinta para a apuração de responsabilidade penal e ético-disciplinar.

5. A atribuição de efeito suspensivo ao apelo, para inibir a eficácia de sentença denegatória do

mandado de segurança, impetrado para trancar inquérito civil público, não se autoriza, pois os fundamentos deduzidos pelos agravantes não são juridicamente relevantes nem existe prova de dano irreparável, que justifique o reconhecimento de situação excepcional para conferir a recurso eficácia processual que não possui.

6. Agravo inominado desprovido.

(TRF3, AI 00113022120114030000, 3ª Turma, Rel. Carlos Muta, j. 25.08.2011, DJe 02.09.2011)

A legitimidade processual ativa do Sindicato também se encontra demonstrada.

Segundo o art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, cabe ação civil pública em razão de qualquer sorte de interesse difuso ou coletivo, possuindo legitimidade para propor a ação principal e a cautelar as associações que, concomitantemente (art. 5º, V, da Lei 7.347/85), esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil e, sobretudo, inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao conjunto de direitos difusos discutido na lide.

No caso concreto, constata-se de simples leitura do Estatuto Social do Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical (fls. 49/89), que se incluem em seus objetivos institucionais a defesa dos interesses de seus associados também quanto aos direitos previdenciários. Destaco as seguintes disposições (fls. 50/51):

Art. 1º. O SINDICATO NACIONAL DOS APOSENTADOS, PENSIONISTAS E IDOSOS DA FORÇA SINDICAL, (...) é uma associação civil (...) que tem por finalidade precípua a representação, a coordenação, e a defesa dos interesses difusos, individuais e coletivos da Categoria Especial constituída pelos Aposentados, Pensionistas e Idosos, urbanos e rurais, oriundos das entidades privadas e da Administração Pública, perante os poderes públicos, a sociedade, o INSS e quaisquer outras entidades de Previdência Social, de naturezas geral e/ou complementar.

Art. 2º. O Sindicato, além dos objetivos acima enunciados, tem as seguintes outras finalidades: (...)

g. Impetrar Mandado de Segurança Coletivo e ajuizar ações, coletivas ou individuais, inclusive ação civil pública e ação civil coletiva, em todas as áreas de interesse dos integrantes da categoria, especialmente quanto à garantia dos direitos previstos no Estatuto do Idoso e na Lei de Defesa do Consumidor;

A natureza da atuação dos sindicatos em prol de seus membros ou associados é de substituição, nos termos do art. 8º da Constituição Federal. Assim, as condições para a propositura da ação civil pública pelos sindicatos diferem daquelas exigidas para as associações.

Também deve ser rechaçada a alegação de ausência de autorização assemblear do Sindicato autor. Primeiro porque, sendo distinta a natureza da atuação do sindicato, dispensável é a autorização expressa. Segundo, porque, ainda que assim não fosse, o artigo 82, IV, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a dispensaria expressamente:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

(...)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, *dispensada a autorização assemblear*.

Quanto à exigência de lista de substituídos processualmente, da mesma forma não se deve acolher tal preliminar, por duas razões.

Primeiro, em face do avanço da jurisprudência no sentido de que as associações e sindicatos agem em juízo representando não apenas seus filiados/associados, mas a toda a categoria, na esteira do art. 8º, III, da Constituição Federal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. TARIFA DE ÁGUA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CONDOMÍNIO NÃO FILIADO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DO JULGADO. LEGITIMIDADE ATIVA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA.

1. Não ocorre contrariedade aos arts. 165, 458 e 535, inc. II, do CPC quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.

2. Ademais, o magistrado não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas em juízo, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, detêm legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, sendo prescindível a relação nominal dos filiados e suas respectivas autorizações, nos termos da Súmula 629/STF.

4. Desse modo, a coisa julgada advinda da ação coletiva deverá alcançar todos as pessoas da categoria, legitimando-os para a propositura individual da execução de sentença, ainda que não comprovada sua associação à época do ajuizamento do processo de conhecimento (REsp 1.326.601/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, 2ª Turma, AGRESP 201201367021, Rel. Min. Og Fernandes, 05.11.2013, DJe 22.11.2013)

AGRAVO LEGAL (ART. 557 DO CPC). DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS CONTAS VINCULADAS. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. TERMOS DE ADESÃO. LC 110/01. OBSERVÂNCIA NA FASE DE EXECUÇÃO DO JULGADO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. DECISÃO MANTIDA.

1 - Na fase de execução do título judicial, deverá ocorrer a individualização dos filiados do sindicato autor para o recebimento dos valores devidos, momento em que caberá ao juízo competente verificar a existência dos termos de adesão a fim de evitar o pagamento em dobro das diferenças.

2 - Tratando-se de substituição processual, o sindicato atua no interesse coletivo de toda a categoria profissional por ele representada, e não apenas dos seus filiados à época da propositura da ação.

3 - Não há que se confundir o prazo para o exercício do direito de ação previsto no art. 21 da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), aplicável por analogia às ações civis públicas, com o prazo para o exercício da pretensão do direito material discutido na ação.

4 - É que os recolhimentos para o Fundo de Garantia não têm natureza tributária, de modo que o prazo de prescrição das ações respectivas é de trinta anos. Súmula nº 210 do Superior Tribunal de Justiça e REsp nº 1.112.520/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 24/02/2010, submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

5 - Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AC 03033033019954036102, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, j. 10/02/2015, DJe 13.02.2015)

Segundo, porque o recente julgado do E. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o alcance das decisões proferidas em ações civis públicas somente atingiria os associados à época da propositura da ação (RE 612043/PR), somente se aplica às associações, e não aos sindicatos.

Assim, para os sindicatos, não apenas não se exige autorização assemblear, como também não há a necessidade de relação nominal dos seus integrantes.

Do voto proferido pelo E. Relator, Min. Marco Aurélio no RE 612043/PR, colhe-se:

Sobre a distinção, já em 1998, quando integrava a Segunda Turma, e dela tenho saudade, especialmente na área penal, tive oportunidade de consignar, na condição de relator, ao apreciar o recurso extraordinário nº 192.305-9/SP:

[...]

Dúvidas não pesam sobre a distinção entre o instituto previsto no inciso XXI - representação - e no inciso LXX - substituição processual -, ambos do rol das garantias constitucionais. As associações representam os filiados, judicial ou extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas, enquanto os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, substituem membros ou associados, em juízo, considerada a ação constitucional que é o mandado de segurança.

[...]

(Recurso extraordinário nº 192.305-9/SP, Segunda Turma,
Diário da Justiça de 21 de maio de 1999)

(...)

Creio, e por isso disse que a situação sequer é favorável a elucidar-se a diferença entre representação e substituição processual, a esclarecer o alcance do preceito do inciso XXI do artigo 5º, que trata da necessidade de a associação apresentar autorização expressa para agir em Juízo, em nome dos associados, e o do preceito que versa o mandado de segurança coletivo e revela o sindicato como substituto processual. Nesse último caso, a legitimação já decorre da própria Carta - representação gênero - e também da previsão do artigo 8º, do qual não me valho. Estou-me valendo apenas daquele referente às associações.

Por isso, rejeito toda a matéria preliminar.

Passo ao exame do mérito.

DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO nº 1.401.560/MT

Inicialmente, deve ser apreciado o conteúdo do Recurso Especial nº 1.401.560/MT, decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos recursos repetitivos.

A decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a reforma do provimento que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional para conceder benefício previdenciário obriga o autor da ação a devolver os valores recebidos indevidamente.

Esse julgado representativo de controvérsia firmou a tese de que: “A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.”

Não se pode perder de vista a alteração substancial do Direito Processual Civil brasileiro, aproximando-o de um sistema de precedentes, sobretudo após o advento do CPC de 2015.

Esse panorama, delineado a partir dos artigos 926 e 927, do CPC/2015, determina que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente. Ademais, firma-se que os juízes e tribunais observarão “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III).

Assim, as consequências do julgamento proferido no Resp nº 1.401.560/MT não podem ser aqui desconsideradas.

Há que se efetuar, entretanto, o necessário *distinguishing* em relação ao precedente vinculante aqui tratado.

Com efeito, no Recurso Especial Repetitivo nº 1.401.560/MT não se discute sobre a devolução de prestações de natureza assistencial. A tese consagrada “obriga o autor da ação a *devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos*” (grifamos). Além disso, faz menção ao art. 115, da Lei 8.213/91, que estabelece o Regime Geral de Previdência Social, *não se aplicando à Assistência Social, objeto da Lei 8.472/93*.

Por fim, não se vislumbra como o tema da irrepetibilidade das prestações previdenciárias concedidas judicialmente e posteriormente revogadas atinge a norma constitucional, visto tratar-se de questão essencialmente de legislação infraconstitucional, prevalecendo, no caso, o precedente vinculante do STJ, acima referido.

A R. sentença de primeiro grau fundamentou-se na tese então predominante da irrepetibilidade dos alimentos, e foi proferida em 2.014, antes, portanto, da decisão proferida pelo STJ. Deve, agora, ser reformada.

DA REVERSIBILIDADE DAS MEDIDAS JUDICIAIS ANTECIPATÓRIAS

Em que pese a eficácia vinculante do precedente acima tratado, deve-se examinar em que medida se operacionaliza a reversibilidade das medidas judiciais antecipatórias (liminares e tutelas antecipadas ou de urgência).

As tutelas antecipadas e de urgência se caracterizam inequivocamente pela precariedade, provisoriedade e reversibilidade. Segundo HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

As tutelas de urgência e da evidencia, nos termos do Código, são caracterizadas pela provisoriedade, no sentido de que não se revestem de caráter definitivo e, ao contrário, se destinam a durar por um espaço de tempo delimitado. São remédios interinais, seguindo a técnica da cognição sumária em rito de incidente do processamento completo e definitivo da causa. Não compõem objeto de processo autônomo e exauriente.

(Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 57ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 618)

Em primeiro lugar deve-se delinear o tratamento legal dado à reversibilidade das medidas judiciais antecipatórias. A começar da tutela antecipada, prevista no art. 273, do CPC/73:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Não se pode perder de vista que o regramento da tutela antecipada, no CPC/73 (art. 273, § 3º), faz remissão aos artigos 588, 461, §§ 40 e 50, e 461-A, todos daquele diploma legal.

Tais dispositivos referem-se à tutela específica e à execução provisória da sentença. O art. 588, referente à *execução provisória*, por sua vez, foi revogado em 2006 e substituído pelo tópico relativo ao cumprimento de sentença, de que devem ser observados especificamente os artigos 475-I e 475-O do CPC/73, relativos ao *cumprimento provisório da sentença*.

O art. 475-O, incisos I e II, encontra-se assim redigido:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - *corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;*

II - *fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;* (grifamos)

VICENTE GRECO FILHO pontifica que:

Na execução da tutela antecipada, deverão ser observados preceitos relativos à execução provisória (art. 475-O, com redação dada pela Lei nº 11.232/2005), ou seja: corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; (...) fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

(Direito Processual Civil Brasileiro, 18ª ed., S. Paulo: Saraiva, 2007, p. 79-80)

O § 4º, do art. 273 do CPC/73, dispunha que a tutela antecipada poderia ser revogada ou reformada, a qualquer tempo, porém mediante “decisão fundamentada”, expressão que compreendemos deva significar não apenas a apresentação de argumentos para revisão da tutela antecipada anteriormente concedida, mas a disposição a respeito de todos seus efeitos jurídicos, dentre eles o tratamento sobre a eventual devolução de valores e indenização da parte adversa.

Doutrina e jurisprudência também indicavam a necessidade de observação do art. 811, I, do CPC/73, assim redigido:

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

Sobre esse dispositivo legal, assim se manifesta NELSON NERY JR.:

Caso o requerente, que se beneficiou com a concessão e efetivação da tutela antecipada, perca a demanda e a execução da decisão antecipatória tenha causado prejuízo à parte contrária, esta tem direito de haver indenização do requerente. Deve ser utilizado, por extensão, o sistema do CPC 811, de modo que a responsabilidade do requerente da medida é objetiva, devendo ser caracterizada independentemente de sua conduta: havendo o dano e provado o nexo de

causalidade entre a execução da medida e o dano, há o dever de indenizar. (Código de Processo Civil Comentado, 11ª ed., S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 554)

Como se pode observar, o sistema de antecipação de tutela no regime processual de 1973 já previa a reparação de danos sofridos pelo réu, no caso de revogação ou reforma da decisão concessiva da tutela antecipada, através de decisão fundamentada.

O CPC/2015 conferiu à questão tratamento similar, cujo quadro normativo se encontra nos arts. 296 e 300 a 302, abaixo transcritos:

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.
Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º. Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º. A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º. A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Art. 302. *Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:*

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Comentando o art. 302, do CPC/2015, assim explicam TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et alli*:

O art. 302 cuida da *responsabilidade objetiva* diante da tutela de urgência *cassada*. O *caput* prevê, não sem antes deixar claro que *não* exclui a responsabilidade por dano processual (arts. 79 a 81), que “a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa; se: I - a sentença lhe for desfavorável;” (...)

O dispositivo legal traz as hipóteses em que, por imposição legal, o requerente da tutela de urgência terá o dever de indenizar o requerido. Antes de mais nada, convém registrar que o prejuízo só se consumará com a *efetivação* da tutela de urgência concedida, e não com a sua simples concessão. É preciso, pois, que a medida concedida *seja executada*. (grifos no original)

Avançando para o comentário específico do inciso I, do art. 302, do CPC/2015, assim prosseguem aqueles juristas:

O inciso I, em verdade, reafirma o caráter provisório da tutela de urgência e sua relação de dependência com o desfecho do pedido principal, de forma que, se a sentença for desfavorável ao requerente da tutela de urgência, será este responsabilizado pelos danos eventualmente causados à parte contrária. Em poucas palavras, pode-se dizer que a tutela de urgência *não* pode ser infirmada pela tutela definitiva, sob pena de *responsabilização objetiva* do beneficiário daquela.

(WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et alli*, Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil - artigo por artigo, 3ª tiragem, S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 503-504)

HUMBERTO THEODORO JR. leciona de modo cristalino que a reparação de eventuais prejuízos decorrentes da revogação da tutela antecipada deverá ocorrer nos mesmos autos onde concedida a medida antecipatória:

O prejudicado pela tutela de urgência infundada ou frustrada não precisa propor ação de indenização contra o requerente para obter o reconhecimento de seu direito e a condenação do responsável. Nos termos do art. 302, parágrafo único, a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. A fonte da obrigação, na espécie, é a própria lei, que a faz assentar sobre dados objetivos, que prescindem de acerto em ação condenatória apartada.

(THEODORO JR., Humberto, Curso de Direito Processual Civil, 57ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 687)

Em resumo: a obrigação do autor de reparar os prejuízos sofridos pelo réu em virtude de tutela posteriormente revogada decorre da lei, e não de sentença condenatória proferida pelo Juiz. A obrigação não nasce de uma eventual menção, na sentença, de que “o autor deverá ressarcir ao réu os valores recebidos por força da antecipação de tutela ora revogada”.

Essa menção, na sentença, é desnecessária. Não é exigida pelo Código de Processo Civil. A lei permite ao réu, em qualquer processo, buscar a apuração e a cobrança dos prejuízos que sofreu, mesmo sem essa disposição na sentença.

Assim condensa a questão Araken de Assis, já sob a égide no NCPC:

A responsabilidade contemplada no art. 302 é efeito anexo da sentença. Não necessita de pedido do autor, porque supérfluo nos casos de anexação de efeitos, nem sequer de disposição expressa na sentença. A responsabilidade decorre da simples incidência de um dos incisos do art. 302 (Processo Civil Brasileiro, Vol II - Tomo II, pg. 482).

Os preceitos legais acima aventados também deixam bem claro que a apuração de eventuais prejuízos advindos de tutela antecipada, liminar ou sentença posteriormente cassadas/revogadas, deve ser tratada nos próprios autos em que proferida a primeira decisão judicial.

Entretanto, deve-se considerar que, mais do que nos próprios autos, os efeitos jurídicos da revogação ou reforma da antecipação da tutela devem ser decididos pelo *mesmo juízo que a proferiu*, sob o risco de malferir-se o *princípio do juízo natural* (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal).

Apenas o próprio juízo decisor, ou a instância judicial hierarquicamente superior (por imposição do *princípio do duplo grau de jurisdição*), a depender do caso concreto, terão competência material para tratar da reversibilidade da tutela antecipada, dispondo sobre seus efeitos e eventuais consequências.

O pedido formulado nesta ação civil pública faz distinção entre os casos em que houve a

determinação de devolução de valores e os casos em que essa determinação não ocorreu. Aqui se pretende a condenação do INSS a:

abster-se de cobrar os valores referentes aos benefícios previdenciários ou assistenciais concedidos por meio de liminar, tutela antecipada e sentença, que foram revogadas ou reformadas por decisão judicial posterior, *ressalvados os casos em que tal devolução for determinada expressamente na decisão que suspendeu/revogou ou reformou a decisão judicial anterior* (fl. 12, grifos nossos).

Porém, o que demonstro aqui é que mesmo nos casos em que a devolução não foi determinada expressamente, a cobrança é possível porque decorre de lei, e não depende de uma nova decisão judicial.

Isso tudo poderia, à primeira vista, levar à improcedência desse pedido, já que aqui se admite a cobrança dos valores ora discutidos.

Mas, impõe fazer uma distinção aqui, tendo em vista que não se admite, pelos fundamentos tratados, qualquer forma de cobrança, mas apenas uma.

A cobrança de valores pagos a maior na via administrativa, nos termos do art. 115 da Lei 8.213/91, pode ocorrer e não é objeto desta ação.

A jurisprudência vem rechaçando o procedimento por vezes adotado pelo INSS no sentido de inscrever valores pagos a maior - no entender do Instituto - na dívida ativa da União, cobrando-os em execução fiscal. Isso já chegou a ser feito tanto para valores cobrados administrativamente como judicialmente, mas não foi aceito pelos Tribunais pátrios.

Quanto aos débitos decorrentes de decisões judiciais provisórias posteriormente revogadas, que são o objeto da lide, podem ser cobrados, como visto supra, mas não administrativamente pelo INSS. Precisam ser objeto de cobrança em juízo. Mas, não por meio de execução fiscal, nem por intermédio de uma nova ação de conhecimento.

Basta a liquidação do valor a ser reposto. E sua liquidação deverá ser feita nos próprios autos em que tratada a questão de mérito.

Prossigue Araken de Assis na obra supracitada (pg. 483): “Segundo prescreve o art. 302, parágrafo único, liquidar-se-á o dever de indenizar, sempre que possível, nos próprios autos”.

A liquidação nos próprios autos decorre do princípio do juiz natural.

O pagamento aqui tratado, como já exposto, decorre de obrigação *ope legis*, surgida como *efeito anexo da sentença* que revogou a tutela. Haverá liquidação da obrigação e posterior requerimento ao Juízo da reparação dos prejuízos.

Não há sentido possível em se admitir a propositura de nova demanda de conhecimento, para levar a um outro Juízo questão de mérito que decorreria da sentença condenatória anterior. Esse outro Juízo seria incompetente para analisar a extensão de efeitos primários, secundários ou anexos da sentença prolatada em feito diverso.

Propor nova ação perante outro Juízo retira do Juiz da causa, por exemplo, a possibilidade de decidir se houve ou não má-fé ou boa-fé, se os valores, no caso concreto, devem ser devolvidos e como se deverá fazer essa devolução. Essas questões devem ser discutidas caso a caso, e são questões eminentemente processuais ligadas ao feito em que se debateu o mérito da causa. É também por isso que se veda a inscrição desses valores na dívida ativa e sua cobrança por execução fiscal: exige-se que haja discussão sobre o mérito da devolução.

Somente o próprio Juízo que decidiu o mérito da ação poderá deliberar, no futuro, sobre

as obrigações, decorrentes da lei ou da sentença, surgidas após o transido em julgado da decisão.

A cobrança pode ocorrer - mas, somente, unicamente, exclusivamente, por meio de liquidação no processo judicial em que proferida a decisão posteriormente revogada.

Não importa que o juiz, na sentença, não tenha deliberado pela devolução. Repito transcrição supra de texto de Araken de Assis, no sentido de que a responsabilidade do art. 302 do NCPC “não necessita de pedido do autor, porque supérfluo nos casos de anexação de efeitos, nem sequer de disposição expressa na sentença”.

Concluindo, de acordo com exposto na fundamentação supra, verifica-se que a revogação da tutela antecipada, no CPC/73, ou das tutelas de urgência, nos termos do CPC/2015, em ações que versem sobre benefício previdenciário:

1) leva à obrigação de indenizar, nos termos do decidido pelo STJ no Recurso Especial nº 1.401.560/MT, decidido sob a sistemática dos recursos repetitivos - e o aqui decidido se vincula, necessariamente, ao pressuposto consistente naquele julgado.

2) a indenização decorre da própria revogação da tutela e dispensa a prolação de disposição específica a respeito na sentença ou no acórdão;

3) o pedido de liquidação para apuração dos danos e de restituição de valores somente pode ser levado ao mesmo órgão judiciário que proferiu a decisão anterior, nos próprios autos em que proferida a decisão.

Ante todo o exposto, aqui se reconhece que a cobrança dos valores em discussão é possível, mas não de qualquer modo.

O INSS não pode cobrá-los administrativamente; nem em nova ação judicial, de conhecimento ou de execução.

Somente pode dirigir o pedido de liquidação e cobrança dos valores nos próprios autos em que discutida a questão de mérito e prolatada a decisão de concessão e posterior revogação da tutela provisória ou liminar.

Deve, assim, ser reformada a r. sentença recorrida, pois a ação é parcialmente procedente, condenando-se o INSS a se abster de cobrar os débitos decorrentes de tutela provisória ou liminar posteriormente revogada em ação que verse sobre benefício previdenciário, pela via administrativa ou por nova ação judicial. Permanece a possibilidade de pedido de liquidação e cobrança dos valores nos próprios autos do processo em que prolatadas as decisões de concessão e revogação da tutela ou liminar, independente de determinação expressa do magistrado nesse sentido.

É, por outro lado, inviável a cobrança de valores quando se tratar de ação que verse sobre benefício assistencial, nos termos do distinguish constante da fundamentação supra. Nesse aspecto, procede o pedido.

DA INAPLICABILIDADE DO ART. 933, DO CPC/2015

No caso em tela, a despeito de se proferir decisão a partir de fundamentos diversos daqueles apresentados pelas partes ou considerados na r. sentença recorrida, verifico que não se aplica o disposto no art. 933, do CPC/2015, cuja dicção é a que segue:

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

Com efeito, o dispositivo legal impõe a intimação das partes para que se manifestem a

respeito de fato superveniente à decisão recorrida, ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada.

Tratando-se de excepcionalidade, deve ser interpretada restritivamente, abrangendo unicamente o fato novo e a matéria de ordem pública não apreciada.

Não se deve estender essa conduta, necessária ao Relator do processo, também para situações diversas.

É que ocorre nestes autos, onde se adota desdobramento diverso daqueles constantes na sentença ou nos recursos de apelação, mas não implicam em fato superveniente ou matéria de ordem pública, nem em questão nova não controvertida.

Ao contrário, trata-se de interpretar os mesmos fundamentos jurídicos e dispositivos legais trazidos pelas partes ao longo do processo, chegando-se a conclusão diversa.

Ou, diriam alguns, tratar-se-ia, unicamente, de exemplo que se amoldaria ao brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi jus*.

Nestes termos, não é o caso de aplicar o art. 933, do CPC/2015.

DA ABRAGÊNCIA DA COISA JULGADA

O MPF recorreu, pretendendo que os efeitos da decisão não se restrinjam à jurisdição do TRF da 3ª Região, passando a ter abrangência nacional.

A pretensão deduzida pelos autores da ação coletiva e, por consequência, a eficácia desta decisão, restringem-se ao âmbito territorial da *jurisdição deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, de acordo com o entendimento que, ainda que não seja consentâneo com o deste relator, é o atualmente consolidado no Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelo aresto abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CÔMPUTO DO TEMPO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE COMO PERÍODO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INTERCALADO COM PERÍODO DE EFETIVO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. EFEITOS ERGA OMNES LIMITADOS À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. Ação civil pública que tem como objetivo obrigar o INSS a computar, como período de carência, o tempo em que os segurados estão no gozo de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez).

(...)

6. *Prevalece nesta Corte o entendimento de que a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97.*

(...)

8. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, 6ª Turma, RESP 201303521752, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 16.10.2014, DJE 03.11.2014)

Deixo de formular condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 17 da Lei 7.347/95 e da sucumbência recíproca.

Em virtude da remessa oficial, reduzo a multa diária fixada na sentença em R\$ 3.000,00 (três mil reais), para o patamar de R\$ 100,00 (cem reais), para cada cobrança indevida.

Revogo a tutela antecipada concedida em primeiro grau.

Ante o exposto, *rejeito as preliminares, nego provimento às apelações e dou parcial provimento à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra*. Resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso do INSS.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0016271-12.2013.4.03.6143

(2013.61.43.016271-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: JOÃO JUSTINO DE ASSIS

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE LIMEIRA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe do Processo: AC 2190115

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/08/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACOLHIMENTO DOS CÁLCULOS ELABORADOS PELA CONTADORIA JUDICIAL EM VALOR SUPERIOR AO APRESENTADO PELA CONTA EMBARGADA. DECISÃO *ULTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO.

1. O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.
2. O fato de a conta do perito apresentar valor superior ao constante da conta embargada não impede a sua adoção, pois o que se pretende na fase executória é a concretização do direito reconhecido judicialmente, devendo, assim, a liquidação prosseguir pelo *quantum debeatur* que mais se adequa e traduz o determinado no título executivo.
3. Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. A Desembargadora Federal Marisa Santos com ressalva de entendimento pessoal.

São Paulo, 31 de julho de 2017.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de agravo interno oposto pela parte embargante, contra a decisão monocrática que deu provimento à apelação do exequente, para determinar o prosseguimento da execução pelos cálculos de liquidação apurados pela contadoria judicial, em que se apura o montante de R\$466.191,28 (quatrocentos e sessenta e seis mil, cento e noventa e um reais e vinte e oito centavos), atualizados para setembro de 2010 (fls. 68/72), mantendo, no mais, a douda sentença recorrida.

Em suas razões de inconformismo, aduz o agravante a ocorrência de julgamento *ultra petita*, por ter acolhido cálculo do contador superior ao apresentado pela parte credora.

Sem manifestação da parte agravada.

Às fls. 109/110 a parte embargada peticiona requerendo a expedição de ofício precatório para pagamento dos valores incontroversos.

Os autos vieram conclusos.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Não sendo o caso de retratação, levo o presente agravo interno a julgamento pela Turma, com inclusão em pauta.

Inicialmente, destaco que faço a reprodução da decisão agravada para dar aos meus pares ciência integral dos fundamentos que a embasaram.

A decisão recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

(...)

Vistos na forma do art. 932 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

No mais, tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

A necessidade de adequação da liquidação de sentença ao título executivo legitima o magistrado a determinação de que sejam conferidos e elaborados novos cálculos pela contadoria judicial, órgão auxiliar do juízo (artigo 524, §2º do CPC).

No caso, a contadoria judicial apresentou cálculos de liquidação no valor de R\$ 466.191,28 (quatrocentos e sessenta e seis mil, cento e noventa e um reais e vinte e oito centavos), atualizados para setembro de 2010 (fls. 68/72).

A r. sentença julgou improcedente os embargos e determinou o prosseguimento da execução pela conta embargada, no valor de R\$ 434.797,07 (quatrocentos e trinta e quatro mil, setecentos e noventa e sete reais e sete centavos), atualizada para setembro de 2010, deixando de acolher os cálculos do contador por serem em valores superiores ao apurado pelo exequente. Passo à análise.

O fato de a conta do perito apresentar valor superior ao constante da conta embargada não impede a sua adoção, pois o que se pretende na fase executória é a concretização do direito reconhecido judicialmente, devendo, assim, a liquidação prosseguir pelo *quantum debeatur* que mais se adequa e traduz o determinado no título executivo.

Inclusive, sobre a possibilidade de prosseguimento da execução por valor superior ao pleiteado pela parte exequente, há de se observar os seguintes julgados:

“AGRAVO (ART. 557 DO CPC). APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. SERVIDOR PÚBLICO. 28,86%. CÁLCULO DO CONTADOR SUPERIOR AO AFERIDO PELA PARTE EXEQUENTE. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. NÃO CONFIGURADO. OBSERVÂNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão da matéria já decidida.

2. Mantida a decisão agravada, porque seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

3. Agravo a que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, AC 0017251-64.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, julgado em 16/12/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/01/2015)

“AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS ELABORADOS PELO CONTADOR JUDICIAL EM VALOR SUPERIOR AO APRESENTADO PELO EXEQUENTE. NÃO CONFIGURADO JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Transitou em julgado decisão que reconheceu o direito da parte autora o direito à correção monetária de contas-poupança nos períodos de janeiro de 1989, abril e maio de 1990 (fls. 144; 148). A parte autora iniciou a execução de julgado apresentando cálculos no valor de R\$ 92.094,90 (fl 245). A CEF impugnou os cálculos, reconhecendo como devido o montante de R\$ 61.816,78 (fls. 316/318).

2. O juiz da causa ordenou a remessa dos autos ao Contador Judicial, que apurou o valor de R\$ 116.374,44 pois o autor deixou de incluir as despesas processuais, além de considerar a taxa de juros de 0,5% ao mês a partir da citação, quando o correto é 1% (fls. 348/357); essa foi a conta foi homologada.

3. Não merece acolhimento a tese deduzida na minuta do agravo (o acolhimento pela sentença de valor maior que o pleiteado em execução importa em sentença *ultra petita*, devendo ser limitada) porquanto diverge da posição dominante no STJ (AgRg no Ag 1088328/SP, REsp 974.242/RS, AgRg no REsp 1267465/PR, REsp 720462/PE).

4. Agravo improvido.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0010497-63.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 17/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/07/2014)

“PREVIDENCIÁRIO - PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO § 1º, DO ART. 557, DO C.P.C. - REVISÃO DE BENEFÍCIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÁLCULO DO CONTADOR JUDICIAL - VALOR SUPERIOR AO PLEITEADO NA EXECUÇÃO. JULGAMENTO *ULTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA.

I - A execução deve prosseguir na forma do cálculo elaborado pela contadoria judicial, ainda que seu valor seja superior ao montante que deu início à execução, haja vista que o cálculo embargado está em desacordo com os parâmetros fixados na decisão exequenda.

II - A adoção do cálculo da contadoria judicial não configura a hipótese de julgamento ‘ultra petita’, pois apenas se está adequando a conta de liquidação aos termos do título judicial em execução.

III - O próprio INSS, nos presentes embargos, apresentou cálculo de liquidação em que apurou o valor de R\$ 23.944,92, superior ao encontrado pelo embargado (R\$ 5.230,38), ainda que atualizado para uma data mais recente, o que configura o reconhecimento de que é devido ao autor crédito em valor superior ao fixado no início da execução.

IV - Agravo do INSS, previsto no art. 557, § 1º, do CPC, improvido.”

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC 0042877-79.1998.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 14/06/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/06/2011 PÁGINA: 3535)

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÁLCULOS ELABORADOS PELO CONTADOR JUDICIAL EM VALOR SUPERIOR AO APRESENTADO PELO EXEQUENTE. JULGAMENTO *ULTRA PETITA* NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.

1. O acolhimento dos cálculos elaborados por Contador Judicial em valor superior ao apresentado pelo exequente não configura julgamento *ultra petita*, uma vez que, ao adequar os cálculos aos parâmetros da sentença exequenda, garante a perfeita execução do julgado.

2. Agravo Regimental do INSS desprovido.”

AgRg no Ag 1088328 / SP. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 2008/0190779-4. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 22/06/2010. DJe 16/08/2010.

A conta de liquidação apresentada pelo perito judicial da primeira instância foi confeccionada em estrita observância ao determinado no título exequendo, a qual merece acolhida, ademais por ser equidistante quanto aos interesses das partes, não havendo óbice quanto à sua adoção o fato de apresentar valor superior ao pleiteado pelo exequente.

Sendo assim, a execução deve prosseguir pelo valor apurado pela contadoria judicial, em que se apura o montante de R\$ 466.191,28 (quatrocentos e sessenta e seis mil, cento e noventa e um reais e vinte e oito centavos), atualizado para setembro de 2010 (fls. 68/72), pois em consonância com o título exequendo.

Ante o exposto, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), dou provimento à apelação, para determinar o prosseguimento da execução pelos cálculos de liquidação apurados pela contadoria judicial, em que se apura o montante de R\$ 466.191,28 (quatrocentos e sessenta e seis mil, cento e noventa e um reais e vinte e oito centavos), atualizados para setembro de 2010 (fls. 68/72), mantendo, o mais, a douda decisão recorrida. Após as formalidades legais, transitada em julgado a presente decisão, baixem os autos à origem.

Intime-se.

CASO DOS AUTOS.

A decisão monocrática é um instrumento à disposição do relator, na busca pelo processo célere e racional e no interesse das partes, pois todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, e aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

É norma fundamental do atual Código de Processo Civil que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, norma esta perfeitamente atendida com a publicação da decisão monocrática, ora objeto deste agravo interno, bem como diante da oportunização ao agravado para sua manifestação.

De seu lado, o denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

DA FIXAÇÃO DE MULTA

Ressalto que o artigo 1.021, § 4º, do CPC estabelece que “quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa”.

No caso em espécie, não me parece que o presente agravo foi interposto com intuito meramente protelatório. Assim, apenas advirto a parte agravante da possibilidade de aplicação da mencionada multa, pelo órgão colegiado, quando o recurso for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente.

EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO DOS VALORES INCONTROVERSOS

Quanto ao pedido de expedição de precatório dos valores incontroversos não vejo óbice legal ao seu deferimento.

Senão vejamos.

Verifica-se dos autos que apenas a parte embargada interpôs recurso a esta e. Corte em face da sentença que julgou os embargos à execução.

Seu inconformismo decorre do fato da sentença ter dado como correta a conta elaborada pelo Contador Judicial, limitando-a, contudo, aos valores apresentados pela parte embargada.

Ao apreciar monocraticamente o recurso da parte embargada, dei provimento ao seu apelo para determinar o prosseguimento da execução pelos cálculos de liquidação apurados pela contadoria do juízo.

Desta forma, encontra-se pendente de discussão apenas o montante que ultrapassa o valor apontado na conta da parte embargada, sendo perfeitamente possível o prosseguimento da execução e levantamento dos valores incontroversos, a teor do disposto no artigo 535, § 4º do Código de Processo Civil/2015, *in verbis*: “Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento”.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo interno do INSS e *defiro o pedido da parte embargada* no tocante à expedição de requisitório dos valores incontroversos.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0009194-43.2016.4.03.0000

(2016.03.00.009194-1)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA - DÉCIMA TURMA

Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA - TERCEIRA SEÇÃO

Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Partes Rés: JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE PRESIDENTE EPITÁCIO - SP E JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PRESIDENTE EPITÁCIO - SP

Interessados: VALMIR ALVES PEREIRA E FRANCISCO NASCIMENTO SARAIVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: CC 20563

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2017

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ALTERAÇÃO DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. PRINCÍPIO DA “PERPETUATIO JURISDICTIONIS”.

I - Com a alteração do Regimento Interno desta Corte trazida pela Emenda Regimental nº 15/2016, a competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato de Juiz passou a ser das Turmas e não mais das Seções.

II - Hipótese em que, porém, o mandado de segurança foi impetrado antes da vigência da Emenda Regimental nº 15/2016.

III - Alteração da competência fundada em critério de conveniência, incidindo no caso o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, segundo o qual a competência é fixada no momento da propositura da ação, justificando-se o posterior deslocamento apenas nas hipóteses de supressão do órgão jurisdicional originário ou alteração da competência absoluta. Inteligência do art. 87 do CPC/73.

IV - Conflito de competência julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar procedente o conflito para declarar a competência do Desembargador Federal suscitado, integrante da Terceira Seção desta Corte, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de maio de 2017.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Des. Fed. Baptista Pereira, integrante da Décima Turma, em face do Des. Fed. Newton de Lucca, integrante da Terceira

Seção, estabelecido em mandado de segurança impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de decisão proferida pelo Juizado Especial Cível e Criminal de Presidente Epitácio/SP através da qual foi determinado que o INSS descontasse mensalmente R\$ 150,00 do benefício previdenciário de Francisco Nascimento Saraiva e depositasse em conta bancária de Valmir Alves Pereira.

Foi designado o suscitado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O Ministério Público Federal opina pela procedência do conflito, declarando-se a competência da Terceira Seção.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

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

Ao início, observo que, em face do mandado de segurança objeto do presente conflito, foi anteriormente suscitado conflito de competência (CC 0009742-05.2015.4.03.0000) pelo Des. Fed. Newton de Lucca, integrante da Terceira Seção, em face do Juiz Federal Convocado Marcio Mesquita, integrante da Primeira Seção, conflito este que será levado a julgamento na presente sessão.

Isto estabelecido, passo à análise do presente feito.

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Des. Fed. Baptista Pereira, integrante da Décima Turma, em face do Des. Fed. Newton de Lucca, integrante da Terceira Seção.

A ação de mandado de segurança foi inicialmente distribuída ao Des. Fed. Newton de Lucca, integrante da Terceira Seção, que, após decisão proferida no CC 0009742-05.2015.4.03.0000 designando-o para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes, proferiu decisão determinando a redistribuição do feito em razão da nova redação dada ao art. 13, IV do Regimento Interno desta Corte, que prevê a competência das Turmas para o processo e julgamento de mandado de segurança contra atos de Juízes.

Redistribuído o feito ao Des. Fed. Baptista Pereira, foi suscitado o presente conflito nos seguintes termos:

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Presidente Epitácio/SP, que determinou ao impetrante que proceda ao desconto de RS 150,00, em dez parcelas mensais, do benefício previdenciário recebido por Francisco Nascimento Saraiva, a ser depositado em favor do credor, Valmir Alves Pereira.

O *mandamus* foi distribuído originariamente ao e. Desembargador Federal Hélio Nogueira, tendo como órgão julgador a Primeira Seção. O referido magistrado declinou da competência e determinou a redistribuição do feito a um dos Desembargadores Federais integrantes da Terceira Seção desta Corte.

Ato contínuo o mandado de segurança foi redistribuído, tendo como órgão julgador a Terceira Seção, ao e. Desembargador Federal Newton de Lucca que, por sua vez, suscitou o conflito de competência nº 0009742-05.2015.4.03.0000 com fundamento de que a matéria objeto do writ está inserida na competência da Primeira Seção.

Ainda que o referido conflito de competência esteja pendente de solução, pois, até o presente

momento, não há certeza de que a competência para o julgamento seja da primeira ou da terceira seção sobreveio uma nova questão a ser dirimida para que seja apurado o órgão julgador. Isto porque o e. Desembargador Federal Newton de Lucca, designado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes, determinou a livre redistribuição do feito, com fundamento no Art. 13, V, do RI desta Corte, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 15 de 9.03.2016, a um dos Desembargadores Federais dos órgãos fracionários da Terceira Seção. Neste passo os autos foram distribuídos à minha relatoria tendo como órgão julgador a Décima Turma e não mais a Terceira Seção.

Ocorre que, no caso concreto, o presente *mandamus* foi distribuído em 18.11.2014, portanto, antes da Emenda Regimental nº 15 de 09.03.2016, que fixou a competência das turmas para o processamento de mandado de segurança.

Nestes termos, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictiones*, expresso no Art. 43 do CPC, a competência é determinada “no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta”. Ressalto que a alteração de competência para o julgamento de mandado de segurança das seções para as turmas não está fundada em lei, mas sim em critério de conveniência e oportunidade da Administração Pública baseado na experiência cotidiana quanto a inconveniência advinda da tramitação dos recursos e da ação de mandado de segurança contra atos judiciais emanados de um mesmo processo em órgãos fracionários distintos.

É o que se vê expressamente no voto do e. Desembargador Federal Nelton dos Santos no PA nº 0006117-82.2016.4.03.8000 em que foi aprovada a Emenda Regimental nº 15:

“1) Como se sabe, atualmente o inciso VIII do artigo 12 do Regimento Interno atribui às Seções o processamento e o julgamento dos mandados de segurança impetrados contra atos de juízes federais. Tal disposição regimental segue o disposto nos artigos 89, § 5º, alínea ‘d’, e 101, § 3º, alínea ‘d’, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Ocorre que o artigo 96, inciso I, alínea ‘a’, da Constituição Federal dispõe que compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Nesse contexto, é dado afirmar que aquelas disposições da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não foram recepcionadas pela Lex Magna de 1988, que, repita-se, conferiu privativamente aos tribunais, por meio de seus regimentos internos e observadas as normas de processo e as garantias processuais das partes, a distribuição de sua competência.

A manutenção do inciso VIII do artigo 12 do regimento, portanto, não se justifica, mormente quando se colhe, da experiência do cotidiano, a inconveniência de tramitarem perante órgãos fracionários distintos os recursos e a ação de mandado de segurança contra atos judiciais emanados de um mesmo processo.

Assim, a Comissão sugere que o processamento e o julgamento dos mandados de segurança contra atos de juízes passem à competência das Turmas. Para tanto, propõe-se a revogação do inciso VIII do artigo 12 e o acréscimo de mais um inciso ao artigo 13, *verbis*:

‘Art. 13. Às Turmas compete processar e julgar, dentro da respectiva área de especialização: (...)

IV - os mandados de segurança contra atos de Juízes’.”

Destarte, não sendo caso de supressão de órgão e nem tampouco de incompetência absoluta, tenho que o órgão colegiado competente para o julgamento do presente mandado de segurança segue sendo a Terceira Seção ou a Primeira Seção, conforme o julgamento do Conflito de Competência nº 2015.03.00.009742-2.

Ante o exposto, suscito novo conflito de competência a ser dirimido pelo E. Órgão Especial, pelos fundamentos supra.

A discussão posta no presente conflito cinge-se à aplicação do princípio da “perpetuatio iurisdictionis”.

Ao tempo da impetração do mandado de segurança estava em vigor o art. 12, VII do Regimento Interno desta Corte que assim prevê:

Art. 12 - Compete às Seções processar e julgar:

(...)

VII - os mandados de segurança contra atos de Juízes Federais.

Através da Emenda Regimental nº 15, disponibilizada no DE JF3R de 16.03.2016, edição nº 50/2016, págs. 08/11, o Regimento Interno desta Corte foi alterado e a competência para processar e julgar os mandados de segurança contra ato de Juiz passou a ser das Turmas, nos termos do art. 13, IV, “in verbis”:

Art. 13 - Às Turmas compete processar e julgar, dentro da respectiva área de especialização:
(...)

IV - os mandados de segurança contra atos de Juízes;

Dispõe o artigo 87 do CPC/73, vigente ao tempo da distribuição do mandado de segurança, “in verbis”:

Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Segundo o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a competência é fixada no momento da propositura da ação, justificando-se o posterior deslocamento apenas nas hipóteses de supressão do órgão jurisdicional originário ou alteração da competência conforme a ressalva legal, o que não se verifica no caso em tela.

Com efeito, a alteração da competência para julgamento de mandado de segurança contra ato de Juiz está fundada em critério de conveniência do Tribunal ao estabelecer a competência de seus órgãos fracionários. É o que se depreende do Ofício nº 01/2016 - CRI (Comissão de Regimento Interno), documento apresentado no PA nº 0006117-82.2016.4.03.8000, em que foi aprovada a Emenda Regimental nº 15:

1) Como se sabe, atualmente o inciso VIII do artigo 12 do Regimento Interno atribui às Seções o processamento e o julgamento dos mandados de segurança impetrados contra atos de juízes federais. Tal disposição regimental segue o disposto nos artigos 89, § 5º, alínea “d”, e 101, § 3º, alínea “d”, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Ocorre que o artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal dispõe que compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Nesse contexto, é dado afirmar que aquelas disposições da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não foram recepcionadas pela Lex Magna de 1988, que, repita-se, conferiu privativamente aos tribunais, por meio de seus regimentos internos e observadas as normas de processo e as garantias processuais das partes, a distribuição de sua competência.

A manutenção do inciso VIII do artigo 12 do regimento, portanto, não se justifica, mormente quando se colhe, da experiência do cotidiano, a inconveniência de tramitarem perante órgãos

fracionários distintos os recursos e a ação de mandado de segurança contra atos judiciais emanados de um mesmo processo.

Assim, a Comissão sugere que o processamento e o julgamento dos mandados de segurança contra atos de juízes passem à competência das Turmas. Para tanto, propõe-se a revogação do inciso VIII do artigo 12 e o acréscimo de mais um inciso ao artigo 13, verbis:

“Art. 13. Às Turmas compete processar e julgar, dentro da respectiva área de especialização: (...)

IV - os mandados de segurança contra atos de Juízes”.

Por outro lado, observo que o item IV da Emenda Regimental nº 15/2016 assim prevê:

IV - Esta Emenda Regimental entrará em vigor simultaneamente com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, *sem prejuízo da manutenção das atuais disposições regimentais para a aplicação que se fizer necessária, na conformidade das regras de direito processual intertemporal.*

Verifica-se, portanto, que a própria Emenda previu a manutenção das normas então vigentes do Regimento Interno desta Corte até sua entrada em vigor, de forma que a competência estabelecida pelos critérios anteriores à sua vigência deve ser mantida.

Por estes fundamentos, julgo procedente o conflito para declarar a competência do Desembargador Federal suscitado, integrante da Terceira Seção desta Corte.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RESTAURAÇÃO DE AUTOS CÍVEL

0010061-36.2016.4.03.0000

(2016.03.00.010061-9)

Parte Autora: MARIO DE SOUSA DA ENCARNAÇÃO

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI

Classe do Processo: RA 95

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. EXTRAVIO. PEÇAS ESSENCIAIS REPRODUZIDAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO.

- A Subsecretaria da Nona Turma comunicou o extravio dos autos da ação movida por MARIO DE SOUSA DA ENCARNAÇÃO em face do INSS, distribuído originariamente à 2ª Vara Federal de Santo André/SP (feito nº 0000753-38.2010.403.6126).

- Partes e Ministério Público Federal não opuseram impugnação.

- Reproduzidas as peças essenciais ao deslinde da causa.

- Autos em termos para julgamento, na conformidade com o disposto no artigo 716, *caput*, do CPC/2015, e do artigo 305, *caput*, do Regimento Interno desta Corte Regional. Precedentes.

- Não identificado o responsável pelo extravio e não vislumbrada a ocorrência de desídia ou má fé, em prejuízo da imposição da obrigação de arcar com as despesas da reconstituição, de eventual responsabilização cível e criminal previstas no artigo 304 do Regimento Interno desta Corte, bem como da instauração de sindicância nos termos do artigo 204, "a", do Provimento CORE nº 64/2005.

- Autos julgados restaurados.

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, julgar restaurados os autos ação previdenciária nº 0000753-38.2010.403.6126, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2017.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Trata-se de incidente de restauração dos autos, instaurado por determinação desta relatora, alusivo à ação previdenciária nº 0000753-38.2010.403.6126, ajuizada por MARIO DE SOUZA ENCARNAÇÃO contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que tramitou, originariamente, perante a 2ª Vara Federal de Santo André/SP.

Instados a se manifestarem, tanto as partes como o Ministério Público Federal não

opuseram impugnação.

Realizadas as diligências cabíveis em ambas as instâncias, encontram-se os autos em termos para julgamento, em conformidade com o disposto no artigo 303 do RITRF-3ªReg.

Em síntese, o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Em 31/05/2016, a Subsecretaria da Nona Turma deste Sodalício participou o extravio dos autos versados da presente restauração, *in verbis*:

Cumpre-me, respeitosamente, informar a V. Exa. que, ao dar sequência à meta estabelecida por este Gabinete quanto ao encaminhamento para conclusão dos processos com data de distribuição mais antiga, constatou-se o extravio dos autos de Apelação Cível nº 2010.61.26.000753-0, autuados em 16/08/2011, os quais se encontram formalmente nesta Subsecretaria, conforme consulta de movimentação processual junto ao sistema SIAPRO.

Outrossim, informo que as buscas internas realizadas repetidas vezes, com o deslocamento de cada processo pendente de julgamento e a mobilização de todos os servidores desta Subsecretaria, restaram infrutíferas, assim como não se logrou localizar o referido processo nas demais Subsecretarias do Tribunal ou nos Gabinetes dos demais Desembargadores Federais que a integram.

Informo, por fim, que o acervo pertencente ao Gabinete do Desembargador Federal Souza Ribeiro (relator do feito), foi redistribuído em dezembro de 2015 ao Desembargador Federal Carlos Delgado e, em janeiro de 2016, ao Gabinete da Desembargadora Federal Ana Pezarini. Assim sendo, esgotados todos os meios de possível solução administrativa, consulto V. Exa. sobre como proceder, já juntando aos autos cópia da decisão monocrática terminativa proferida, bem como cópia do agravo legal, obtida junto ao i. patrono da parte, Dr. Fernando Gonçalves Dias.

Com base nessas informações, esta relatora impôs a instauração do procedimento com vistas à devida restauração, nos termos dos artigos 301 do Regimento Interno desta Corte Regional e 712, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, por despacho exarado na mesma data (fls. 02/03), com o seguinte teor:

À vista das informações prestadas pela Diretora de Subsecretaria da Nona Turma, noticiando o extravio dos autos do processo nº 0000753-38.2010.403.6126, nos termos do artigo 301 do Regimento Interno deste Tribunal e do artigo 712, *caput*, do Código de Processo Civil, determino a instauração de procedimento de restauração do referido feito.

Infere-se das informações coligidas tratar-se de ação ajuizada por MARIO DE SOUSA ENCARNÇÃO em face do INSS, visando o reconhecimento de tempo de trabalho em condições especiais no período de 06/03/1997 a 18/06/2008, conversão dos períodos de 08/05/1979 a 18/12/1981, 02/08/1982 a 14/08/1984 e 01/11/1984 a 27/01/1987, de trabalho comum em especial pelo fator de 0,83%, além da conversão de sua aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial. Subsidiariamente requereu a conversão do lapso especial em comum, bem como a revisão da aposentadoria por tempo de contribuição com majoração da RMI.

O processo foi distribuído à 2ª Vara Federal de Santo André/SP. A sentença prolatada julgou improcedentes os pedidos.

A Subsecretaria diligenciou a juntada de cópia da decisão monocrática de 20/10/2015, pela qual o Desembargador Federal Souza Ribeiro deu parcial provimento à apelação da parte autora para determinar o recálculo do benefício com majoração da RMI, desde o seu início. Também foi juntada cópia da petição de Agravo Legal da parte autora, datada de 01/12/2015, fornecida pelo respectivo advogado. Note-se que referida peça processual encontra-se sem assinatura e sem protocolo de interposição, em prejuízo da aferição de sua autenticidade e tempestividade.

Diante disso, remeta-se o expediente a Subsecretaria para as seguintes providências:

- 1 - diligenciar junto a UFOR a distribuição por dependência ao feito originário, com a classe processual RESTAURAÇÃO DE AUTOS;
- 2 - juntada de certidão de publicação da decisão monocrática de 20/10/2015;
- 3 - intimação do(s) advogado(s) da parte autora para apresentar(em) cópia da petição de interposição do Agravo Legal devidamente assinada e protocolizada.

Após, dê-se ciência ao INSS e ao Ministério Público Federal acerca da restauração de autos. Em seguida, tendo em vista o disposto no artigo 717, § 1º, do novo Código de Processo Civil, remetam-se os autos ao juízo de origem, 2ª Vara Federal de Santo André/SP, a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis para restauração dos atos praticados em primeira instância. Comunique-se a egrégia Presidência deste Tribunal, encaminhando-se cópia deste despacho.

Em cumprimento, a Subsecretaria providenciou, junto à UFOR, a distribuição por dependência aos autos da ação extraviada, bem como expediu ofício no intuito de comunicar a Presidência deste Tribunal acerca da instauração do procedimento, além de intimar o advogado da parte autora para juntada de cópia da petição de agravo legal.

Remetidos estes autos à 2ª Vara Federal de Santo André, a MMª Juíza ordenou a instauração de novo procedimento para restauração dos atos praticados em primeira instância, dando origem ao feito nº 0004276-48.2016.403.6126. Determinou, outrossim, a intimação das partes para fornecerem todas as cópias de peças processuais em seu poder para serem entranhadas juntamente com os atos processuais extraídos do sistema processual e dos livros de registros daquele juízo (fl. 79).

Intimado, o advogado da parte autora, com a petição protocolada em 25/07/2016, sob nº 2016.610500040931-1, requereu a juntada das seguintes peças: petição inicial, cópia dos documentos instrutórios da exordial, manifestação de especificação de provas, petição de agravo de instrumento contra decisão indeferitória do pedido de prova pericial, petição informativa dos efeitos em que foi recebido o agravo, petição de apelação, petição de agravo regimental e pesquisas de andamentos processuais em 1ª e 2ª instâncias (fls. 45/46).

Ocorre que, dentre as peças processuais mencionadas, somente foi efetivamente colacionada cópia do agravo legal tirado de decisão monocrática que deu parcial provimento ao apelo autoral para reconhecer a especialidade do labor exercido entre 06/03/1997 e 18/06/2008 (fls. 54/59). Ainda assim, sem assinatura e sem protocolo.

Por sua vez, o INSS requereu a juntada das peças encontradas no arquivo da respectiva Procuradoria (fl. 67), sendo acostadas as seguintes cópias: da exordial (fls. 70/89 - sem protocolo de distribuição e assinatura), da procuração outorgada pelo autor a seus advogados (fl. 90), da declaração de pobreza firmada pelo autor (fl. 91), de documento pessoal do autor (fl. 92), de comprovante de endereço do autor (fl. 93), da carta de concessão e memória de cálculo do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição concedido ao autor (fl. 94), da análise e decisão técnica de atividade especial (fls. 95/96), da CTPS do autor (fls. 97/104), do formulário SB-40 (fl. 95), do laudo pericial de ruído ambiental (fl. 96), do PPP (fls. 107/108), de consultas de andamento processual (fls. 109/111, 113, 118/120, 123/124, 131, 133/135, 141 e 148), do

mandado de citação (fl. 112), da contestação (fls. 114/117 - protocolizada em 26/05/2010 sob nº 2010.260015564-1), da petição de especificação de provas do autor (fls. 121/122 - sem protocolo e assinatura), da petição de agravo de instrumento interposto pelo autor (fls. 125/130 - sem protocolo e assinatura), da petição do autor comunicando a indeferimento do efeito suspensivo ao agravo (fl. 132 - sem protocolo e assinatura), da sentença (fls. 136/140) e da petição de interposição de apelação pelo autor (fls. 142/147 - sem protocolo e assinatura).

Pelo despacho exarado em 09/09/2016 (fl. 149), a MM^a Juíza determinou nova intimação do patrono da parte autora, para juntada de cópias das peças referidas na petição de fls. 45/46, tendo em vista que aquelas apresentadas não são cópias das peças originais, mas sim novos impressos. Além disso, determinou a juntada da petição protocolizada sob nº 2010020025156-001/2010, possivelmente correspondente à réplica.

Em atendimento, o advogado do autor peticionou a fl. 151, requerendo a juntada das primeiras folhas das seguintes peças, devidamente protocolizadas: inicial, réplica, petição de especificação de provas, petição de interposição de agravo de instrumento neste Tribunal, comprovante de situação cadastral do CPF do autor, comunicação dos efeitos do recebimento do agravo, apelação e agravo legal (fls. 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159 e 160, respectivamente).

A decisão de fl. 163 determinou o encaminhamento dos autos da restauração em primeira instância a este Tribunal.

Conforme certidão lançada a fl. 163v, o procedimento de primeira instância, feito nº 0004276-48.2016.403.6126, foi coligido a estes autos (fls. 36/163).

Na sequência, a Subsecretaria procedeu à nova juntada da decisão monocrática de 20/10/2015, que deu parcial provimento ao apelo da parte autora (fls. 164/169), da certidão de publicação daquele *decisum* (fl. 170) e da petição de interposição de agravo legal pelo demandante (fls. 171/175).

Pelo despacho de fl. 177, foi determinada a juntada da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 0000722-29.2011.403.0000 e da respectiva certidão de trânsito em julgado. Também foi ordenada a abertura de vista ao INSS, com vistas à juntada de cópia das contrarrazões de apelação da ação originária.

Contudo, a autarquia informou que não localizou cópia da referida peça processual.

Assim, esgotadas as diligências possíveis, reproduziram-se os elementos essenciais para o deslinde da causa, possibilitando o prosseguimento do processo originário em seus devidos termos, na conformidade com o disposto no artigo 716, *caput*, do CPC/2015 e do artigo 305, *caput*, do Regimento Interno desta Corte Regional.

Nesse sentido, os seguintes julgados deste e. Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXTRA-VIO. ELEMENTOS FORNECIDOS PELAS PARTES QUE AUTORIZAM O PROSSEGUIMENTO DO FEITO ORIGINÁRIO. PROCEDÊNCIA.

1. Tendo sido reunidos elementos suficientes para a continuidade do feito originário extraviado, cumpre julgar procedente a restauração de autos, prosseguindo-se o processo nos seus termos, em conformidade com o art. 1.067 do Código de Processo Civil e do art. 305, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3^a Região, sem prejuízo da comunicação à OAB quanto ao fato, para as providências de sua competência, consoante estabelecido pelo Provimento nº 64, de 28.04.05, da Corregedoria Geral, art. 204, b e c.

2. Restauração de autos procedente.

(Quinta Turma - RA 00237912220134030000 - RA - RESTAURAÇÃO DE AUTOS CÍVEL - 55, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, v.u., e-DJF3 Judicial 1: 13/12/2013).

PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. EXTRAVIO. ELEMENTOS FORNECIDOS PELAS PARTES QUE AUTORIZAM O PROSSEGUIMENTO DO FEITO ORIGINÁRIO. PROCEDÊNCIA.

01. Foram colacionadas cópias das principais peças e decisões que instruíam os feitos de origem, sendo suficientes ao processamento dos autos originários. Diante da ausência de contestação das partes, regularmente intimadas, merecem ser julgados restaurados o processo nº 2007.61.00.024934-4 e seu apenso nº 0020065-20.2006.4.03.6100.

02. Restauração de autos julgada procedente.

(Quinta Turma - RA 0021331-28.2014.403.0000 - RA - RESTAURAÇÃO DE AUTOS CÍVEL - 72, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, v.u., e-DJF3 judicial 1: 05/07/2016).

RESTAURAÇÃO DE AUTOS. EXISTÊNCIA DE CÓPIA INTEGRAL DIGITALIZADA. INEXISTÊNCIA DE OPOSIÇÃO DAS PARTES ACERCA DO PROCEDIMENTO DE RESTAURAÇÃO. PROCESSO JULGADO RESTAURADO.

1 - O processo roubado fora encaminhado ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, que havia procedido à integral digitalização dos autos.

2 - As partes não se opuseram à restauração dos autos. 3 - Processo nº 2010.61.19.002502-0 julgado restaurado.

(Sétima Turma - RA 0006144-43.2015.403.0000 - RA - RESTAURAÇÃO DE AUTOS CÍVEL - 82, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, v.u., e-DJF3 Judicial 1: 25/11/2016).

De outro lado, não se logrou identificar o responsável pelo extravio da ação originária, bem como não se vislumbra a ocorrência de desídia ou má fé, em prejuízo da imposição da obrigação de arcar com as despesas da reconstituição, de eventual responsabilização cível e criminal previstas no artigo 304 do Regimento Interno desta Corte, bem como da instauração de sindicância nos termos do artigo 204, "a", do Provimento CORE nº 64/2005.

Diante do exposto, de rigor julgar restaurados os autos da ação movida por MARIO DE SOUSA DA ENCARNAÇÃO em face do INSS, distribuído originariamente à 2ª Vara Federal de Santo André/SP, feito nº 0000753-38.2010.403.6126.

Intimem-se as partes.

Comunique-se à Presidência deste Tribunal.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, adote, a Subsecretaria, as medidas cabíveis junto a UFOR para que estes autos recebam a numeração da ação originária (000753-38.2010.403.6126), nos termos do artigo 203, § 1º, do Provimento CORE nº 64/2005.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0000426-94.2017.4.03.0000

(2017.03.00.000426-0)

Agravante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT

Agravada: NEILA NIELA DA SILVA

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: AI 593520

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. MEIOS DE DESOCUPAÇÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA DOS OCUPANTES. RESPONSABILIDADE DO ÓRGÃO PÚBLICO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A pretensão da parte agravante, embora resida essencialmente no princípio processual da coisa julgada, atenta contra à dignidade da pessoa humana.

2. Com efeito, não obstante a sentença tenha condenado a ré “a promover a demolição da respectiva construção irregular, no prazo de 60 (sessenta dias), removendo todos os detritos do local às suas custas”, também consta do julgado que “Em caso de não cumprimento da demolição e remoção dos detritos pelo réu, fica autorizado o autor DNIT a proceder aos atos necessários para a demolição e remoção dos detritos, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados, assumindo o ônus processual de sua inércia, inclusive o arquivamento do feito”, razão pela qual não há de se falar em violação à coisa julgada.

3. De outro lado, o uso de força policial no caso dos autos é medida de extrema desproporcionalidade, considerando a situação de hipossuficiência e vulnerabilidade social na qual se encontra os agravados e tendo em vista a possibilidade da parte agravante adotar meios menos prejudiciais aos moradores, consistente na disponibilização de veículos, pessoal e intermediação com entidade de assistência social para a remoção dos bens e das pessoas ocupantes do imóvel em questão, tal como determinado na r. decisão agravada.

4. Agravo de instrumento 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 maioria, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo Des. Fed. Hélio Nogueira, vencido o Des. Fed. Wilson Zauhy que lhe dava provimento. Fará declaração de voto o Des. Fed. Wilson Zauhy.

São Paulo, 13 de junho de 2017.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, contra decisão que, em sede de ação de reintegração de posse, indeferiu a requisição de força policial para forçar a imediata demolição da atual moradia da parte ré.

Alega a parte agravante, em síntese, que a ação de reintegração de posse cumulada com pedido de demolição por ela ajuizada foi julgada procedente. Com o trânsito em julgado da decisão, iniciou-se o cumprimento de sentença, com a intimação do réu para cumprimento do julgado; contudo, com a inércia do executado, foi expedido mandado de reintegração de posse e demolição, que não foi cumprido “em virtude do imóvel ‘estar ocupado por pessoas em estado de vulnerabilidade social com crianças pequenas, desempregados e sem condições de conseguirem outro lugar para morar, sendo necessária a intervenção do poder público’ (certidão de fl. 62)”. Neste contexto, requereu a intimação do executado para remover pessoas e objetos com a finalidade de que o DNIT realizasse a demolição em 07/12/2016, o qual foi indeferido na r. decisão agravada.

A agravante defende que a r. decisão agravada viola a coisa julgada, “uma vez que a parte ré foi condenada a sair/demolir às suas expensas”, bem como a inexistência de obrigação do DNIT em remover objetos e pessoas no caso de desocupação da faixa de domínio e área non aedificandi, pois “não integra a missão institucional do DNIT o reassentamento de ocupantes irregulares (...), razão pela qual não possui rubrica orçamentária para tal fim”. Ademais, argumenta que o direito de moradia é uma norma programática, não podendo ser utilizado de escudo para a prática de atividades ilícitas.

Por fim, aduz que “É evidente que a decisão recorrida é suscetível de causar à parte exequente lesão grave e de difícil reparação, eis que, a existência de construções na faixa de domínio/área non aedificandi configura perigo de dano irreparável ou de difícil reparação na hipótese concreta, tem por objetivo justamente resguardar a integridade física dos moradores lindeiros e dos usuários da rodovia. Ademais, o perigo de dano irreparável se justifica também em razão da responsabilidade sobre os danos causados a terceiros”.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido.

A parte agravada não apresentou contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

Ao analisar o pedido de concessão de efeito suspensivo, foi proferida a seguinte decisão:

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a antecipação da tutela recursal, à míngua de perigo de dano ou de risco do resultado útil do processo.

Por outro lado, a princípio, não verifico elementos nos autos para a modificação da r. decisão agravada, haja vista que a pretensão da parte agravante, embora resida essencialmente no princípio processual da coisa julgada, atenta contra à dignidade da pessoa humana, considerando a certidão do oficial de justiça informando que “não foi possível proceder à demolição,

vez que a parte autora não providenciou os meios necessários, também pelo fato de imóvel estar ocupado por pessoas em estado de ‘vulnerabilidade social’, com crianças pequenas, desempregados e sem condições de conseguirem outro lugar para morar, sendo necessária a intervenção do poder público” (fl. 88).

Com tais considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Assim sendo, em nova análise, este Relator confirma o acerto da r. decisão monocrática, que apreciou o mérito do agravo de instrumento.

Com efeito, não obstante a sentença tenha condenado a ré “a promover a demolição da respectiva construção irregular, no prazo de 60 (sessenta dias), removendo todos os detritos do local às suas custas”, também consta do julgado que “Em caso de não cumprimento da demolição e remoção dos detritos pelo réu, fica autorizado o autor DNIT a proceder aos atos necessários para a demolição e remoção dos detritos, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados, assumindo o ônus processual de sua inércia, inclusive o arquivamento do feito”, razão pela qual não há de se falar em violação à coisa julgada.

De outro lado, o uso de força policial no caso dos autos é medida de extrema desproporcionalidade, considerando a situação de hipossuficiência e vulnerabilidade social na qual se encontra os agravados e tendo em vista a possibilidade da parte agravante adotar meios menos prejudiciais aos moradores, consistente na disponibilização de veículos, pessoal e intermediação com entidade de assistência social para a remoção dos bens e das pessoas ocupantes do imóvel em questão, tal como determinado na r. decisão agravada.

Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM FAVOR DO DNIT, COM TRÂNSITO EM JULGADO. DESOCUPAÇÃO DA ÁREA. MEIOS DE REMOÇÃO (CAMINHÕES E PESSOAL) POR CONTA DO AGRAVANTE. HIPOSSUFICIÊNCIA DOS MORADORES. RAZOABILIDADE DA DECISÃO.

1. Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, interposto contra decisão que, nos autos do Processo nº 000568-82.2008.4.05.8302, rejeitou os embargos declaratórios, confirmando, pois, a decisão anterior que determinara que a agravante devesse providenciar os meios necessários para o transporte dos bens dos agravados, já que estes não possuem condição financeira para tanto.

2. A parte dispositiva da sentença assim se houve: “[...] resolvo o processo com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC), julgando procedente o pedido de reintegração de posse e consequente demolição das construções e outras acessões realizadas pelos réus a qual deverá ser realizada pela autora e somente após a desocupação do imóvel invadido.”

3. *A coisa julgada ocorreu apenas em relação à determinação de demolição, não abrangendo, portanto, o modo de remoção dos bens. Deste modo, perfeitamente possível o exame dos meios de remoção pelo juiz da execução.*

4. A condição precária dos ocupantes da área em questão (Km 128+500 LTCR - Rua José Vieira, Boa Vista, Caruaru/PE) está plenamente demonstrada nas peças que compõem o processo originário, dentre as quais destaco as fotografias do local e a perícia realizada por vistor oficial. 5. Das fotografias acostadas, verifica-se que as construções não são recentes, notadamente pela quantidade de moradias edificadas no local, algumas delas construídas com disposição semelhantes à bairros.

6. *A despeito do esbulho possessório em área não edificante, já reconhecido por sentença transitada em julgado, não pode o DNIT se eximir da responsabilidade decorrente da sua inércia, que acarretou a ocupação do local, com grande número de moradias, pois, a simples “demolição”, de forma inexorável, acarretaria uma convulsão social de considerável dimensão.*

7. A razoabilidade deve preponderar no sentido de manter a decisão agravada, no quanto determinou ao ora agravante a disponibilização dos “meios de remoção (caminhões e pessoal) dos bens das pessoas ocupantes da área por ocasião da efetivação da medida”,

8. Esclareça-se, que o custeio do transporte dos ocupantes do local, como forma de viabilizar a desocupação e consequente demolição das construções irregulares, não significa o depósito dos bens, como assim entendeu o DNIT. A decisão agravada, não fala em depósito, mas apenas em transporte.

9. Esta medida, que consiste na remoção dos bens das pessoas ocupantes da área, inclusive, é de interesse do DNIT, no quanto vai afastar novos invasores do local.

10. Por outro lado, a operacionalização do transporte, fica à cargo do DNIT, que deve agir com razoabilidade no tocante ao prazo para que as famílias se preparem para a desocupação e ao local a ser transportados os bens, com efetiva comunicação das providências ao juízo de origem.

11. Agravo de instrumento improvido. Prejudicado o pedido de reconsideração.

(TRF5, AG 00001966620154050000, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, DJe 19/03/2015)

Sendo assim, deve ser mantida, na íntegra, a r. decisão recorrida.

Diante do exposto, mantenho a decisão acima transcrita e, por isto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY:

Peço vênia para divergir do e. Relator.

Trata-se de agravo de instrumento agilizado pelo DNIT em face de decisão que, em sede de cumprimento de sentença, indeferiu o seu pedido de intimação da executada para a remoção de pessoas e objetos do imóvel e o pleito de requisição de auxílio policial para garantir o cumprimento do julgado.

Observo que a decisão agravada constatou a necessidade de o DNIT providenciar os meios necessários à assistência social ao hipossuficiente, impondo-lhe o ônus de providenciar veículos, pessoal e intermediação por entidade de assistência social para a remoção de pessoas e bens (fls. 91/95).

Atento para que o feito de origem trata de ação de *demolição* de imóvel, a qual restou julgada procedente com a condenação da parte ré “a promover a demolição da respectiva construção irregular, no prazo de 60 (sessenta dias), removendo todos os detritos do local às suas custas. *Em caso de não cumprimento da demolição e remoção dos detritos pelo réu, fica autorizado o autor DNIT a proceder aos atos necessários para a demolição e remoção dos detritos*, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados, assumindo o ônus processual de sua inércia, inclusive o arquivamento do feito.” (fls. 64/69).

Posta a situação fático-processual, tenho que, sagrando-se vencedora na ação de origem, tem a parte autora (DNIT) o direito de executar a sentença, ultimando a demolição das edificações tidas por indevidamente construídas.

Entendo que o acolhimento da ponderação acerca da vulnerabilidade social e da hipossuficiência da parte ré, o que resvala na questão da dignidade da pessoa humana, implicaria,

em análise última, na própria negativa da prestação jurisdicional no caso presente, com o aviltamento da coisa julgada, que se tornaria inexecutível em razão da condição pouco favorecida dos demandados.

Ademais, verifica-se que, muito antes de implicar um ônus para a parte autora, o provimento alcançado no feito originário autoriza a adoção das medidas que o DNIT ora postula a fim de dar pleno cumprimento ao comando transitado em julgado.

Com efeito, por ocasião do pleito que restou indeferido pela decisão agravada, informou a autora que o mandado de demolição não fora cumprido por força da resistência oposta pelos executados. Assim, pleiteou o DNIT as medidas ora debatidas, informando a nova data da demolição, que seria acompanhada por engenheiro daquele órgão (fls. 91).

Como se vê, não se furtou o DNIT a arcar com a demolição do imóvel por seus próprios meios, requisitando reforço policial tão somente para a desocupação de pessoas e bens do local.

Ora, assim agindo deu pleno cumprimento ao quanto lhe cabia nos autos. Tratando-se de desapossamento forçado de pessoas, a atuação do Estado por meio do emprego de força policial, sobre se mostrar imprescindível para o cumprimento da decisão transitada em julgado, mostra-se ainda dever do qual não pode se eximir o ente estatal, não se admitindo seja a parte onerada com a adoção de diligências que não lhe incumbem e que podem até mesmo se mostrar temerárias se assumidas pela autora, traduzindo verdadeira autotutela, cabendo ao Estado conduzir situações de conflito tais quais aquelas debatidas neste recurso, sendo responsável, ainda, por medidas tendentes à acomodação das pessoas e bens, em verdadeiro amparo social que também lhe compete.

Ante o exposto, voto no sentido de *dar provimento* ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0000773-30.2017.4.03.0000

(2017.03.00.000773-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: AMÉRICO GARCIAS DE CASTRO

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Classe do Processo: AI 593772

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/07/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. NÃO COMPARECIMENTO PELO INSS. APLICAÇÃO DE MULTA DE 2% SOBRE O VALOR DA CAUSA. ART. 334, §8º, DO CPC. VIABILIDADE NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO DESINTERESSE NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA POR AMBAS AS PARTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- Da análise do art. 334 do CPC é possível extrair que eventual desinteresse na autocomposição deve ser indicado por ambas as partes, pelo autor, na petição inicial, e pelo réu, por petição, com no mínimo dez dias de antecedência da data da audiência designada (§ 5º). É possível extrair também que a ausência injustificada de quaisquer das partes à audiência de conciliação deve ser sancionada com multa de até 2% do valor da causa por ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça (§ 8º).

- No caso dos autos, observo que em 10.10.2016 o juízo de origem proferiu decisão deferindo o pedido de tutela de urgência requerido pelo agravado e designando a realização de audiência de conciliação para 30.11.2016. Intimado desta decisão em 26.10.2016, o INSS manifestou seu desinteresse na realização da referida audiência dentro do prazo previsto pelo artigo 334, § 5º do CPC.

- O Novo CPC veio a instituir, em verdade, a indispensabilidade da audiência prévia de conciliação ou autocomposição, só não ocorrendo quando o autor da ação manifestar, expressamente, em sua inicial, o desinteresse e o réu também manifestar o desinteresse no prazo de 10 dias anteriores à audiência. Caso contrário, ou seja, não havendo manifestação de ambas as partes (334, § 4ª, I), a audiência será levada a termo e, na ausência de uma das partes, ou de ambas, injustificadamente, o ato torna legítima a imposição da multa (§ 8º).

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

São Paulo, 27 de junho de 2017.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL em face de decisão que, nos autos da Ação Ordinária ajuizada na origem, aplicou à agravante multa no importe de 2% do valor atribuído à causa, ante o seu não comparecimento à audiência de conciliação.

Alega o agravante que o agravado não manifestou em sua petição inicial o interesse na realização de audiência de conciliação, como ordena o artigo 319, VII do CPC. Afirma que, intimada da designação da audiência de conciliação, informou ao juízo agravado seu desinteresse na conciliação, cumprindo o disposto no artigo 334, § 5º do CPC.

Nesta sede, o pedido de efeito suspensivo restou indeferido pela decisão de fls. 162/163 verso.

O agravado AMÉRICO GARCIAS DE CASTRO apresentou sua contraminuta às fls. 165/167.

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

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

Ao tratar da audiência de conciliação, o artigo 334 do CPC previu o seguinte:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois

por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Da análise do dispositivo legal é possível extrair que eventual desinteresse na autocomposição deve ser indicado pelo autor na petição inicial e pelo réu por petição, com no mínimo dez dias de antecedência da data da audiência designada (§ 5º). É possível extrair também que a ausência injustificada de quaisquer das partes à audiência de conciliação deve ser sancionada com multa de até 2% do valor da causa por ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça (§ 8º).

No caso dos autos, observo que em 10.10.2016 o juízo de origem proferiu decisão deferindo o pedido de tutela de urgência requerido pelo agravado e designando a realização de audiência de conciliação para 30.11.2016 (fls. 59/61). Intimada desta decisão em 26.10.2016 (fl. 66), a agravante manifestou seu desinteresse na realização da referida audiência em 16.11.2016 (fl. 67), dentro, portanto, do prazo previsto pelo artigo 334, § 5º do CPC.

O Novo CPC veio a instituir, em verdade, a indispensabilidade da audiência prévia de conciliação ou autocomposição, só não ocorrendo quando o autor da ação manifestar, expressamente, em sua inicial, o desinteresse e o réu *também* manifestar o desinteresse no prazo de 10 dias anteriores à audiência.

Caso contrário, ou seja, não havendo manifestação de *ambas* as partes (334, § 4ª, I), a audiência será levada a termo e, na ausência de uma das partes, ou de ambas, injustificadamente, o ato torna legítima a imposição da multa (§ 8º).

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento interposto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0001951-14.2017.4.03.0000

(2017.03.00.001951-1)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

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

Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Parte Ré: MARIA APARECIDA RETT TOSTA

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: CC 21251

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/06/2017

DECISÃO

Conflito entre juízos federais da Subseção Judiciária desta Capital, previdenciário e cível, aqui distribuído por força do decidido pelo Órgão Especial ao apreciar o Conflito de Competência nº 2007.03.00.025630-8, de relatoria do Desembargador Federal Baptista Pereira, à ocasião Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP *versus* Juízo Federal da 21ª Vara Cível de São Paulo/SP, *in verbis*:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL PARA JULGAR O CONFLITO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADVOGADO. LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NATUREZA CÍVEL. JUÍZO PREVIDENCIÁRIO. INCOMPETÊNCIA.

I. Em que pese a inexistência de previsão expressa a respeito no Regimento Interno da Corte, dada a crescente instalação de Varas Federais especializadas em razão da natureza da lide, e da existência de três áreas de especialização afetas às Seções desta Corte, e para que se evitem julgados divergentes entre as Seções, é que se firma a competência deste Órgão Especial para julgar os conflitos de competência suscitados entre Varas especializadas, com fundamento na natureza da relação jurídica litigiosa, sempre que existam, também no âmbito deste Tribunal, Seções especializadas em razão da natureza da mesma.

II. Analisando-se o pedido formulado na petição inicial do mandado de segurança em questão, vislumbra-se a natureza cível do pedido pretendido, tendente a permitir o protocolo de requerimentos junto à unidade do INSS, ligado, assim, à garantia do livre exercício profissional, donde se conclui que o MM. Juízo da 7ª Vara Previdenciária é absolutamente incompetente para processar e julgar a impetração.

III. Segundo a redação do artigo 2º, do Provimento 186/99, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que implantou varas previdenciárias na Capital, “As varas federais implantadas terão competência exclusiva para processos que versem sobre benefícios previdenciários...”.

IV. Competente o Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, conhecer do conflito, vencidas as Desembargadoras Federais Suzana Camargo e Therezinha Cazerta, e, por unanimidade, declarar competente o Juízo Federal da 21ª Vara de São Paulo/SP, o suscitado, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de agosto de 2007.

Conquanto entenda que a competência para resolver conflitos entre juízes federais não deva recair sobre o Órgão Especial, cujas atribuições, a teor do disposto no artigo 11, parágrafo único, letra “i”, do Regimento Interno desta Casa, resumem-se às “questões incidentes em processos da competência das Seções ou das Turmas que lhe hajam sido submetidas, bem assim os conflitos de competência entre os Relatores ou as Turmas integrantes de Seções diversas”, encontrando-se, ao contrário, previsão expressa no Regimento de que às Seções compete processar e julgar “os conflitos de competência entre Juízes Federais vinculados ao Tribunal, inclusive os Juízes Federais investidos de jurisdição federal (art. 109, § 3º, da Constituição Federal)”.

De sorte que qualquer uma delas poderia julgá-los, somente advindo a este Colegiado as hipóteses em que efetivamente verificada divergência entre os entendimentos das Seções, não se permitindo ao Órgão Especial antecipar-se a decidir conflito que inclusive pode vir a não existir, caso não se verifiquem decisões contraditórias, ainda que enfrentada a questão por mais de uma seção especializada.

Com a ressalva do posicionamento, examino.

O dissídio decorre da controvérsia sobre qual matéria versa o pedido formulado.

Sendo a demanda de índole administrativa, à vista do caráter indenizatório do pedido de ressarcimento ao Erário, decorrente da existência dos alegados ato ilícito e enriquecimento sem causa - tendo a ré reconhecido, inclusive, “que os pagamentos foram indevidos”, revelando “que a lide em questão não envolve a manutenção ou não de benefício previdenciário” -, atrair-se-ia a competência do juízo cível, no caso o da 14ª Vara Federal de São Paulo.

De outro lado, a se entender que a pretensão é de cunho previdenciário, exigindo-se, tal como se estivesse a se cuidar de qualquer outro benefício a cargo da Previdência Social - pois, no caso de pedido de “ressarcimento de benefício cessado (no todo ou em parte) por conta de prestações pagadas (sic) indevidamente a tempo e modo (...), o tema subjacente é benefício previdenciário ou assistencial mantido pelo INSS” -, o direcionamento do feito ao juízo especializado, a competência seria do Juízo Federal da 8ª Vara Previdenciária de São Paulo, em consonância ao disposto no § 3º do artigo 109 da Constituição Federal.

A discussão está no recebimento indevido pela parte ré, Maria Aparecida Rett Tosta, de valores a ela pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, tendo em vista a concessão do benefício mediante fraude, mesmo que o ilícito tenha ocorrido “em virtude de fraude praticada por terceiro e de omissão do servidor público que analisou e concedeu o benefício”.

Cediço que o simples fato de o INSS integrar a polaridade da demanda não altera a fixação do juízo competente, o certo é que nada se questiona quanto à concessão ou manutenção de benefício previdenciário propriamente dito - uma vez que a ré reconheceu que “os pagamentos foram indevidos” -, mas sim o direito de a autarquia previdenciária reaver o montante dispensado sem que a segurada fizesse jus às quantias recebidas.

Ao analisar anteriormente hipótese assemelhada à aqui retratada, manifestei entendimento no sentido de que, em “se tratando de pedido de ressarcimento para restituição de valores de benefício pagos indevidamente, ela tem natureza eminentemente indenizatória, e a competência, a meu ver, é [seria] da 1ª Seção”.

Contudo, este Órgão Especial, em 14 de setembro de 2016 (D.E. de 21/09/2016), ao concluir o julgamento do Conflito de Competência 20799 (reg. nº 0012713-26.2016.4.03.0000), de relatoria do Desembargador Federal Nelson dos Santos, teve a oportunidade de reconhecer a natureza previdenciária da demanda envolvendo ressarcimento de crédito oriundo de pagamento de benefício previdenciário indevido, ganhando a seguinte redação, o acórdão lavrado:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS DATAS DE INÍCIO DA DOENÇA E DE INÍCIO DA INCAPACIDADE, DAÍ DECORRENDO, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 8.213/1991, A CONCLUSÃO DE QUE SERIA INDEVIDA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DEMANDA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE INTEGRAM A 3ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.

1. Na demanda subjacente, o INSS busca a restituição de valores que teriam sido indevidamente pagos a título de auxílio-doença, alegando que, revistas administrativamente as datas de início da doença e da incapacidade, constatou que o reingresso no Regime Geral da Previdência Social deu-se quando a segurada já portava a doença.
2. Fundada a demanda, primordialmente, no poder-dever de revisão administrativa de benefícios - previsto no artigo 71 da Lei nº 8.212/1991 - e na impossibilidade de conceder-se auxílio-doença a segurado que reingressa no Regime Geral da Previdência Social quando já portava a enfermidade - nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991 -, é de rigor concluir-se pela natureza previdenciária da demanda e, por conseguinte, pela competência das Turmas da 3ª Seção deste Tribunal Regional Federal.
3. Conflito negativo julgado improcedente.

Em 09 de novembro de 2016 (D.E. de 17/11/2016), ao enfrentar novamente a questão de restituição pelo segurado de valores indevidamente auferidos, em julgamento, desta feita, o Conflito de Competência 20373 (reg. nº 0002311-80.2016.4.03.0000), sendo relator o Desembargador Federal Nery Júnior, tornou o Órgão Especial a decidir que compete ao juízo previdenciário especializado apreciar tais feitos, à vista do caráter previdenciário do ressarcimento de quantias pagas a título de prestação previdenciária reconhecida indevida. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. INDEVIDO PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. A demanda originária possui natureza previdenciária, já que o substrato do pedido analisará o benefício previdenciário em si, devendo tramitar perante o juízo da vara especializada previdenciária.
2. Conflito improcedente.

Mais uma vez, em 08 de março de 2017 (D.E. de 15/03/2017), ao julgar o Conflito de Competência 20805 (reg. nº 0012901-19.2016.4.03.0000), de relatoria da Desembargadora Federal Marli Ferreira, o Órgão Especial voltou a concluir pelo caráter previdenciário das causas concernentes a pedido de ressarcimento, em favor do INSS, relativos a pagamentos de benefícios previdenciários indevidos. Veja-se:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO INDEVIDAMENTE. QUESTÃO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA 3ª SEÇÃO, ESPECIALIZADA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. Conforme já sedimentado pelo Órgão Especial deste Tribunal, a matéria relativa a ressarcimento de benefício previdenciário supostamente pago indevidamente possui natureza previdenciária.

Conflito improcedente para declarar competente para o julgamento da ação subjacente o Juízo suscitante.

Conclui-se, portanto, que a pretensão autárquica - ressarcimento de pagamentos indevidos de benefício previdenciário concedido por meio de fraude -, segundo orientação atual e predominante do Órgão Especial, possui natureza previdenciária.

Convém não ignorar, ainda, recente decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, que, ao julgar, em 24 de janeiro de 2017 (D.E. de 31/01/2017), o Conflito de Competência 20996 (reg. nº 0018932-55.2016.4.03.0000), concluiu ser essa questão - “ressarcimento ao Erário em virtude de pagamento indevido de benefício previdenciário” - “matéria amplamente debatida, no âmbito do C. Órgão Especial”, de modo a permitir a decisão do “conflito de competência em conformidade com o disposto no artigo 955, parágrafo único, do Código de Processo Civil”. Confira-se:

DECISÃO

Cuida-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo Juízo Federal Cível da 5ª Vara Previdenciária de São Paulo - SP em face do Juízo Federal da 14ª Vara de São Paulo, nos autos de ação proposta pelo INSS em face de Débora Alves Fernandes (incapaz), representada por Antônia Alves Fernandes (Reg. nº 0008962-98.2015.4.03.6100), na qual se objetiva a condenação da Ré à devolução de valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário. A ação, distribuída em 11.05.15, foi originariamente proposta perante a 14ª Vara Federal de São Paulo, tendo o Juízo Federal Suscitado declinado da competência, por entender ser a matéria em discussão de competência de vara especializada em previdência do regime geral. Redistribuídos os autos, o Juízo Suscitado, em decisão proferida em 04.10.16, defendeu não ser matéria afeta às varas previdenciárias e suscitou o presente conflito negativo de competência. O Juízo Suscitante foi designado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes até o julgamento final do Conflito.

O Juízo Suscitado ofereceu informações.

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência do conflito.

É o relatório. DECIDO.

Por se tratar de matéria amplamente debatida, no âmbito do C. Órgão Especial, passo a decidir o presente conflito de competência em conformidade com o disposto no artigo 955, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A questão que se coloca diz respeito à competência para conhecimento e julgamento de ação proposta com o fito de ressarcimento ao Erário em virtude de pagamento indevido de benefício previdenciário.

Ao tratar da questão, aquele Órgão julgador reconheceu se tratar de matéria regida pelo direito previdenciário, a ensinar seu exame por seção especializada nessa matéria.

Eis o teor da ementa do referido acórdão:

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS DATAS DE INÍCIO DA DOENÇA E DE INÍCIO DA INCAPACIDADE, DAÍ DECORRENDO, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 8.213/1991, A CONCLUSÃO DE QUE SERIA INDEVIDA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DEMANDA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE INTEGRAM A 3ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.

1. Na demanda subjacente, o INSS busca a restituição de valores que teriam sido indevidamente pagos a título de auxílio-doença, alegando que, revistas administrativamente as datas de início da doença e da incapacidade, constatou que o reingresso no Regime Geral da Previdência Social deu-se quando a segurada já portava a doença.

2. Fundada a demanda, primordialmente, no poder-dever de revisão administrativa de benefícios - previsto no artigo 71 da Lei nº 8.212/1991 - e na impossibilidade de conceder-se auxílio-doença a segurador que reingressa no Regime Geral da Previdência Social quando já

portava a enfermidade - nos termos do artigo 59, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 8.213/1991 -, é de rigor concluir-se pela natureza previdenciária da demanda e, por conseguinte, pela competência das Turmas da 3ª Seção deste Tribunal Regional Federal.

3. Conflito negativo julgado improcedente.” (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 20799 / SP 0012713-26.2016.4.03.0000; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS; e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/09/2016)

Por conseguinte, em conformidade com referido entendimento, remanesce a competência da vara especializada para conhecer e decidir a ação subjacente (Reg. nº 0008962-98.2015.4.03.6100).

Ante o exposto, julgo improcedente o conflito negativo e, por consequência, declaro competente para o feito originário o Juízo Suscitante (Juízo Federal da 5ª Vara Previdenciária de São Paulo).

Oficie-se a ambos, comunicando o teor da presente decisão.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Publique-se.

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

MAIRAN MAIA

Desembargador Federal

Assim, a circunstância de se ter modificado o meio utilizado para resolver esses conflitos de competência, de maneira singular pelo relator e não por decisão do órgão colegiado, longe de infirmar a essência do encaminhamento conferido pelo Órgão Especial, consoante precedentes acima mencionados, apenas a confirma, ressaltando-se na oportunidade o entendimento desta Desembargadora sobre a questão, *supra*.

Dito isso, julgo improcedente o presente conflito, reconhecendo a competência do Juízo Federal da 8ª Vara Previdenciária de São Paulo para o processamento e julgamento da demanda.

Oficiem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 12 de junho de 2017.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO

5004634-69.2017.4.03.6100

Apelante: SAMUEL SOARES DOS SANTOS

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO AJUIZADA POR MENOR PORTADOR DE *SÍNDROME DE BERDON* OBJETIVANDO REALIZAR TRANSPLANTE MULTIVISCERAL NO EXTERIOR. AÇÃO EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, V, DO CPC/2015. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA SUPERVENIENTE AO ACORDO REALIZADO NA PRIMEIRA DEMANDA. CAUSAS DE PEDIR DIVERSAS. AÇÕES DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTÁ-LA, COM A REMESSA DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA REGULAR PROCESSAMENTO. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA: CREDIBILIDADE DA PROVA DOCUMENTAL ALIADA À CONFIRMAÇÃO DO DIREITO AO TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO CUSTEADO PELO ESTADO EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO PELO STF (ARTS. 300 E 311, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15).

1. O cotejo das petições iniciais e a análise atenta da situação fática subjacente permite facilmente concluir que embora as ações tenham as mesmas partes e o mesmo pedido, *não têm* a mesma causa de pedir, de modo que *não há tríplice identidade* a caracterizar a coisa julgada.

2. A ação ordinária nº 0010402-95.2016.403.6100, que tramitou perante a 13ª Vara Federal de São Paulo, tem por objeto a realização de transplante multivisceral e respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical em Miami/EUA*. Na petição inicial o autor argumenta ser portador de *Síndrome de Megabexiga, Microcólon e Hipoperistaltismo Intestinal (Síndrome de Berdon)* e estar internado desde o seu nascimento, com alimentação parenteral. Aduz, ainda, que em conversas *não oficiais*, médicos e enfermeiros relataram à sua genitora que a única esperança seria o transplante multivisceral, não realizado no Brasil. A leitura da inicial daquela ação revela, na verdade, que ela foi ajuizada com base em informações *não oficiais* a respeito do tratamento adequado para a doença do menor, obtidas através de conversas com médicos e enfermeiros e pesquisas realizadas pela própria genitora do autor a respeito de casos semelhantes.

3. O acordo entabulado compreendeu a realização de avaliação prévia do menor pelo Dr. João Seda, médico da equipe de transplantes do hospital Sírio Libanês e o encaminhamento do paciente para o Hospital das Clínicas de Porto Alegre para realização de avaliação completa e reabilitação intestinal, segundo cronograma a ser definido pela Dra. Helena Goldani, no âmbito do SUS, com o fornecimento de alimentação adequada e outras medidas de apoio que se fizessem necessárias.

4. Embora a presente demanda tenha o mesmo objeto daquela já transitada em julgado em que realizado o acordo para tratamento do menor no Brasil, é imperioso registrar

que elas *não têm* a mesma causa de pedir, dada a alteração das circunstâncias fáticas subjacentes. Na presente demanda, além de sustentar que a reabilitação intestinal é impossível no seu caso, o autor ampara seu pedido na informação oficial, datada de *22.09.2016*, oriunda dos médicos Dra. Helena Goldani e Dr. João Seda Neto, de que a única possibilidade para a cura de sua enfermidade seria um transplante multivisceral. Ou seja, em momento posterior à realização do acordo no bojo dos autos nº 0010402-95.2016.403.6100, que se deu em *28.06.2016*, a equipe médica responsável pelo tratamento do autor - Dr. João Seda, Dra. Helena Goldani, Dra. Alessandra Teles e Dr. Luciano Schopf - após avaliação detalhada de todos os exames e do quadro clínico do autor naquela data - *22.09.2016* - concluiu que “o paciente possui indicação de transplante multivisceral” (ID nº 645943).

5. É evidente, pois, a alteração no quadro fático existente no momento em que ajuizada a primeira demanda e realizado o acordo, a configurar *nova causa de pedir* e, conseqüentemente, afastar a configuração de coisa julgada.

6. É *premente* a concessão da tutela antecipada (art. 300, CPC/15), dada a credibilidade da prova documental apresentada pelo autor, que desvela a probabilidade do direito, aliada ao perigo de morte do menor resultante da demora na tramitação processual. Aliás, a prova existente nos autos é tão forte que enseja até mesmo a concessão de tutela de evidência (art. 311, II, CPC/15).

7. Estão provados nos autos a doença (Síndrome de Berdon) e o tratamento de que necessita o menor (transplante multivisceral), bem como que o tratamento a que vem sendo submetido no Brasil por força do acordo firmado nos autos nº 0010402-95.2016.403.6100 não tem trazido evolução em seu quadro clínico. Além disso, o *Jackson Memorial Medical* é hospital de excelência e referência mundial na realização da cirurgia de transplante de intestino ou multivisceral, mormente em crianças de tenra idade e baixo peso corporal, havendo recomendação do Dr. Rodrigo Vianna, Diretor dos Serviços de Transplante do referido nosocômio, para que o menor seja incluído na lista de trasplantes imediatamente, devido à alta taxa de mortalidade associada a essa doença primária.

8. O direito à saúde é um direito básico do cidadão, e o Poder Público não pode, a nenhum pretexto, deixar de cumprir com sua obrigação que é justamente fornecer ações adequadas nessa área. O tema já foi objeto de ampla discussões nos Tribunais, tendo o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, *repercussão geral*, reafirmado sua jurisprudência no sentido de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados”.

9. Dada a robustez da prova e e a tese firmada pelo STF no julgamento de recurso repetitivo, cabível se faz a tutela de evidência, nos termos do art. 311, II e parágrafo único, do CPC/15.

10. A antecipação de tutela deve ser concedida nos exatos termos em que foi postulada, devendo a ré/apelada providenciar e custear tudo o que for necessário (inclusive passaportes, vistos, transporte aéreo, moradia próxima ao local de tratamento para instalação dos genitores do autor, etc.) para que o autor seja submetido a cirurgia de transplante multivisceral e aos respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical*, em Miami, Estados Unidos, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e critérios de espera para transplante, cabendo

à ré providenciar e custear ainda todo acompanhamento/tratamento médico oftalmológico que se fizer necessário em razão do problema de visão que acomete o menor. A desobediência será punida com multa de dez mil reais por dia de atraso.

1 o. Sentença reformada a fim de se afastar a coisa julgada, com a remessa dos autos à origem para regular processamento, tendo em vista que a causa não se encontra madura para julgamento (art. 1.013, § 1º, do CPC/2015) no tocante ao mérito. Concessão de tutela antecipada tendo em vista o manifesto preenchimento dos requisitos dos arts. 300 e 311, II e parágrafo único, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação para afastar a coisa julgada reconhecida na sentença, determinando o retorno dos autos à origem para regular processamento, e desde já conceder a tutela antecipada para determinar que a UNIÃO providencie e custeie todo o tratamento do autor no exterior, conforme consignado alhures, adotando as medidas necessárias ao cumprimento desta decisão no prazo de dez dias a contar da ciência do presente julgamento, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por dia de atraso. Suprindo a falta de Parecer Ministerial, o ilustre representante do Ministério Público Federal manifestou-se em sessão pelo provimento do recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada em 06.04.2017 por SAMUEL SOARES DOS SANTOS, representado por sua genitora, JOSELI ALVES DOS SANTOS, objetivando a condenação da UNIÃO a providenciar e custear tudo o que for necessário (inclusive vistos, remoção aérea em aeronave equipada com UTI, remoção rodoviária até o aeroporto, fornecimento de residência próxima, gastos com manutenção do menor e seus genitores) para que o menor seja submetido à cirurgia de transplante multivisceral e aos respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical*, em Miami, nos Estados Unidos, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe daquele hospital recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e seus critérios de espera para transplante, além de providenciar todo o acompanhamento/tratamento médico oftalmológico que se fizer necessário em razão do problema de visão do menor.

A Juíza *a qua* não concedeu a tutela de urgência pleiteada, determinando (i) a intimação do Hospital das Clínicas de Porto Alegre para que a Dra. Helena Galdini relate o estado atual de saúde do autor SAMUEL SOARES DOS SANTOS, informando ainda as condições para a realização de transplante, no Brasil e no exterior, bem como quais seriam as condições ideais para o transporte seguro do menor para outro Estado e outro país; e (ii) a intimação para o Hospital Sírio Libanês, para que o Dr. João Seda Neto informe sobre a posição do autor na fila de transplante multivisceral, e todas as informações que entender relevantes para a realização do transplante multivisceral no autor, bem como informações a respeito dos transplantes

realizados em outras crianças; e (iii) a expedição de ofício à Coordenadoria Geral do Sistema Nacional de Transplantes para prestar informações necessárias para a realização de transplante no exterior (ID nº 645988).

As informações foram prestadas (ID's nº 646003, 646005, 646006, 646009, 646010, 646011 e 646016).

A UNIÃO foi intimada para apresentar manifestação em 48 horas, ocasião em que também opôs embargos de declaração em face da decisão ID nº 645988, argumentando que, ao contrário do que constou na decisão embargada, existe identidade de objetos entre esta ação e a ação ordinária nº 0010402-95.2016.403.6100 (ID nº 646039).

Intimado nos termos do art. 10 do CPC/2015, o autor reiterou os pedidos elencados na inicial e pugnou pelo deferimento da tutela de urgência (ID nº 646042 e nº 646043).

Na sequência, a Juíza *a qua* proferiu sentença, acolhendo os embargos de declaração opostos pela UNIÃO e *julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC/2015*, tendo em vista a existência de coisa julgada (ID nº 646051).

Irresignado, o autor apelou sustentando, em síntese, que ajuizou a presente demanda porque o acordo realizado no bojo do processo nº 0010402-95.2016.403.6100 foi descumprido na medida em que a permanência dos pais do menor em Porto Alegre não foi custeado pela UNIÃO, bem como por haver indicação de transplante.

Sustenta que a sentença deve ser reformada, pois inexistente coisa julgada na medida em que não há resolução de mérito em homologação de acordo; além disso, as condições do autor eram diferentes no primeiro processo (autos nº 0010402-95.2012.403.6100) e não houve decisão de mérito sobre o direito do autor de ser submetido a transplante multivisceral, restando acordado apenas que o autor seria enviado para o Hospital das Clínicas de Porto Alegre para ser submetido a reabilitação intestinal.

Sustenta que o acordo fala em reabilitação intestinal, que se aplica apenas a pacientes com síndrome do intestino curto, e não a pacientes com *Síndrome de Berdon*. Por isso, aduz que os termos do acordo são extremamente distantes da sua realidade e do pedido elencado nas iniciais.

Alega que não houve reabilitação intestinal como proposto em acordo pela UNIÃO e nem melhora no seu quadro, apenas ganho de peso.

Argumenta que “nosso país não tem fila de espera, campanha de incentivo, inscrição, nada relativo a transplante”, que “órgãos praticamente inexistem”, que “não há relato de transplante multivisceral de criança no nosso país” e que a “expectativa de vida de uma criança com Síndrome de Berdon é de 1 ano a 6 meses”. Diz ainda que está há quase um ano em Porto Alegre, vivendo de doações, que o acordado foi uma reabilitação intestinal que não existe no caso de *Síndrome de Berdon* e que o acordo, infelizmente, apenas o leva para o hospital por força de infecções.

Insiste que o tratamento paliativo não traz cura e que está sendo ineficaz porque está no hospital há um ano, não tem melhora, está com o fígado em falência e sangue saindo da gastrostomia.

Diz que no momento conta com dois acessos venosos bons, condição necessária para o transplante, porém se o acesso se romper não mais será eletivo.

Assim, com amparo no art. 196 da Constituição Federal e no art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.080/90, pugna pela reforma da sentença para que seja acolhido o seu pedido inicial, afastando-se a coisa julgada para condenar a apelada a:

a) A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA “inaudita altera pars”, para que seja determinado à União, ora Ré, que:

I. Providencie e custeie, integralmente, tudo o que for necessário para que o autor seja submetido a uma cirurgia de transplante intestinal/ multivisceral e aos respectivos tratamentos junto ao Jackson Memorial Medical situado em Miami, Estado da Flórida, nos Estados Unidos da América, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital do exterior assim recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e seus critérios de espera pelo transplante. Nessa toada, requer, ainda, que no período de internação na América, seja a União compelida a fornecer (providenciar/ custear) todo acompanhamento/tratamento médico oftamológico que se fizer necessário em razão do sério problema de visão do autor;

II. Em nenhuma hipótese, deixe de iniciar ou interromper as providências cabíveis alegando ignorância das questões burocráticas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal de quem lhe der causa;

III. Auxilie pró-ativamente a autora e seus pais (mãe e pai), junto ao Departamento de Polícia Federal, para a expedição dos passaportes de emergência, nos termos do artigo 13 do Decreto nº 5.978/2006, sem o pagamento das taxas, dada a condição de pobreza da família;

IV. Auxilie a autora e seus genitores na obtenção do visto junto às autoridades norte-americanas, inclusive solicitando urgência em virtude da gravidade da situação da saúde da autora, podendo se valer de seu serviço diplomático;

V. Providencie a remoção via aérea, com aeronave equipada com o necessário à manutenção da vida do autor durante o traslado (UTI MÉDICA), sem prejuízo da remoção rodoviária até o aeroporto, com os mesmos cuidados, devendo a remoção ser realizada em relação a autora e seus genitores;

VI. Providencie os depósitos em dinheiro que forem eventualmente exigidos pelo hospital norte-americano, bem ainda a adequada instalação da família (aqui entendida a autora e seus genitores – pai e mãe), com o fornecimento de residência próxima ao local de tratamento ou eventual alojamento dentro do próprio complexo hospitalar, sempre respeitando as orientações médicas que foram dadas;

VII. Providencie o pagamento de todos os gastos necessários a manutenção da autora e seus genitores durante o período que se fizer necessário o tratamento, dentre eles: moradia, alimentação, vestuário e saúde;

VIII. Providencie tudo o que for burocrático para o cumprimento das medidas aqui pleiteadas, inclusive firmando todos os documentos e contratos necessários para fins de remoção e internação da menor naquele hospital;

IX. Por fim requer seja fixado prazo de 15 (quinze) dias para que a RÉ adote as providências cabíveis para a remoção da criança ao exterior e sua internação no referido hospital, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil.

b) A intimação do Ilustríssimo representante do Ministério Público Federal, para que se manifeste e acompanhe o feito até o seu final, sob pena de nulidade, ex-vi dos arts. 82, incisos I e III, 84 e 246, todos do Código de Processo Civil;

c) A citação da UNIÃO FEDERATIVA DO BRASIL, para que apresente a sua defesa, sob pena de aplicação dos efeitos legais decorrentes de sua inércia.

d) Que Vossa Excelência venha a JULGAR TOTALMENTE PROCEDENTES os pedidos da presente demanda, a fim de tornar definitiva os efeitos da antecipação da tutela jurisdicional pretendida, concedendo a menor o tratamento médico adequado junto ao JACKSON MEMORIAL MEDICAL, sediado em Miami – Florida, Estados Unidos, cujos custos deverão ser arcados pela Ré, visto que não existe referido tratamento no Brasil.

e) Requer, ainda, a condenação da Ré no pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência que Vossa Excelência houver por bem fixar.

Citada, a UNIÃO apresentou contrarrazões (ID nº 646067).

A Juíza *a qua* manteve a sentença em seus exatos termos (ID nº 646069).

O Ministério Público Federal manifestou ciência da sentença e afirmou que afastar a coisa julgada *in casu* seria promover a insegurança jurídica das decisões judiciais e perpetuar no tempo conflitos já submetidos ao crivo do Poder Judiciário (ID nº 646070).

Após, os autos foram remetidos a esta Corte.

Tendo em vista que a ação versa sobre interesse de incapaz, determinei a remessa dos autos à Procuradoria Regional da República (ID nº 651394), que não ofertou parecer, devolvendo os autos a esta Corte para a apreciação do pedido de tutela antecipada, protestando por nova vista posterior (ID nº 668820).

Na sequência, a UNIÃO peticionou nos autos requerendo a juntada da Nota 01519/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 08/05/2017, elaborada pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, bem como do DESPACHO Nº 055/2017, de 27/04/2017, elaborado pelo Ministério da Saúde, argumentando que tais documentos reforçam as alegações já feitas pela União no presente processo no sentido de que i) o acordo judicial realizado no Processo nº 0010402-95.2016.403.6100 contempla, sim, a realização de transplante no autor; e ii) que aquele acordo judicial está sendo regularmente cumprido pela União (ID nº 686039 e 686046).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

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

A Juíza *a qua* julgou extinto o processo sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, V, do CPC/2015, por entender pela existência de *coisa julgada*, já que a presente demanda e o processo nº 0010402-95.2016.403.6100 teriam *objetos idênticos* e a causa de pedir de ambos diria respeito a tratamento de saúde do autor no exterior, junto ao *Jackson Memorial Medical*, sob a alegação de que o mencionado transplante não poderia ser realizado no Brasil.

Registrou que muito embora constasse da exordial daqueles autos o pedido de submissão do menor a cirurgia de transplante intestinal/multivisceral e respectivos tratamentos junto ao Jackson Memorial Medical, não restou acordada a efetivação de transplante no exterior em caso de do insucesso do tratamento, enfatizando que “o tratamento decorrente do acordo judicial celebrado nos autos nº 0010402-95.2016.403.6100 é eficaz, tendo este, inclusive, resultado em decisão que concluiu pela necessidade de encaminhamento do Autor para transplante, fatos estes que já seriam de conhecimento da parte Autora quando da celebração do acordo na ação nº 0010402-95.2016.403.6100, razão pela qual não caberia a este Juízo da 12ª Vara Federal Cível adentrar no mérito de nova ação cujo objeto seja idêntico ao de demanda anteriormente proposta e já definitivamente julgada.”

Consignou que os argumentos apresentados pelo autor na exordial desta demanda já existiam e foram explorados quando do ajuizamento da demanda originária perante a 13ª Vara, sendo que mesmo assim os pais do menor aceitaram o acordo, estando ambos acompanhados por advogados e pelo Ministério Público Federal, razão pela qual eventuais discussões acerca do tema deveriam ser apresentadas perante o Juízo competente, mediante o manejo dos instrumentos processuais cabíveis.

Por fim, a magistrada *a qua* assinalou que o menor está sendo acompanhado pelos melhores especialistas, consta na lista de transplante multivisceral com prioridade, inscrito desde 17.02.2017, e ganhou peso e melhora física para o transplante, que será realizado no Hospital Sírio Libanês, com equipe técnica preparada para tanto, conforme acordado na ação anterior.

Sucede que o cotejo das petições iniciais e a análise atenta da situação fática subjacente permite facilmente concluir que embora as ações tenham as mesmas partes e o mesmo pedido, *não têm* a mesma causa de pedir, de modo que *não há tríplice identidade* a caracterizar a coisa julgada.

Com efeito, a ação ordinária nº 0010402-95.2016.403.6100, que tramitou perante a 13ª Vara Federal de São Paulo, tem por objeto a realização de transplante multivisceral e respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical* em Miami/EUA. Na petição inicial o autor argumenta ser portador de *Síndrome de Megabexiga, Microcólon e Hipoperistaltismo Intestinal (Síndrome de Berdon)* e estar internado desde o seu nascimento, com alimentação parenteral. Aduz, ainda, que em conversas *não oficiais*, médicos e enfermeiros relataram à sua genitora que a única esperança seria o transplante multivisceral, não realizado no Brasil.

A leitura da inicial daquela ação revela, na verdade, que ela foi ajuizada com base em informações *não oficiais* a respeito do tratamento adequado para a doença do menor, obtidas através de conversas com médicos e enfermeiros e pesquisas realizadas pela própria genitora do autor a respeito de casos semelhantes.

O acordo entabulado compreendeu a realização de avaliação prévia do menor pelo Dr. João Seda, médico da equipe de transplantes do hospital Sírio Libanês e o encaminhamento do paciente para o Hospital das Clínicas de Porto Alegre para realização de avaliação completa e reabilitação intestinal, segundo cronograma a ser definido pela Dra. Helena Goldani, no âmbito do SUS, com o fornecimento de alimentação adequada e outras medidas de apoio que se fizessem necessárias.

Embora a presente demanda tenha o mesmo objeto daquela já transitada em julgado em que realizado o acordo para tratamento do menor no Brasil, é imperioso registrar que elas *não têm* a mesma causa de pedir, dada a alteração das circunstâncias fáticas subjacentes.

Explico.

Na presente demanda, além de sustentar que a reabilitação intestinal é impossível no seu caso, o autor ampara seu pedido na *informação oficial*, datada de 22.09.2016, oriunda dos médicos Dra. Helena Goldani e Dr. João Seda Neto, de que a única possibilidade para a cura de sua enfermidade seria um *transplante multivisceral*.

Ou seja, em momento posterior à realização do acordo no bojo dos autos nº 0010402-95.2016.403.6100, que se deu em 28.06.2016, a equipe médica responsável pelo tratamento do autor - Dr. João Seda, Dra. Helena Goldani, Dra. Alessandra Teles e Dr. Luciano Schopf – após avaliação detalhada de todos os exames e do quadro clínico do autor naquela data – 22.09.2016 – concluiu que “o paciente possui indicação de transplante multivisceral” (ID nº 645943).

É evidente, pois, a alteração no quadro fático existente no momento em que ajuizada a primeira demanda e realizado o acordo, a configurar *nova* causa de pedir e, conseqüentemente, afastar a configuração de coisa julgada.

Conforme ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery, “O interessado pode mover ação futura com base em direito ou fato novo, porque a causa de pedir nessa nova ação será diferente daquela da ação anterior, de modo que não se verifica, para a segunda ação, o óbice da coisa julgada” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2015, p. 1243).

Nesse sentido:

..EMEN: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SEGUNDA AÇÃO MOVIDA CONTRA A EX-EMPREGADORA. CAUSA DE PEDIR DISTINTA. FATOS NOVOS E SUPERVENIENTES À PRIMEIRA DEMANDA E À TRANSAÇÃO ALI EFETIVADA. COISA JULGADA INEXISTENTE.

– “Uma ação é igual à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (art. 301, § 2º, do CPC). Distinta, na segunda demanda, a causa de pedir, não há falar em coisa julgada. Recurso especial não conhecido. ..EMEN:

(RESP 200001213628, BARROS MONTEIRO, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:07/11/2005 PG:00287 ..DTPB:.)

Portanto, a sentença deve ser reformada a fim de se afastar a coisa julgada, com a remessa dos autos à origem para regular processamento, tendo em vista que a causa não se encontra *madura* para julgamento (art. 1.013, § 1º, do CPC/2015), no tocante ao mérito.

Isso, porém, não é fator impeditivo do exame do pedido de antecipação de tutela.

Na espécie, é *premente* a concessão da tutela antecipada (art. 300, CPC/15), dada a credibilidade da prova documental apresentada pelo autor, que desvela a probabilidade do direito, aliada ao perigo de morte do menor, resultante da demora na tramitação processual. Aliás, a prova existente nos autos é tão forte que enseja até mesmo a concessão de tutela de evidência (art. 311, II, CPC/15), conforme será demonstrado.

In casu, o menor, nascido em 30.11.2015 e internado na UTI do Neonatal do Hospital São Paulo da UNIFESP desde o nascimento, foi diagnosticado com *Síndrome Megabexiga-Microcólon e Hipoperistálse Intestinal (Síndrome de Berdon)* por referido nosocômio (ID nº 645953).

Consta nos autos que ele apresentou diversos quadros de infecção de cateter venoso central e está submetido à nutrição parenteral (ID nº 645982).

Por força de acordo entabulado no bojo da ação ordinária nº 0010402-95.2016.403.6100, no dia 25.07.2016 o menor foi transferido para o Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para avaliação clínica de falência intestinal, onde apresentou novo episódio de infecção da corrente sanguínea relacionada ao cateter central e foi submetido a procedimento cirúrgico de vesicostomia e gastrostomia por via endoscópica (ID nº 645932).

Em reunião realizada no dia 22.09.2016 a equipe médica responsável pelo tratamento do menor concluiu, “após avaliação detalhada dos exames e do quadro clínico atual”, que “o paciente possui indicação para transplante multivisceral” (ID nº 645932).

Portanto, estão provados nos autos a doença (Síndrome de Berdon) e o tratamento de que necessita o menor (transplante multivisceral), bem como que o tratamento a que vem sendo submetido no Brasil por força do acordo firmado nos autos nº 0010402-95.2016.403.6100 não tem trazido evolução em seu quadro clínico.

Consta que atualmente o menor está em seu domicílio em Porto Alegre, em uso de nutrição parenteral domiciliar com retornos ambulatoriais quinzenais para consulta, além de possuir internações frequentes devido a infecções de corrente sanguínea associadas a cateter venoso central em veia jugular interna esquerda, único sítio de acesso central utilizado desde o início do tratamento no HCPA. Há ainda informação de que está em lista de espera para o transplante multivisceral a ser realizado no Hospital Sírio Libanês em São Paulo (ID nº 646003).

Embora o Brasil conte com programa de transplante multivisceral, sendo o Hospital Sírio Libanês credenciado para o transplante pediátrico, desde a implantação do programa em 2011 foram realizados sete transplantes multiviscerais em pacientes adultos, sendo que o único hospital credenciado para realizar transplante multivisceral pediátrico ainda não realizou nenhum transplante desta natureza, conforme informação do Ministério da Saúde (Ofício CGSNT/DAET/SAS/MS nº 164, de 17.04.2017 – ID nº 646016).

Por outro lado, há nos autos informação prestada pelo Dr. Rodrigo Vianna, Diretor dos Serviços de Transplante do *Jackson Memorial Medical*, hospital de excelência e referência mundial na realização da cirurgia de transplante de intestino ou multivisceral, mormente em crianças de tenra idade e baixo peso corporal, segundo a qual “atualmente, a sobrevida de transplantes multiviscerais em crianças é de 75% para um ano e 55% para cinco anos” (ID nº 645945).

Procurado pela família do menor, o Dr. Rodrigo Vianna assim se pronunciou sobre o caso de Samuel (ID nº 645945):

(...)

Apesar do Samuel não aparentar ter eminente perda de acesso ou insuficiência hepática, ele absolutamente não tem chance de ser totalmente desconectado da Nutrição Parenteral Total. *Devido à alta taxa de mortalidade associada a essa doença primária, recomendamos que ele seja incluído na lista de transplantes imediatamente.* O número de doadores por ano nos Estados Unidos pesando menos de 10 kg é limitado e ele poderá ficar na lista de transplantes por um período de vários meses a um ano. A taxa de mortalidade durante o período de espera por transplante é de quase 30%.

Após ter avaliado o caso, nosso programa de transplante intestinal e multivisceral terá muito prazer em receber Samuel aqui para cuidados pré-operatório, peri-operatório, e pós-operatório. Antecipamos que Samuel tenha que permanecer nos Estados Unidos por mais de um ano e talvez até dois anos, se considerados o período de espera pelo transplante e o período do tratamento pós-operatório. Um Acordo entre o Jackson Memorial Hospital e o Ministério da Saúde do Brasil também deverá ter lugar para que possamos levar adiante esse processo. O acordo deverá incluir responsabilidades de ambas as partes incluindo cuidados pré-operatório, peri-operatório, e pós-operatório. Outro acordo com uma empresa de *home care* e farmácia também deverá ser assinado para que Samuel possa receber sua nutrição parenteral e seus medicamentos em casa, como paciente não residente.

Uma Ressonância Magnética atualizada com mapeamento venoso também será necessária para podermos avaliar o acesso à cirurgia. No mínimo dois acessos venosos principais são necessários para que um paciente seja candidato a um transplante intestinal/multivisceral.

(...) (destaquei)

Por fim, a informação ID nº 646003 do Hospital das Clínicas de Porto Alegre ainda dá conta de que o paciente “apresenta-se no momento com uma condição clínica estável que permite viagem para o transplante multivisceral em outro estado no Brasil, assim como no exterior”.

É certo que a saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público

dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (...).

É claríssima a dedução 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 dos serviços públicos de atendimento à população, que nos termos constitucionais foram delegados ao Poder Executivo no âmbito da competência para desempenhar os serviços e as ações da saúde.

Noutro dizer, a responsabilidade pelo fornecimento do tratamento cirúrgico de que necessita o menor decorre do direito fundamental dele à vida e a uma existência digna, do que um dos apanágios é a saúde, cuja preservação também é atribuída aos poderes públicos executivos da União, dos Estados e dos Municípios, todos eles solidários nessa obrigação.

Não se pode permitir que os entes públicos se neguem a custear tratamentos excepcionais e urgentes quando a vítima da moléstia não tem condições econômicas de os suportar, porquanto isso implicaria simplesmente na negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal.

O acesso à saúde compreende além da disponibilização por parte dos entes públicos de hospitais, médicos, enfermeiros etc., também procedimentos clínicos, ambulatoriais e medicação conveniente. E pouco importa se eles estão ou não disponibilizados em algum programa específico dos órgãos governamentais, já que a burocracia criada por governantes não pode privar o cidadão do mínimo necessário para a sua sobrevivência quando ele mais necessita: quando está efetivamente doente.

O artigo 2º, § 1º, da Lei Federal 8.080/90, que estrutura o serviço único de saúde (SUS), dispõe: “O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Seu art. 7º impõe como diretriz: “II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Ainda a propósito, convém lançar os olhos sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), cujo art. 11 estabelece:

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. (Redação dada pela Lei nº 11.185, de 2005)

§ 1º. A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

§ 2º. Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Assim, a própria Lei nº 8.069/90 ordena ao Poder Público que forneça gratuitamente a crianças e adolescentes necessitados quaisquer recursos “relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”.

O direito à saúde é um direito básico do cidadão, e o Poder Público não pode, a nenhum pretexto, deixar de cumprir com sua obrigação que é justamente fornecer ações adequadas nessa área.

O tema já foi objeto de amplas discussões nos Tribunais, tendo o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, repercussão geral, reafirmado sua jurisprudência no sentido de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados”. Vejamos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE MEDICAMENTO NA LISTA DO SUS. DESCONSIDERAÇÃO ANTE A AVALIAÇÃO MÉDICA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO IMPROVIDO.

I - O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão do acórdão recorrido, o que desautoriza a aplicação do Tema 6 da repercussão geral - RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, ante a ausência de identidade das premissas fáticas.

II - O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 793 da repercussão geral, RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de mérito, no sentido de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados”.

III - 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. Precedentes.

IV - A lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica. No ponto, para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário. Súmula 279. Precedente.

V - Verba honorária mantida ante o atingimento do limite legal do art. 85, § 11º combinado com o § 2º e o § 3º, do mesmo artigo do CPC.

VI - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa art. 1.021, § 4º, do CPC.

(ARE 977190 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 22-11-2016 PUBLIC 23-11-2016)

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 855.178-RG/PE, REL. MIN. LUIZ FUX. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

RIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 28.3.2015.

1. Esta Suprema Corte, ao julgamento do RE 855.178-RG/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.3.2015, submetido à sistemática da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, destacando que o polo passivo da ação pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

2. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal.

3. A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

4. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

5. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RE 933857 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 14-03-2016 PUBLIC 15-03-2016)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E TRATAMENTO MÉDICO. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(ARE 904217 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 06-11-2015 PUBLIC 09-11-2015)

Dada a robustez da prova e a tese firmada pelo STF no julgamento de recurso repetitivo, cabível se faz a tutela de evidência, nos termos do art. 311, II e parágrafo único, do CPC/15.

Negar ao infante o tratamento cirúrgico de que necessita implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida; mais: ofende a *moral administrativa* (art. 37 da Constituição), pois o dinheiro e a conveniência dos detentores temporários do Poder não sobreleva os direitos fundamentais.

Repito: o quadro de saúde do apelante é sério e a excepcionalidade mais que recomenda a providência a ser imposta ao ente público, não havendo que se cogitar de filigranas jurídico-processuais numa situação de fato que pode conduzir o menor ao túmulo.

Calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de cogestor do Poder Executivo; 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.

Ressalto que a saúde - como direito fundamental - está acima do dinheiro, embora assim não entendam os governantes; mas eles não podem se opor à Constituição na ótica vesga com que enxergam as prioridades que o Estado deve observar no trato dos interesses dos cidadãos e na busca do bem comum. O direito a saúde é indisponível (AgRg no REsp 1356286/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe

19/02/2013) e deve ser assegurado pelo Poder Público.

Anoto ainda que o Judiciário não está proibido de conceder antecipações de tutela em desfavor do Poder Público, pois se esse absurdo acontecesse isso importaria em negativa de jurisdição a violar o art. 5º, XXXV da CF.

É certo que, na esteira dos múltiplos benefícios e privilégios de que dispõe o Estado em desfavor do litigante comum - que no entender deste relator são todos inconstitucionais, porque não se amoldam ao princípio republicano, sem embargo da opinião contrária das Cortes Superiores - há um rígido modelo de concessão de medidas liminares em face do Poder Público, previsto nas Leis nº 9.494/97 e nº 8.437/92, e na atual Lei de Mandado de Segurança, mas não existe expressa proibição para que sejam concedidas tutelas de urgência em casos onde possa haver perecimento de direitos que se mostram plausíveis, especialmente fora do âmbito econômico.

Diante do exposto, a antecipação de tutela deve ser concedida nos exatos termos em que foi postulada, devendo a ré/apelada providenciar e custear tudo o que for necessário (inclusive passaportes, vistos, transporte aéreo, moradia próxima ao local de tratamento para instalação dos genitores do autor, etc.) para que o autor seja submetido a cirurgia de transplante multi-visceral e aos respectivos tratamentos junto ao Jackson Memorial Medical, em Miami, Estados Unidos, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e critérios de espera para transplante, cabendo à ré providenciar e custear ainda todo acompanhamento/tratamento médico oftalmológico que se fizer necessário em razão do problema de visão que acomete o menor.

A desobediência será punida com multa de dez mil reais por dia de atraso no atendimento desta decisão colegiada, sem as costumeiras tergiversações que a União opõe às ordens judiciais em casos como o presente, o que é de conhecimento pessoal deste Relator. A multa reverterá em favor do apelante.

Destaco que a imposição de *astreintes* contra o Poder Público é admitida na jurisprudência como meio coercitivo de obrigação de fazer (STJ: AgRg no AREsp 7.873/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 29/05/2012 - AgRg no AREsp 23.782/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 23/03/2012 - AgRg no AREsp 7.869/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011 - REsp 1256599/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011 - REsp 1243854/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 16/08/2011 - REsp 1163524/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 12/05/2011 - AgRg no REsp 1221660/SC, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/04/2011 - AgRg no Ag 1352318/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 25/02/2011 - AgRg no REsp 1213061/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011), e a quantia aqui fixada não se afigura exorbitante, porque deve desencorajar a desobediência da apelada.

Em acréscimo, ainda sobre a possibilidade de fixação de multa diária (*astreintes*) em desfavor da Fazenda Pública como meio de compelir o devedor a adimplir a obrigação como aquela determinada pela decisão ora recorrida, em recente julgado submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, o STJ reafirmou seu cabimento

(REsp 1474665/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017).

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação* para afastar a coisa julgada reconhecida na sentença, determinando o retorno dos autos à origem para regular processamento, e desde já *concedo a tutela antecipada* para determinar que a UNIÃO providencie e custeie todo o tratamento do autor no exterior, conforme consignado alhures, adotando as medidas necessárias ao cumprimento desta decisão no prazo de dez dias a contar da ciência do presente julgamento, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por dia de atraso.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

Direito Processual Penal



INQUÉRITO POLICIAL
0003420-32.2016.4.03.0000
(2016.03.00.003420-9)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Investigada: INEZ MARIA JANTALIA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BATISTA PEREIRA
Classe do Processo: IP 1449
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/08/2017

EMENTA

PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. QUESTÃO DE ORDEM. INVESTIGAÇÃO CONTRA MAGISTRADO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CESSAÇÃO. PENA DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. RECURSO ADMINISTRATIVO INOMINADO.

1. O foro por prerrogativa de função de magistrado cessa com a aplicação da pena de aposentadoria compulsória na via administrativa. Precedentes do STF (RE 549560) e do STJ (AgRg na APn 306/DF).
2. A competência para a instauração e julgamento de Processo Administrativo Disciplinar e aplicação de penalidades, dentre elas a aposentadoria compulsória, é do Tribunal a que pertença subordinado o magistrado. Inteligência dos artigos 27 e 28 da LOMAN, recepcionados pelo inciso VIII do Art. 93 da Constituição.
3. A interposição de recurso administrativo inominado endereçado à Corte Superior, estritamente para controle de legalidade do ato de aposentação, não tem o condão de restabelecer a competência por prerrogativa de foro no inquérito policial.
4. Questão de ordem acolhida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, retirar o sigilo do procedimento, rejeitar questão de ordem de conversão do julgamento em diligência e acolher questão de ordem para declarar que o recurso administrativo inominado não tem o condão de restabelecer a competência por prerrogativa de função cessada com a aposentadoria da investigada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

QUESTÃO DE ORDEM

O Exmo. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de Inquérito Policial que investiga suposta prática de crimes contra a Administração, cometidos, em tese, por Juíza do Trabalho. Narra o *Parquet Federal* a existência

de indícios de:

- Favorecimento de certos peritos ao serem nomeados em processos com maior remuneração tendo como contrapartida o custeio de estagiários que atuam informalmente na Vara;
- Tratamento privilegiado no trâmite processual a determinados advogados;
- Realização de audiências sem a presença da referida magistrada e com assinatura das atas a posteriori;
- Utilização de serventuária da vara para prestação de serviço particular como se fora empregada doméstica na residência da Juíza; e
- Cessão de certificado digital e senha pessoal da Juíza ao diretor de secretaria para que este assinasse decisões em nome da magistrada

Às fls. 24/26 determinei a instauração de inquérito judicial por decisão monocrática (STF - HC 94278).

Às fls. 80/81 sobreveio informação do Excelentíssimo Desembargador Federal Presidente do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região dando conta de que, em sede de Processo Administrativo Disciplinar nº 0000183-26.2015.5.15.0899, o Órgão Especial da referida Corte, por unanimidade de votos, aplicou à ora investigada a pena de aposentadoria compulsória com proventos proporcionais ao tempo de serviço, nos termos dos artigos 28 e 42, V da LOMAN.

Com base nesta informação, reconheci a cessação do foro por prerrogativa de função conforme jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores, a exemplo: STF - RE 549560 e STJ - AgRg na APn 306/DF, e declinei da competência para determinar a redistribuição do presente inquérito à Subseção de São Vicente - SP.

Contudo, às fls. 160/164, a investigada noticiou a interposição de recurso administrativo nominado perante o TST, sustentando que a via administrativa não foi esgotada e que, portanto, prevalece o foro por prerrogativa de função até a decisão final da Corte Superior.

É o relatório.

Suscito questão de ordem.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

De início, observo que os artigos 27 e 28 da LOMAN atribuem ao Tribunal Pleno ou Órgão Especial, da Corte a que pertença subordinado o magistrado, a competência para a instauração e julgamento de Processo Administrativo Disciplinar e aplicação de penalidades, dentre elas a aposentadoria compulsória, *in verbis*:

Art. 27 - O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.
§ 1º - Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o Presidente do Tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação.

§ 2º - Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente, no dia útil imediato, convocará o Tribunal ou o seu órgão especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo, e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao relator.

§ 3º - O Tribunal ou o seu órgão especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final.

§ 4º - As provas requeridas e deferidos, bem como as que o relator determinar de ofício, serão produzidas no prazo de vinte dias, cientes o Ministério Público, o magistrado ou o procurador por ele constituído, a fim de que possam delas participar.

§ 5º - Finda a instrução, o Ministério Público e o magistrado ou seu procurador terão, sucessivamente, vista dos autos por dez dias, para razões.

§ 6º - O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou de seu órgão especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.

§ 7º - Da decisão publicar-se-á somente a conclusão.

§ 8º - Se a decisão concluir pela perda do cargo, será comunicada, imediatamente, ao Poder Executivo, para a formalização do ato.

Art. 28 - O magistrado vitalício poderá ser compulsoriamente aposentado ou posto em disponibilidade, nos termos da Constituição e da presente Lei.

Os referidos dispositivos, à exceção do § 8º, foram recepcionados pela atual Constituição em seu inciso VIII do Art. 93, *in verbis*:

VIII o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em *decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça*, assegurada ampla defesa;

Observe, portanto, que não há qualquer previsão constitucional ou legal de recurso administrativo às Cortes Superiores. Ao contrário, tanto o Texto Constitucional quanto a LOMAN dispõe que a competência para o julgamento do processo administrativo é exclusiva do TRT-15.

Ainda que o Art. 69, II, alínea “q” do RI-TST tenha previsto a competência do Órgão Especial daquela Corte para o julgamento de recurso administrativo contra decisão dos TRT’s em processo administrativo disciplinar envolvendo magistrado “estritamente para controle da legalidade”, não há que se falar em ausência de trânsito em julgado administrativo como pretende a investigada.

Isto porque o exame de legalidade, por natureza, caracteriza-se como controle *a posteriori*, isto é, controle de ato válido e eficaz restrito à aferição da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

Assim, a aplicação da pena de aposentadoria compulsória constitui-se ato administrativo perfeito e acabado, que goza de presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade, ou seja, não há condicionante para que a decisão do tribunal local seja desde logo aplicada.

Ademais, a magistrada investigada fundamenta a interposição do recurso administrativo inominado no Art. 56 da Lei 9.784/99 c.c. Art. 26 da Resolução CNJ nº 135.

Contudo, o Art. 61 da mesma lei dispõe expressamente que, em regra, o recurso administrativo não tem efeito suspensivo, ressalvada a possibilidade de que a instância superior lhe confira tal efeito na hipótese de *periculum in mora*, *in verbis*:

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

No caso dos autos, não há previsão legal de efeito suspensivo e nem tampouco notícia de que o TST o tenha concedido.

Neste contexto, não se pode retirar a autoexecutoriedade da decisão do TRT-15 com base em mero controle de legalidade realizado pelo TST.

Por consequência, a eficácia da aplicação da pena de aposentadoria compulsória resta incólume.

Por fim, é certo que em inquérito anterior (IP 0025831-16.2009.4.03.0000) votamos pela permanência do feito neste Tribunal. Contudo, naquela espécie se tratava de magistrado em disponibilidade, passível de reversão, e não de aposentadoria como no caso presente, razão pela qual, feita a distinção, neste inquérito não prevalece o foro por prerrogativa de função.

Ante o exposto, suscito a presente questão de ordem para propor que, *in casu*, seja declarado que o recurso administrativo inominado interposto não tem o condão de restabelecer a competência por prerrogativa de foro, cessada por força de aposentadoria compulsória.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI:

Primeiramente, esclareço que pedi vista destes autos a fim de melhor refletir acerca de possível ferimento a preceito constitucional de presunção de inocência, alegado pela investigada em petição acostada às fls. 160/164.

Após detida análise da tese trazida pela ilustre defesa da magistrada, entendo ser o caso de acompanhar integralmente o eminente Relator.

Com efeito, o Regimento Interno do C. Tribunal Superior do Trabalho não prevê efeito suspensivo a recurso administrativo interposto àquela Corte, conforme redação do artigo 69, II, alínea “q”, do RI-TST.

No mesmo sentido, o artigo 61 da Lei nº 9.784/99 - que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal - é claro ao dispor que o recurso administrativo, em regra, não possui efeito suspensivo, o qual, porém, poderá ser concedido pela autoridade administrativa em caso de receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação.

E, como não há informação nos autos - nem mesmo dos causídicos que patrocinam os interesses da investigada - no sentido de ter sido requerido e concedido efeito suspensivo àquela decisão administrativa, conclui-se que a magistrada permanece aposentada, ao menos até que aquele C. Tribunal julgue seu recurso e eventualmente decida de modo diverso.

Outrossim, permanecem intactos os efeitos da r. decisão proferida pelo E. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que aplicou a ela a penalidade de aposentadoria compulsória.

A questão é, portanto, meramente processual, relacionada estritamente à fixação da competência absoluta, não havendo falar-se em ferimento ao princípio constitucional da pre-

sunção de inocência, uma vez que o fato de a requerida passar a ser processada por juízo de primeiro grau em absolutamente nada agrava a sua situação jurídica.

Ao contrário disso, permanecem integralmente aplicáveis a ela todos os princípios e normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além do preceito da presunção de inocência, podendo, eventualmente, a competência ser revertida a esta Corte caso provido pelo TST o seu recurso administrativo e a investigada retornar ao cargo.

Ante o exposto, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

VOTO VENCIDO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS:

Procedo à presente declaração de voto para deixar registradas nos autos, ainda que sucintamente, as razões que me levaram a votar pela rejeição da questão de ordem suscitada pelo e. Desembargador Federal Baptista Pereira, relator do presente feito.

Ouso dissentir de Sua Excelência porque, para fins de cessação da competência por prerrogativa de função, reputo indispensável a edição do *ato formal de aposentadoria*, não bastando a mera prolação de decisão administrativa, pelo tribunal.

Penso, com a devida vênia, que, sem a execução da decisão de aposentadoria, vale dizer, sem que se baixe e publique o ato formal de aposentadoria do magistrado, subsiste a competência por prerrogativa de função.

In casu, conquanto haja o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região decidido pela aposentadoria da magistrada que aqui figura como investigada, não se publicou, até hoje, o ato formal de transferência para a inatividade. Assim, restando, até o presente momento, ocupado pela investigada o cargo de magistrada, rejeito a questão de ordem.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

VOTO COMPLEMENTAR

O Exmo. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Oportunamente, tendo em conta as razões expostas no voto apresentado pelo Eminente Desembargador Federal Nelton dos Santos no sentido de que não teria sido editado o ato executório do acórdão que aplicou a pena de aposentadoria compulsória, peço vênia para tecer algumas considerações complementares ao meu voto.

Embora a única documentação que consta nos autos até o presente momento seja o ofício do e. Desembargador Federal Presidente informando sobre a condenação da magistrada, bem como os extratos de andamento do recurso administrativo no e. TST sem registro de recebimento com efeito suspensivo, tenho que a edição do ato executório não é condição determinante quanto ao efeito da cessação do foro por prerrogativa de função, uma vez que o recurso interposto, conforme já mencionado no voto original, caracteriza-se como controle de legalidade *a posteriori*, que não retira o efeito de autoexecutoriedade do acórdão que apenou a investigada, tendo em vista que a Constituição Federal atribuiu ao tribunal de origem do

magistrado a competência exclusiva para o julgamento de mérito.

A corroborar esse entendimento cito precedente do e. STJ:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DE SUSPENSÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. RECEBIMENTO NO EFEITO DEVOLUTIVO, EM REGRA. CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENALIDADE. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A Administração - após regular processo disciplinar e diante dos atributos do ato administrativo de presunção de veracidade, de imperatividade e de auto-executoriedade - pode aplicar a penalidade a servidor público independentemente do julgamento de recurso interposto na esfera administrativa que, em regra, é recebido apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 109 da Lei 8.112/90. Precedentes.

2. Segurança denegada.

(MS 10.759/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/05/2006, DJ 22/05/2006, p. 147)

Aliás, condicionar a prerrogativa de foro, que só visa resguardar a função, *in casu*, a demais atos meramente formais da decisão a que chegou a Corte julgadora, seria criar uma situação artificial de prorrogação indefinida de tal condição o que, ao nosso sentir, não merece guarida porque não albergado na Constituição, pois não tem a ver com o propósito que a prerrogativa é eleita para preservar.

São estas questões que cumpria elucidar aos meus ilustres pares.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

“HABEAS CORPUS”
0003157-63.2017.4.03.0000
(2017.03.00.003157-2)

Impetrantes: FRANCISCO ASSIS HENRIQUE ROCHA NETO E ANDRÉ LUIS CERINO DA FONSECA

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SANTOS - SP

Paciente: ISABEL CRISTINA COUTINHO FRANCO LINCOLN (ré presa)

Corréus: MARCELO JERONYMO FERREIRA, MARCOS DAMIÃO LINCOLN, HUGO MOTOKI YOSHIZUMI E SÉRGIO RAIMUNDO COUTINHO FRANCO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Classe do Processo: HC 71605

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2017

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. COMPARECIMENTO DO RÉU À AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DE CORRÉUS SEM A DEVIDA INTIMAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A paciente foi expressamente autorizada a participar das audiências, conforme se verifica do mandado de intimação. Mesmo com a redesignação das audiências, não houve proibição de comparecimento a estes atos processuais. Também, não houve qualquer determinação de incomunicabilidade com os demais corréus.

2. O comparecimento não tem o condão de configurar descumprimento da prisão domiciliar, uma vez que sua atitude, longe de configurar ato afrontoso à dignidade da Justiça, é sempre buscado e imposto pela legislação e decisões judiciais.

3. O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do “due process of law” e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Precedentes do STF.

4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva e restabelecer a prisão domiciliar, nos exatos termos do acórdão proferido no HC nº 0011137-95.2016.4.03.0000, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

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 Francisco Assis Henrique Rocha Neto e Andre Luis Cerino da Fonseca, em favor de ISABEL CRISTINA COUTINHO FRANCO LINCOLN, contra ato imputado ao Juízo Federal da 6ª Vara Federal de Santos/SP.

Narram os impetrantes, em síntese, que a prisão domiciliar concedida à paciente por esta E. Quinta Turma deste Tribunal, em virtude da existência de filhos menores, foi revogada pela autoridade impetrada, sob a alegação de que a paciente teria descumprido as condições então impostas.

Relatam que a paciente compareceu em Juízo na data do dia 25/05/2017, para participar da audiência de oitiva dos corréus, que aconteceu via videoconferência.

Esclarecem que a paciente, agindo de boa-fé, e por entender que teria obrigação de comparecer em juízo, encaminhou-se à Justiça Federal para acompanhar os atos processuais, razão pela qual se dirigiu à sala de interrogatórios, consignando a sua presença.

Informam que a paciente foi impedida de participar da referida audiência, ocasião em que teve sua prisão domiciliar revogada, em decorrência do descumprimento das condições impostas.

Aduzem que a decisão que concedeu a prisão domiciliar não impediu o contato com os demais corréus, razão pela qual o decreto de prisão é desarrazoado.

Requerem, assim, a concessão da medida liminar, a fim de que a prisão preventiva seja revogada, restabelecendo-se a prisão domiciliar. Por fim, requerem seja concedida a ordem, confirmando-se a liminar.

Juntaram os documentos de fls. 21/120.

A liminar foi concedida às fls. 122/124.

A autoridade impetrada prestou informações juntadas às fls. 129/131, dando conta de que o alvará de soltura foi cumprido e expedido mandado de prisão domiciliar.

Após vistar os autos, o Ministério Público Federal, pelo parecer da lavra do Exmo. Procurador Regional da República, Dr. Marcio Barra Lima, manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 232/234).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo actu 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 art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.

A decisão que decretou a prisão preventiva da paciente restou assim consignada (fls. 120 - mídia digital):

(...) A prisão domiciliar da Sra. Isabel foi devidamente regulamentada pelo Dr. Arnaldo Dordetti Junior, o qual estabeleceu aqui algumas condições (...), situações de exceção para a saída da Sra. Isabel do recinto da residência (...). Dentre outras situações eu não percebi

a vinda da Sra. Isabel para esse fórum na data de hoje e tendo isso em vista, à míngua da previsão, uma vez que hoje ela não será interrogada, salvo melhor juízo, eu abro vista para manifestação ao Ministério Público Federal a respeito da questão, tendo em vista, inclusive, os autos do apenso “fiscalização de Isabel” (...), uma vez que essa Sra. se encontra aqui na Justiça Federal, em Santos, à míngua, à primeira vista, das ressalvas previstas pelo Juiz Federal Dr. Arnaldo Dordetti Junior.

(...)

Antes do início da audiência, visto que a Sra. Isabel Cristina Coutinho Franco Lincoln estava presente, em razão da mesma estar em prisão domiciliar, com as restrições de saída elencadas nos autos, a MM^a Juíza Federal abriu vista ao MPF.

Em seguida, o MPF (razões em áudio) requereu a revogação da prisão domiciliar da corré Isabel e sua conversão em prisão preventiva, em suma, face o descumprimento injustificado dos requisitos explicitados pelo Juiz Federal, Dr. Arnaldo Dordetti Junior.

Por sua vez, a defesa (razões em áudio), em suma, postulou a manutenção da prisão domiciliar da corré.

Passo a decidir:

Inicialmente, observo que esta audiência, como é do conhecimento de qualquer bacharel em direito, tem por objeto interrogatório, o qual atualmente se presta fundamentalmente à defesa dos réus em processo penal, e muito subsidiariamente à coleta de provas para a finalidade do processo penal em sua busca pela verdade real. Portanto, não se presta praticamente o interrogatório para a coleta de provas, trata-se principalmente de um ato para oferta de elementos de defesa do acusado no processo penal, ou seja, a presença dos réus aqui é um direito (...) para fazer a sua defesa, mas dos corréus trata-se de faculdade. Na verdade, nenhum dos réus tem obrigação nenhuma de estar aqui, é um direito constitucionalmente consagrado, mas nenhum deles é obrigado a estar realmente aqui.

Por outro lado, na data de ontem, a Sra. Isabel (...) esteve aqui, inclusive acompanhada de sua defesa técnica, de onde se segue, que *ela teve, juntamente com sua defesa técnica, a oportunidade de se dirigir à Justiça Federal e cumprir o quanto estava determinado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3^a Região, no tocante às condições de sua prisão domiciliar, ou seja, requerer a este Juízo a presença na data de hoje nesta audiência*, que, aliás, nem está sendo devidamente (...) observada no caso, porque embora ela possa estar na audiência presente, *ela não tem o direito de se comunicar com os demais correus, também por motivos óbvios, no que se trata aqui no tocante à busca também da verdade real dos fatos, porque uma coisa é depor em juízo, outra bem diferente é se comunicar com os demais correus (...), e quanto a esse direito, este realmente não lhe assiste. Ou seja, ela poderia perfeitamente ter cumprido a condição que estava exposta pelo Egrégio Tribunal Regional Federal e ter pedido a autorização deste Juízo para aqui comparecer na data de hoje*. E, ainda mais, é desconhecido deste Juízo se realmente a Sra. Isabel veio direito de sua residência para esta audiência (...). O que nós temos em concreto, portanto, é que a Sra. Isabel descumpriu efetivamente uma condição que foi posta pelo Poder Judiciário brasileiro, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3^a Região e pela Justiça Federal do Estado de São Paulo (...). Isso aqui não é uma audiência de coleta de provas, repito, não é. Teve oportunidade na data de ontem de solicitar a devida autorização, conforme lhe era facultado e tinha plena ciência, não o fez a tempo e modo, portanto, descumpriu plenamente ciente. Isso posto, dado o fato novo ocorrido dentro do Poder Judiciário (...), revogo o benefício da prisão domiciliar e decreto neste momento a prisão preventiva da corré, que está envolvida numa grande operação envolvendo expressivos valores em euros, grandes quantidades de drogas, além disso, segundo relatos, como dito pelo próprio Procurador da República, veio se comunicar com correus dentro da sala deste Poder Judiciário, novamente mais um motivo de garantia da ordem pública, inclusive visando cessar por completo (...) comunicações dentre integrantes de organização criminosas aqui relatados nesta denúncia (...), de pessoas aqui se organizan-

do para tráfico transnacional e associação para o cometimento de tráfico transnacional de grandes quantidades de cocaína, distribuídas na Europa (...), decreto a prisão preventiva que será executada nesse momento pela Polícia Federal.
(transcrição - mídia digital - fls. 120)

Em que pese as razões aduzidas pelo Juízo impetrado, o que se vislumbra dos documentos carreados aos autos é que houve autorização para que a paciente participasse das audiências, conforme se verifica através do mandado de intimação às fls. 100, alínea “E” (cópia às fls. 224vº/225). Mesmo com a redesignação das audiências, não houve proibição de comparecimento da paciente a estes atos processuais (fl. 201vº).

Ressalte-se, ademais, que quando da concessão da ordem para substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, no *habeas corpus* nº 0011137-95.2016.4.03.0000, não houve qualquer determinação de incomunicabilidade com os demais corréus da “Operação Arepa”, estando o julgado assim ementado:

HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO AREPA. PRISÃO PREVENTIVA. CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE COM DOIS FILHOS MENORES DE 12 ANOS. ARTIGO 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conversão da prisão temporária em preventiva.
2. Operação Arepa. Tráfico internacional de drogas. Apreensão de enorme quantidade de entorpecente e valores em moeda estrangeira.
3. Decisão impugnada devidamente fundamentada. Apontados os fatos levados em consideração para concluir pelo envolvimento da paciente e demais pessoas investigadas que comporiam organização criminosa, periculosidade dos envolvidos e previsível atuação deles no sentido de impedir a obtenção de provas, dilapidar/ocultar o patrimônio amealhado por meio da conduta criminosa e frustrar efetiva aplicação da lei penal.
4. Apontados fundamentos suficientes para o decreto de prisão cautelar. Segregação - única medida capaz de garantir a ordem pública e econômica, e a aplicação da lei penal.
5. Constrangimento ilegal não verificado.
6. Paciente tem duas filhas, uma com 9 anos e a outra com 3 anos de idade.
7. *Prisão domiciliar*. Lei 13.257/2016 alterou a redação do artigo 318 do Código de Processo Penal. Expansão das hipóteses de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Inciso V - hipótese de mulher com filho de até 12 (doze) anos incompletos.
8. *Cabível a substituição da prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar. Liminar confirmada.*
9. *Informação da Polícia Federal no sentido de impossibilidade de fiscalizar o cumprimento da prisão domiciliar. Necessidade de adoção de outras medidas para que seja efetivada a fiscalização.*
10. *Juízo de primeiro grau deve providenciar adoção das medidas que entender eficazes e suficientes, com o fim de fiscalizar o cumprimento da prisão cautelar, dentre as discriminadas: a) determinação para que a paciente se apresente em juízo, semanal ou quinzenalmente; b) verificação, por oficial de justiça, da presença da paciente no local do cumprimento da prisão domiciliar (residência da paciente), a qualquer hora do dia ou da noite, em qualquer dia da semana; c) uso de tornozeleira eletrônica.* As medidas poderão ser deprecadas ao juízo da comarca em que se dá o cumprimento da prisão domiciliar, se necessário.
11. Ordem concedida.

Por sua vez, destaco que também não houve qualquer determinação, pelo MM. Juiz Federal Arnaldo Dordetti Junior, responsável pela regulamentação da prisão domiciliar, de inco-

municabilidade com os demais corréus, conforme se verifica através da decisão de fls. 41/42.

Diga-se que, ainda que não houvesse autorização explícita para que a paciente participasse das audiências de interrogatório dos demais réus, como de fato existe (fls. 100 e fls. 224^vº/225), o seu comparecimento não teria o condão de configurar descumprimento da prisão domiciliar, uma vez que o comparecimento aos atos processuais, longe de configurar ato afrontoso à dignidade da Justiça, é sempre buscado e imposto pela legislação e decisões judiciais.

Como bem apontou o ilustre membro do *Parquet* às fls. 233/234, está incluso no direito de defesa do réu sua participação em todos os atos processuais, dentre os quais as audiências de interrogatório dos corréus, conforme se depreende do seguinte julgado do STF:

“HABEAS CORPUS” - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - RÉU PRESO - PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL - PLEITO RECUSADO - REQUISIÇÃO JUDICIAL NEGADA SOB FUNDAMENTO DA PERICULOSIDADE DO ACUSADO - INADMISSIBILIDADE - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA: UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DA CLÁUSULA DO “DUE PROCESS OF LAW” - CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA (DIREITO DE AUDIÊNCIA E DIREITO DE PRESENÇA) - PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS/ONU (ARTIGO 14, N. 3, “D”) E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ARTIGO 8º, § 2º, “D” E “F”) - DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR, AO RÉU PRESO, O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA ESSENCIAL, ESPECIALMENTE A DE COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRIRÃO DAS TESTEMUNHAS, AINDA MAIS QUANDO ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA OU GOVERNAMENTAL NÃO PODEM LEGITIMAR O DESRESPEITO NEM COMPROMETER A EFICÁCIA E A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO.

- *O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório.* São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm - nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência.

- *O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do “due process of law” e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu.* Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, “d”) e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, “d” e “f”).

- Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes.

(HC 86634, CELSO DE MELLO, STF.)

Por outro lado, em relação à questão da incomunicabilidade, sobre não ter havido deter-

minação nesse sentido, a paciente já tinha sido interrogada e, portanto, não havia óbice a que presenciasse o interrogatório dos demais réus, em exercício da autodefesa.

Logo, arbitrária a decisão e mesmo afrontosa à decisão anterior deste E. Tribunal.

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM DE *HABEAS CORPUS* para revogar a prisão preventiva e restabelecer a prisão domiciliar, nos exatos termos do acórdão proferido no HC nº 0011137-95.2016.4.03.0000.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

“HABEAS CORPUS”
0003207-89.2017.4.03.0000
(2017.03.00.003207-2)

Impetrantes: DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Paciente: JAIRO SANTOS COSTA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: HC 71721
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/08/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. HC Nº 126.292 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição a pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de 2 (dois) salários mínimos, pela prática do delito do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, com a substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos.

2. Em sessão de 08.06.15, a 5ª Turma deste Tribunal, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação do paciente para reduzir a condenação para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa, bem como reconhecer a inaplicabilidade do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, mantidos os demais termos da sentença.

3. O paciente interpôs recursos especial e extraordinário, cujo desfecho se aguarda.

4. A autoridade impetrada, após manifestação do Ministério Público Federal, determinou o início da execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao paciente, decisão contra a qual se insurgem os impetrantes nestes autos.

5. Em Sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em 17.02.16, firmou o entendimento, segundo o qual “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” (STF, HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). Em regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (STF, Repercussão geral em ARE nº 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). A 5ª Turma do TRF da 3ª Região decidiu pela expedição de carta de sentença após esgotadas as vias ordinárias (TRF da 3ª Região, ACr nº 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr nº 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).

6. O Supremo Tribunal Federal proclamou a legitimidade da execução provisória da sentença penal condenatória (STF, Repercussão geral em ARE nº 964.246, Rel. Min.

Teori Zavascki, j. 10.11.16). Cumpre, portanto, dar eficácia a esse entendimento, que não faz distinção entre as penas privativa de liberdade e restritivas de direito, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ, AgRg no AREsp nº 826955, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 01.06.17; AgRg no HC nº 366460, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 20.04.17).

7. Diante do esgotamento das vias recursais ordinárias, não se verifica ilegalidade ou abuso na decisão que ordenou o início da execução das penas restritivas de direitos.

8. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, revogar a liminar concedida e denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de agosto de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos Ilustres advogados, Drs. David Teixeira de Azevedo, Moroni Morgado Costa, Sandro Segnini, André Azevedo, Paulo Henrique Ramos e Reinaldo Staliano, em favor do paciente Jairo Santos Costa, contra ato do MM. Juízo Federal da 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo (SP), com o objetivo de “sobrestamento do feito de origem, com recolhimento do mandado de prisão, até julgamento do mérito do writ. No mérito, requerem a concessão da ordem para confirmar a liminar e a suspensão do feito de origem até os julgamentos definitivos dos Recursos Especial e Extraordinário” (fls. 10/11).

Os impetrantes alegam, em síntese, o seguinte:

a) o acórdão deste E. Tribunal na Ação Penal nº 0009590-82.2008.4.03.6181, impôs ao paciente, pela prática do delito do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, substituindo-a por penas restritivas de direitos;

b) contra o acórdão foi interposto recurso especial e extraordinário às instâncias superiores. O recurso especial foi admitido e contra a decisão que rejeitou o recurso extraordinário foi interposto agravo. Os recursos tramitam eletronicamente e encontram-se pendentes de julgamento pelas Cortes Superiores. O acórdão não transitou em julgado;

c) porém, tendo em vista o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292 e ADCs ns. 43 e 44, a autoridade coatora abriu vista ao Ministério Público Federal para que se manifestasse acerca da possibilidade de execução provisória do acórdão confirmatório da condenação;

d) O MPF manifestou-se favoravelmente e, por sua vez, a defesa requereu o sobrestamento do feito até o seu trânsito em julgado, com base no art. 147 da Lei de Execução Penal (LEP), não alcançado pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça;

e) mesmo assim, a autoridade coatora indeferiu o pedido da defesa e determinou o imediato início da execução provisória da pena, com a determinação da expedição do respectivo

mandado de prisão contra o paciente, embora tenha havido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, havendo nítido constrangimento ilegal;

f) trata-se de pena restritiva de direitos cujo efetivo cumprimento depende do trânsito em julgado da condenação por previsão expressa do art. 147 da LEP;

g) os mencionados precedentes do Supremo Tribunal Federal não declararam a inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, estando esse dispositivo legal em pleno vigor, havendo afronta ao princípio da presunção de inocência em razão da decisão proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara Criminal de São Paulo (SP) que determinou a execução provisória, antes do trânsito em julgado;

h) o Superior Tribunal de Justiça não admite a aplicação do recente entendimento do Supremo Tribunal Federal a casos em que a pena privativa de liberdade seja substituída por penas restritivas de direitos. O próprio Supremo Tribunal Federal, quando admite o cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, não o admite para as penas alternativas à prisão, conforme precedentes citados no presente *writ*, inclusive desta Corte Regional;

i) assim, em respeito ao teor do art. 147 da LEP, impõe-se o sobrestamento do processo até julgamento definitivo dos recursos interpostos às instâncias superiores (fls. 2/11).

Foram juntados documentos aos autos (fls. 12/85).

O pedido liminar foi deferido para suspender os trâmites da execução penal (fls. 87/88v.).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 95/97v.).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem e revogação da liminar (fls. 122/127).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

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

Execução provisória. HC nº 126.292 do Supremo Tribunal Federal. Esgotamento das vias ordinárias. Em Sessão Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em 17.02.16, firmou o entendimento, segundo o qual “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” (STF, HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16). Em regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (STF, Repercussão geral em ARE nº 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). A 5ª Turma do TRF da 3ª Região decidiu pela expedição de carta de sentença após esgotadas as vias ordinárias (TRF da 3ª Região, ACr nº 2014.61.19.005575-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 06.02.17 e TRF da 3ª Região, ED em ACr nº 2013.61.10.004043-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.02.17).

Penas restritivas de direito. Execução provisória. Admissibilidade. O Supremo Tribunal Federal proclamou a legitimidade da execução provisória da sentença penal condenatória (STF, Repercussão geral em ARE nº 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.16). Cumpre, portanto, dar eficácia a esse entendimento, que não faz distinção entre as penas privativa de liberdade e restritivas de direito, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ,

AgRg no AREsp nº 826955, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 01.06.17; AgRg no HC nº 366460, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 20.04.17).

Do caso dos autos. O paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição a pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de 2 (dois) salários mínimos, pela prática do delito do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, com a substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos. Foi fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) o valor mínimo da reparação dos danos causados à coletividade, a teor do disposto no art. 387, IV do Código de Processo Penal.

Em sessão de 08.06.15, a 5ª Turma deste Tribunal, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação da defesa do acusado para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*), reduzindo-lhe a pena em 1/6 (um sexto), de forma que restou condenado a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa, bem como para reconhecer a inaplicabilidade do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, mantidos os demais termos da sentença.

Houve a interposição de recurso especial pela defesa do paciente, o qual foi admitido pela Vice-Presidência desta Corte. Houve, também, a interposição de recurso extraordinário pela defesa do paciente, o qual foi inadmitido pela Vice-Presidência desta Corte, tendo sido interposto agravo pela defesa (cópias anexadas ao presente *writ*).

Após retorno dos autos ao Juízo de origem, o Ilustre Procurador da República, com a confirmação da condenação pelo Tribunal, manifestou-se pela expedição da guia de recolhimento provisório, com a imediata execução provisória da pena.

O Juízo *a quo*, a despeito de haver Agravo em Recurso Extraordinário pendente de julgamento, bem como Recurso Especial admitido e remetido ao Superior Tribunal de Justiça, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do réu, ora paciente Jairo Santos Costa, para que seja iniciada a execução provisória do Julgado com fundamento no entendimento do Supremo Tribunal Federal que admite o início de cumprimento provisório de pena após a confirmação do decreto condenatório em grau de apelação (cópia anexada ao *writ*).

Os impetrantes sustentam o constrangimento ilegal decorrente da decisão da autoridade impetrada e postulam a suspensão da execução penal provisória diante da ausência de trânsito em julgado do decreto condenatório, pois que pendente de julgamento nesta Corte Regional o Agravo em Recurso Extraordinário não admitido, bem como pendente, ainda, o Recurso Especial nº 1558157 em trâmite no C. Superior Tribunal de Justiça.

Não há constrangimento ilegal a sanar.

Consoante o entendimento acima exposto, admite-se a execução provisória da sanção criminal após o esgotamento das vias recursais ordinárias. Ademais, os Tribunais Superiores não diferenciam a natureza da sanção, se privativa de liberdade ou restritiva de direitos, para fins de execução penal provisória, de forma que não há óbice, no presente caso, para o prosseguimento dos atos executórios contra o paciente.

Anoto que a autoridade impetrada, ao prestar as informações, esclareceu que revogou a ordem de prisão contra o paciente, em decisão de 02.06.17 (fl. 116), haja vista que a pena de reclusão restara substituída por penas restritivas de direitos.

Ante o exposto, revogo a liminar concedida e DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Tributário



AGRAVO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0004647-77.2013.4.03.6106

(2013.61.06.004647-4)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: R.DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: EMAR IND/ E COM/ DE PLÁSTICOS LTDA.

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: AMS 364206

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2017

EMENTA

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - IPI - BASE DE CÁLCULO - VALOR DO FRETE - RESERVA DE PLENÁRIO.

1. A modificação da base de cálculo tributária exige lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, “a”, da Constituição Federal.
2. Não há violação à cláusula de reserva de plenário na aplicação, ao caso concreto, do entendimento fixado em sede de repercussão geral pelo próprio Supremo Tribunal Federal.
3. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de junho de 2017.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que negou provimento à apelação e à remessa oficial.

A União, ora agravante, argumenta que a inclusão do valor do frete, na base de cálculo do IPI, não foi analisada no julgamento do RE 567.935/SC.

Aponta violação à Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal, porque não teria sido respeitada a cláusula de reserva de plenário.

Sem resposta.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

A modificação da base de cálculo tributária exige lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, “a”, da Constituição Federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no regime de que tratava o artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973:

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - VALORES DE DESCONTOS INCONDICIONAIS - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO - ARTIGO 15 DA LEI Nº 7.798/89 - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - LEI COMPLEMENTAR - EXIGIBILIDADE.

Viola o artigo 146, inciso III, alínea “a”, da Carta Federal norma ordinária segundo a qual hão de ser incluídos, na base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, os valores relativos a descontos incondicionais concedidos quando das operações de saída de produtos, prevalecendo o disposto na alínea “a” do inciso II do artigo 47 do Código Tributário Nacional. (STF, RE 567935/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 03-11-2014 PUBLIC 04-11-2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPI. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO VALOR DO FRETE DO PRODUTO. ARTIGO 15 DA LEI Nº 7.798/1989. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. CONTROVÉRSIA ABARCADA PELO TEMA Nº 84 DA REPERCUSÃO GERAL. RE 567.935. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(STF, RE 926064 AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe-039 DIVULG 01-03-2016 PUBLIC 02-03-2016).

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. IPI. Base de cálculo. Valor da operação. *Inclusão do valor do frete. Impossibilidade por lei ordinária. Artigo 146, III, a, da CF.*

1. No julgamento do RE nº 567.935-RG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Corte firmou a orientação de que, sendo o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria a base de cálculo do imposto sobre produtos industrializados (IPI), tal como definida na alínea a do inciso II do art. 47 do Código Tributário Nacional, padece de inconstitucionalidade formal lei ordinária que, a pretexto de disciplinar a base de cálculo do tributo, extrapola as balizas quantitativas constantes do Código Tributário Nacional, por afronta ao art. 146, III, a, da CF.

2. Agravo regimental não provido.

(STF, RE 567276 AgR/SC, Segunda Turma, Rel. DIAS TOFFOLI, DJe-222 DIVULG 06-11-2015 PUBLIC 09-11-2015).

Não há violação à cláusula de reserva de plenário na aplicação, ao caso concreto, do entendimento fixado em sede de repercussão geral pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006247-43.2016.4.03.6102
(2016.61.02.006247-0)

Apelantes: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) E SUMIRE N M MAEDA - ME
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AMS 367831
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DIREITO ADUANEIRO. CD's/DVD's, ETC., CONTENDO JOGO ELETRÔNICO PARA APARELHO DE *VIDEOGAME*. *SOFTWARE*. REGULAMENTO ADUANEIRO, ARTIGO 81, *CAPUT*. INCIDÊNCIA.

1. A decisão da Receita Federal, ao equiparar os *cd's/dvd's*, peças integrantes dos *softwares* que compõem os *videogames* em processo de importação, objetos da presente demanda, à mídia digital de música e filmes, afastando a regra insculpida no artigo 81, *caput*, do Regulamento Aduaneiro, acaba por acarretar um aumento da base de cálculo do tributo, ao arrepio da legislação de regência.

2. Com efeito, como já inclusive assinalou o I. *Parquet* em outra assentada, em que se debruçava exatamente sobre o tema trazido a exame, "(...) não cabe no caso em tela, aplicar o valor do acréscimo do valor do *software*, tendo em vista se tratar apenas de suporte físico, que permite o processamento de dados ao ser acompanhado de outros programas, não estando configurada, inclusive, a possibilidade do conceito de *software* ser integrado a uma valoração do trabalho intelectual e artístico dos programadores, conforme entendimento exarado na r. sentença" - AMS 2016.61.02.000538-3/SP.

3. Precedentes: esta E. Corte, na AMS 2016.61.02.000538-3/SP, Relator Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, Quarta Turma, j. 07/12/2016, D.E. 24/01/2017; no Ag. Leg. em AC/REEX 2010.61.19.009253-7/SP, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, j. 07/04/2016, D.E. 20/04/2016; no Alega. em AC/REEX 2014.61.02.006588-7/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDE-NHO, Terceira Turma, j. 19/11/2015, D.E. 30/11/2015; e no AI 2010.03.00.024342-8/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 10/03/2011, D.E. 06/04/2011; em idêntico andar, o C. STJ, no REsp 1.478.412/PR, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, decisão de 18/04/2016, DJe 20/04/2016.

4. Apelação da impetrante a que se dá provimento para conceder a segurança e determinar que a autoridade impetrada se abstenha de realizar o acréscimo do valor do *software* ao do suporte físico do produto, para fins de apuração dos valores devidos no desembaraço aduaneiro, nos termos aqui explicitados.

5. Apelação da União Federal e remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 19 de julho de 2017.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de mandado de segurança objetivando o desembaraço de *videogames* importados, afastando-se o acréscimo do valor do *software* ao do suporte físico do produto.

O MM. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança relativamente às importações de *softwares* de videogame inseridos em suportes físicos que não contenham circuitos integrados, semicondutores ou similares.

Irresignadas, recorreram ambas as partes.

A impetrante, pugnando pelo reconhecimento integral do pedido.

A União Federal, por seu turno, sustentando, em apertada síntese, a legalidade do procedimento administrativo-fiscal adotado.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, não vislumbrando interesse público a demandar a sua intervenção, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

A segurança deve ser integralmente concedida.

A questão trazida aos autos, atinente ao acréscimo, efetuado pela Receita Federal, quando do despacho aduaneiro, da cobrança do valor atinente ao *software* ao do suporte físico do produto, encontra seu deslinde no Regulamento Aduaneiro, o Decreto nº 6.759, de 05/02/2009, em especial o seu artigo 81, *verbis*:

Art. 81. O valor aduaneiro de suporte físico que contenha dados ou instruções para equipamento de processamento de dados será determinado considerando unicamente o custo ou valor do suporte propriamente dito (Acordo de Valoração Aduaneira, Artigo 18, parágrafo 1, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 1994; e Decisão 4.1 do Comitê de Valoração Aduaneira, aprovada em 12 de maio de 1995).

§ 1º Para efeitos do disposto no *caput*, o custo ou valor do suporte físico será obrigatoriamente destacado, no documento de sua aquisição, do custo ou valor dos dados ou instruções nele contidos.

§ 2º O suporte físico referido no *caput* não compreende circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares, ou bens que contenham esses circuitos ou dispositivos.

§ 3º Os dados ou instruções referidos no *caput* não compreendem as gravações de som, de cinema ou de vídeo.

No caso em tela busca a impetrante que ao valor das importações de *videogames* não seja agregado o valor do suporte físico dos produtos - *cd's*, *dvd's*, etc. -, nos termos da classificação fixada pela Solução de Consulta nº 472, de 08/10/2007, da Secretaria da Receita Federal, *verbis*:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep RECEITAS DECORRENTES DA COMERCIALIZAÇÃO, LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE USO DE *SOFTWARES*. IMPORTADOS. INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA DA CONTRIBUIÇÃO. Estão sujeitas à incidência da contribuição para o PIS/Pasep calculada pela sistemática não cumulativa as receitas auferidas por empresa de serviços de informática, pessoa jurídica tributada pelo IRPJ pelo lucro real, decorrentes da comercialização, licenciamento ou cessão de direitos de uso de *softwares* importados, por força do parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, c/c art. 15, inciso V, da mesma Lei, sendo irrelevante, para efeito de aplicação do disposto nesse parágrafo que a importação dos *softwares* tenha sido concretizada pela própria empresa que efetua sua comercialização, licenciamento ou cessão de uso, ou por outra pessoa, física ou jurídica. Estão sujeitas à incidência da contribuição para o PIS/Pasep calculada pela sistemática cumulativa, as receitas auferidas pelas mesmas empresas de serviços de informática, decorrentes de serviços de instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de *softwares*, prestados independentemente, mesmo que envolvendo *softwares* importados pela própria empresa prestadora dos serviços ou por terceiros, por força do disposto no inciso XXV do art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, c/c art. 15, inciso V, da mesma lei, não se aplicando nessa hipótese a restrição do parágrafo 2º de seu art. 10. Todavia, se os serviços de instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização forem prestados como parte necessária, integrante e indissociável do contrato de venda, licenciamento ou cessão de uso de *softwares* importados, estando seu valor incluído no preço cobrado pelo respectivo *software*, seu licenciamento ou cessão de uso, sem serem faturados isoladamente, então serão tributados pela sistemática não cumulativa, conforme o parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 10.833. Dispositivos Legais: Lei nº 10.833, de 2003, art. 10, inciso XXV e § 2º, incluídos pela Lei nº 11.051, de 2004, art. 15, inciso V, da Lei nº 10.833, de 2002; Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 31, inciso I e II; Decreto nº 4.543, de 2002, art. 103, incisos I e II; IN SRF nº 560, de 2005, e alterações, art. 4º, incisos I, II e IV. Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins RECEITAS DECORRENTES DA COMERCIALIZAÇÃO, LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE USO DE *SOFTWARES*. IMPORTADOS. INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA DA CONTRIBUIÇÃO. Estão sujeitas à incidência Cofins calculada pela sistemática não cumulativa as receitas auferidas por empresa de serviços de informática, pessoa jurídica tributada pelo IRPJ pelo lucro real, decorrentes da comercialização, licenciamento ou cessão de direitos de uso de *softwares* importados, por força do parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, sendo irrelevante, para efeito de aplicação do disposto nesse parágrafo, que a importação dos *softwares* tenha sido concretizada pela própria empresa que efetua sua comercialização, licenciamento ou cessão de uso, ou por outra pessoa, física ou jurídica. Estão sujeitas à incidência da Cofins calculada pela sistemática cumulativa, as receitas auferidas pelas mesmas empresas de serviços de informática, decorrentes de serviços de instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de *softwares*, prestados independentemente, mesmo que envolvendo *softwares* importados pela própria empresa prestadora dos serviços ou por terceiros, por força do disposto no inciso XXV do art. 10 da Lei nº 10.833, de 2003, c/c art. 15, inciso V, da mesma lei, não se aplicando nessa hipótese a restrição do parágrafo 2º de

seu art. 10. Todavia, se os serviços de instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização forem prestados como parte necessária, integrante e indissociável do contrato de venda, licenciamento ou cessão de uso de *softwares* importados, estando seu valor incluído no preço cobrado pelo respectivo *software*, seu licenciamento ou cessão de uso, sem serem faturados isoladamente, então serão tributados pela sistemática não cumulativa, conforme o parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 10.833. Dispositivos Legais: Lei nº 10.833, de 2003, art. 10, inciso XXV e § 2º, incluídos pela Lei nº 11.051, de 2004; Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 31, inciso I e II; Decreto nº 4.543, de 2002, art. 103, incisos I e II; IN SRF nº 560, de 2005, e alterações, art. 4º, incisos I, II e IV.

Com efeito, como já inclusive assinalou o I. *Parquet* em outra assentada, em que se debruçava exatamente sobre o tema trazido a exame, “(...) não cabe no caso em tela, aplicar o valor do acréscimo do valor do *software*, tendo em vista se tratar apenas de suporte físico, que permite o processamento de dados ao ser acompanhado de outros programas, não estando configurada, inclusive, a possibilidade do conceito de *software* ser integrado a uma valoração do trabalho intelectual e artístico dos programadores, conforme entendimento exarado na r. sentença” - AMS 2016.61.02.000538-3/SP.

Destarte, a decisão da Receita Federal, ao equiparar os *cd's/dvd's*, etc., peças integrantes dos *softwares* que compõem os *videogames* em processo de importação, objetos da presente demanda, à mídia digital de música e filmes, afastando a regra insculpida no referido artigo 81, *caput*, do Regulamento Aduaneiro, acaba por acarretar um aumento da base de cálculo do tributo, ao arrepio da legislação de regência.

Nesse exato sentido, aliás, colho os seguintes arestos, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. DIREITO ADUANEIRO. CD's/DVD's CONTENDO JOGO ELETRÔNICO PARA APARELHO DE VIDEOGAME. *SOFTWARE*. REGULAMENTO ADUANEIRO, ARTIGO 81, *CAPUT*. INCIDÊNCIA.

1. A decisão da Receita Federal, ao equiparar os *cd's/dvd's*, peças integrantes dos *softwares* que compõem os *videogames* em processo de importação, objetos da presente demanda, à mídia digital de música e filmes, afastando a regra insculpida no artigo 81, *caput*, do Regulamento Aduaneiro, acaba por acarretar um aumento da base de cálculo do tributo, ao arrepio da legislação de regência.

2. Como bem pontuou o I. *Parquet*, em seu parecer de fls. 108 e ss. do presente writ, “(...) não cabe no caso em tela, aplicar o valor do acréscimo do valor do *software*, tendo em vista se tratar apenas de suporte físico, que permite o processamento de dados ao ser acompanhado de outros programas, não estando configurada, inclusive, a possibilidade do conceito de *software* ser integrado a uma valoração do trabalho intelectual e artístico dos programadores, conforme entendimento exarado na r. sentença”.

3. Precedentes: esta E. Corte, no Ag. Leg. em AC/REEX 2010.61.19.009253-7/SP, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, j. 07/04/2016, D.E. 20/04/2016; no Ag. Leg. em AC/REEX 2014.61.02.006588-7/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Terceira Turma, j. 19/11/2015, D.E. 30/11/2015; e no AI 2010.03.00.024342-8/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 10/03/2011, D.E. 06/04/2011; em idêntico andar, o C. STJ, no REsp 1.478.412/PR, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, decisão de 18/04/2016, DJe 20/04/2016.

4. Apelação a que se dá provimento para conceder a segurança e determinar que a autoridade impetrada se abstenha de realizar o acréscimo do valor do *software* ao do suporte físico do produto, nos termos aqui explicitados.

(AMS 2016.61.02.000538-3/SP, Relator Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, Quarta Turma, j. 07/12/2016, D.E. 24/01/2017)

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. *REFORMATIO IN PEJUS*. RECONHECIDO. INCIDÊNCIA DO ART. 81 DO DECRETO 6.759/09 À MÍDIA DE VIDEO GAME. CONFIGURAÇÃO COMO *SOFTWARE*. AGRAVO LEGAL PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEUS TERMOS.

1. Como a impetrante não se insurgiu quanto à necessidade de pagamento dos tributos devidos referentes as mídias de videogame então retidas e posteriormente consideradas abandonadas, não cabe discuti-la em sede recursal, não obstante posicionamento balizado pelo STJ pelo ilegalidade do próprio ato de retenção tendo por objeto meramente a reclassificação fiscal.

2. Restringindo o objeto recursal ao enquadramento da mídia de videogame para fins da incidência do art. 81 do Decreto 6.759/09, mister reconhece-la como *software*, já que se amolda ao conceito previsto no art. 1º da Lei 9.609/98.

3. A tese de que a finalidade da mídia como entretenimento afastaria a aplicação do art. 81 deve ser refutada. Do cotejo das duas normas aventadas, conclui-se não haver qualquer restrição quanto à finalidade do *software*, seja para sua definição ou para a abrangência da delimitação de sua base de cálculo como o custo do suporte físico, não cabendo à Administração, sponte sua, restringir uma determinação legal.

4. A especificidade de classificação presente na NCM (950410) não abala o argumento, visto ter por finalidade a uniformização das categorias aduaneiras utilizadas pelos membros do MERCOSUL, em nada interferindo na legislação interna quanto ao cálculo da incidência de tributos internos.

5. O fato da mídia do videogame conter imagens, vídeos e som não implica na aplicação do § 3º do referido art., claramente destinado a mídias com capacidade restrita à reprodução daquelas informações, como DVD's de filmes, shows, etc.

6. Agravo legal parcialmente provido. Sentença mantida em seus termos.

(Ag.Leg. em AC/REEX 2010.61.19.009253-7/SP, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, j. 07/04/2016, D.E. 20/04/2016)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA. *SOFTWARE*. DVD DE JOGO.

I - Observa-se que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, por mera decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, o parágrafo 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Justificada, portanto, a decisão solitária deste Relator.

II - Os jogos de vídeo devem ser classificados como *softwares*, de acordo com a leitura do artigo 81 do regulamento aduaneiro cumulado com o artigo 1º da Lei nº 9.609/98. A divergência quanto à classificação fiscal não justifica a retenção da mercadoria.

III - Agravo legal não provido.

(Ag.Leg. em AC/REEX 2014.61.02.006588-7/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Terceira Turma, j. 19/11/2015, D.E. 30/11/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LIBERAÇÃO DE MERCADORIA - *SOFTWARE* - DVD DE JOGO.

1 - Os jogos de vídeo devem ser classificados como *softwares*, de acordo com a leitura do artigo 81 do Regulamento Aduaneiro cumulado com o artigo 1º da Lei nº 9.609/98.

2- A agravada realizou, com a anuência da Receita Federal (conforme cópias de consultas administrativas anexadas), várias importações com fundamento no artigo 81, do Regulamento

Aduaneiro, sendo certo que apenas depois a autoridade fiscal, com base em uma Solução de Consulta realizada para um terceiro, determinou o afastamento do mencionado artigo para o presente caso.

3 - É incontroverso que os DVDs de jogos não são meras gravações de som, cinema e vídeo, mas *softwares*, nem suportes com circuitos integrados, semicondutores e dispositivos análogos, mas suportes para leitura óptica, como se extrai das referidas soluções de consulta ns. 177/07 e 178/07, fls. 566 e 567.

4 - O art. 1º da Lei nº 9.609/98 não estabeleceu restrição alguma quanto aos fins do programa, não cabendo à autoridade fazê-lo.

5 - Agravo de instrumento desprovido.

(AI 2010.03.00.024342-8/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 10/03/2011, D.E. 06/04/2011)

Em idêntico andar, REsp 1.478.412/PR, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, decisão de 18/04/2016, DJe 20/04/2016.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da impetrante para conceder a segurança e determinar que a autoridade impetrada se abstenha de realizar o acréscimo do valor do *software* ao do suporte físico do produto, para fins de apuração dos valores devidos no desembaraço aduaneiro, nos termos aqui explicitados, e nego provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora