

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXIII - N. 153 - ABRIL/JUNHO DE 2022 - ISSN 1982-1506



A troca de informações fiscais e o seu reflexo nos direitos fundamentais
Regiane Wrobel Duarte



Da penhora "on line" na execução fiscal e do crime de abuso de autoridade (art. 36 da Lei nº 13.869/2019)
Rodrigo Fernandes Lobo da Silva



**A tributação como mecanismo de proteção ambiental:
Direito Tributário Ambiental**
Patrícia Canton

É possível que o Poder Judiciário se imiscua em qualquer seara?
Fábio Rubem David Müzel

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista

Desembargador Federal Souza Ribeiro

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXXIII	n. 153	p. 1-419	Abr./Jun. 2022

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Souza Ribeiro

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa: Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Av. Paulista, 1.842, Torre Sul, 6º andar
CEP 01310-936 - São Paulo - SP
www.trf3.jus.br
revista@trf3.jus.br



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Presidente⁽²⁾
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004 - Vice-Presidente⁽³⁾
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003 - Corregedor-Regional ⁽⁴⁾
 Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
 NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
 Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
 THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
 MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 ⁽⁵⁾
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
 NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
 MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
 TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
 MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
 MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
 GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
 HÉLIO Egidio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
 PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
 WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
 NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
 VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
 CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
 INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018
 José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020
 LEILA PAIVA Morrison - 21/12/2021

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 10/03/2022.

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

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

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS - Presidente

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CARLOS FRANCISCO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA
CONSUELO YOSHIDA
NELTON DOS SANTOS

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

MAIRAN MAIA
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
SOUZA RIBEIRO
PAULO DOMINGUES

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO
CARLOS DELGADO - Presidente
INÊS VIRGÍNIA
MARCELO GUERRA - Juiz Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA
DAVID DANTAS - Presidente
DENILSON BRANCO - Juiz Federal

NONA TURMA:

DALDICE SANTANA - Presidente
GILBERTO JORDAN
NILSON LOPES - Juiz Federal
MONICA BONAVINA - Juíza Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
NELSON PORFÍRIO
LEILA PAIVA

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO - Presidente

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)

EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
LUCIA URSIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 14/03/2018)
ANDRÉ NEKATSCHALOW (15/03/2018 a 11/03/2020)
BAPTISTA PEREIRA (12/03/2020 a 09/03/2022)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>É possível que o Poder Judiciário se imiscua em qualquer seara?</i> Fábio Rubem David Müzel	15
<i>A troca de informações fiscais e o seu reflexo nos direitos fundamentais</i> Regiane Wrobel Duarte	33
<i>Da penhora “on-line” na execução fiscal e do crime de abuso de autoridade (art. 36 da Lei nº 13.869/2019)</i> Rodrigo Fernandes Lobo da Silva	55
<i>A tributação como mecanismo de proteção ambiental: direito tributário ambiental</i> Patrícia Canton	73

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>ECT. Execução de contrato de permissão de exploração de agência de correio comercial. Irregularidades financeiras e não financeiras. Alegação de caso fortuito/força maior. Inexistência de ilegalidade na conduta da ECT, cuja atuação se deu em conformidade com o contrato de permissão.</i> Ag ApCiv 0012434-73.2016.4.03.6100 Desembargador Federal Johonsom Di Salvo	91
<i>ANTT. Alienação de veículo. Multas posteriores à alienação. Anulação. Precedentes STJ.</i> ApCiv 5003415-28.2017.4.03.6130 Desembargador Federal Marcelo Saraiva	99
<i>Concurso público. Classificação. Reposicionamento ao final da lista de aprovados. Possibilidade. Ausência de prejuízo à administração e aos demais candidatos.</i> ApCiv 5002151-50.2019.4.03.6115 Desembargador Federal Carlos Muta	103

FGTS. Pandemia da COVID-19. Liberação integral de valores da conta vinculada. Impossibilidade.

ApCiv 5015811-25.2020.4.03.6100

Desembargador Federal Peixoto Junior 106

CRM. Processo ético-profissional. Cassação do direito de exercício profissional. Nulidade do processo por cerceamento de defesa. Inexistência.

ApCiv 5022182-05.2020.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira 112

DIREITO CIVIL

ECT. Locação de imóvel. Renovação. Revisão. Homologação do valor obtido em perícia. Honorários majorados.

ApelRemNec 0021022-74.2013.4.03.6100

Desembargador Federal Valdeci dos Santos..... 121

DIREITO CONSTITUCIONAL

Estrangeiro. Refúgio. Pedido de transformação em caráter permanente. Decisão administrativa. Anulação. Ausência de intimação. Prejuízo ao interessado. Lei nº 9.784/1999. Aplicação. Princípio da publicidade e da transparência. Dever de observância pela administração.

ApCiv 0000193-04.2015.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior.....129

Direitos fundamentais. Interceptação telefônica. Divulgação indevida de conteúdo. Violação a limites constitucionais e legais. Exclusão de conteúdo indevido da rede mundial de computadores. Compensação por danos morais. Erro judiciário. Operação “lava jato”. Lesão a prerrogativas da advocacia e a direitos da personalidade do ofendido. Pertinência subjetiva dos provedores de conteúdo responsáveis.

ApCiv 0008034-16.2016.4.03.6100

Desembargador Federal Hélio Nogueira 134

Assistência social. Benefício de prestação continuada ao idoso e à pessoa com deficiência. Análise da miserabilidade em conjunto com demais fatores. Impedimento de longo prazo incontroverso. Hipossuficiência econômica não demonstrada. Propriedade como meio de subsistência. Fonte de renda da família. Rendimentos suficientes para fazer frente aos gastos essenciais.

ApCiv 5004230-53.2020.4.03.9999

Desembargador Federal Carlos Delgado 155

Saúde. Tratamento médico. Prestação de serviço público. Necessidade de realização de procedimento cirúrgico. Comprovação.

ApCiv 5017166-70.2020.4.03.6100

Desembargador Federal André Nabarrete..... 166

Liberdade do exercício profissional. Despachantes documentalistas. Registro no Conselho. Ausência de previsão legal sob a égide da Lei nº 10.602/2002. Exigência a partir da superveniência da Lei nº 14.282/2021.

RemNecCiv 5003890-35.2021.4.03.6100

Desembargador Federal Paulo Domingues 170

Direito à educação. Pessoa portadora de deficiência física. Vestibular. Vaga. Laudo médico. Indicação da patologia. CID equivocado. Ponderação de direito fundamentação.

AI 5015706-78.2021.4.03.0000

Desembargadora Federal Mônica Nobre 174

DIREITO PENAL

Crime ambiental. Artigo 50-A da Lei nº 9.605/1998. Causa excludente de ilicitude. Área de assentamento rural. Desmatamento para sobrevivência. Receptação. Crime acessório.

ApCrim 0000043-16.2013.4.03.6125

Desembargador Federal Nino Toldo 181

Dano qualificado. Ausência de provas acerca do teor do cântico proclamado pelo increpado em seu dialeto. Ataque perpetrado unicamente por terceiros. Tráfico transnacional de drogas. Impossibilidade de desclassificação.

ApCrim 0001325-94.2018.4.03.6002

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 187

Crime de contrabando. Máquinas caça-níqueis. Materialidade e autoria demonstradas. Dolo configurado. Dosimetria. Maus antecedentes. Redução da fração de exasperação da pena-base.

ApCrim 5004967-64.2020.4.03.6181

Desembargador Federal José Lunardelli 206

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Cumprimento de sentença. Benefício de outra natureza pago administrativamente. Dedução. Vedação de recebimento conjunto. Honorários advocatícios de sucumbência. Base de cálculo. Tema 1.050 do STJ. Benefício com termo inicial em data anterior à citação. Princípio da causalidade. Honorários fixados com base no valor da causa.

ApCiv 0002493-35.2002.4.03.6183

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 219

Aposentadoria por tempo de contribuição. Agentes físicos e químicos. Natureza especial das atividades laboradas reconhecida. Possibilidade de conversão do tempo especial em comum mediante aplicação do fator previsto na legislação. Tempo de contribuição, carência e qualidade de segurado comprovados.

ApCiv 0001661-43.2010.4.03.6111

Desembargador Federal Nelson Porfírio 222

Pensão por morte. Concessão em favor da companheira. União estável não demonstrada. Aplicação tema nº 526 do STF. Impossibilidade de rateio de benefício.

ApCiv 0007725-65.2013.4.03.6143

Desembargadora Federal Inês Virgínia 229

Aposentadoria por tempo de contribuição. Policial militar. Atividade especial. Ilegitimidade passiva do INSS. Verba honorária.

ApelRemNec 0002460-66.2014.4.03.6331

Desembargador Federal Newton De Lucca 232

Benefício por incapacidade. Laudo pericial subscrito por profissional fisioterapeuta. Anulação da sentença.

ApCiv 0000560-28.2015.4.03.6003

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 237

Auxílio-reclusão. Não preenchimento dos requisitos legais. Qualidade de dependente. União estável.

ApCiv 0002429-89.2016.4.03.6003

Desembargador Federal Luiz Stefanini 240

Pensão por morte. Prorrogação do período de graça. Exercício de trabalho autônomo. Não demonstrado o desemprego. Perda da qualidade de segurado. Benefício indevido.

ApCiv 5010877-37.2018.4.03.6183

Juiz Federal Convocado Nilson Lopes 244

Pensão por morte. Menor sob guarda. Preenchidos requisitos para a concessão do benefício.

ApCiv 5003988-33.2019.4.03.6183

Desembargador Federal Toru Yamamoto 248

Mandado de Segurança. Prova de vida. Período de pandemia da covid-19. Restabelecimento do benefício.

ApCiv 5002951-47.2020.4.03.6114

Desembargador Federal Baptista Pereira 251

Salário-maternidade. Trabalhador rural. Prova do exercício de labor rural durante o período de carência. Ausência de início de prova material. Insuficiência da prova testemunhal.

ApCiv 5182951-27.2020.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra 254

Atividade de digitador ou recepcionista em instituição de saúde. Atividade especial não caracterizada

ApCiv 5152169-03.2021.4.03.9999

Desembargador Federal David Dantas 258

Aposentadoria por invalidez. Revisão. Acréscimo de 25% sobre o valor do benefício. Necessidade de assistência permanente. Prescrição quinquenal. Inocorrência.

ApCiv 5152671-39.2021.4.03.9999

Desembargadora Federal Leila Paiva 263

Pensão por morte. Lei nº 13.135/2015. Restabelecimento do benefício pago administrativamente pelo período de quatro meses. União estável seguida de casamento comprovada. Período de convivência superior a dois anos.

ApCiv 5170479-57.2021.4.03.9999

Desembargadora Federal Daldice Santana..... 268

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Agravo Interno. Negativa de seguimento. Julgado em consonância com entendimento firmado em sede de repercussão geral. Temas 339 e 660 do STF.

Ag RE ApCiv 0026558-95.2015.4.03.6100

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 274

Propriedade industrial. Marca “Bendita Cafeína”. Oposição administrativa intempestiva. Direito à apreciação judicial da validade da marca. Marca criada e utilizada pela autora. Ré que requereu e obteve registro da marca. Nulidade.

ApCiv 5005890-80.2018.4.03.6110

Desembargador Federal Wilson Zauhy 278

Ação Civil Pública. Execução individual. Revisão de benefício previdenciário. Óbito do titular antes da propositura da ação coletiva. Cobrança de atrasados pelos sucessores. Ilegitimidade ativa “ad causam” configurada.

AI 5011115-10.2020.4.03.0000

Juíza Federal Convocada Mônica Bonavina..... 289

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Necessidade de apresentação de diploma no ato de inscrição no REVALIDA. Questão de direito. Multiplicidade de ações. Controvérsia verificada. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Admissibilidade. Suspensão dos processos judiciais em curso na Justiça Federal da Terceira Região. Ressalva de apreciação das medidas urgentes. IRDR admitido.

IRDR 5016497-47.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 292

Execução de sentença. Certidão de habilitação de advogado. Necessidade de procuração específica. Resolução nº 458/2017 do CJF.

AI 5017023-14.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Gilberto Jordan 300

Execução de título extrajudicial. Citação editalícia. Ausência de esgotamento das tentativas de localização da parte.

AI 5028058-68.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Francisco 303

Conflito Negativo de Competência entre Turmas integrantes da Segunda e Terceira Seções. Interpretação da Lei nº 14.151/2021. Trabalho presencial. Afastamento de empregadas gestantes. Possibilidade de pagamento de salário-maternidade. Recolhimento de contribuição previdenciária. Compensação. Matéria de direito público. Competência das Turmas da Segunda Seção.

CCCiv 5028195-50.2021.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos 308

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Recurso em Sentido Estrito. Crime contra telecomunicações. Artigo 183 da Lei nº 9.472/1997. Decisão denegatória de “Habeas Corpus”. Trancamento de inquéritos policiais. Requisição do Procurador da República. Autoridade coatora. Ilegitimidade passiva. Artigo 28-A do CPP. Acordo de não persecução penal. Ausência de interesse de agir.

ReSe 5008922-61.2021.4.03.6119

Desembargador Federal Maurício Kato 317

Mandado de Segurança. Medida acautelatória de sequestro de bens. Cabimento. Liberação. Impossibilidade. Ordem denegada.

MSCrim 5028151-31.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Paulo Fontes 321

“Habeas Corpus”. Prisão preventiva. Covid-19. Recomendação nº 62/2020 do CNJ. Crime cometido sem violência ou grave ameaça. Paciente de 18 anos de idade. Primária. Imposição de medidas cautelares alternativas à prisão.

HCCrim 5002169-78.2022.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow 328

DIREITO TRIBUTÁRIO

Contribuição previdenciária. Juízo de retratação. Terço constitucional de férias. Tema 985 - repercussão geral. Constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária.

Ag ApelRemNec 0003617-70.2014.4.03.6106

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 341

PIS. COFINS. Modulação dos efeitos do RE 574.706/PR. Inaplicabilidade ao ISSQN.

Ag ApCiv 5005297-13.2020.4.03.6100

Desembargador Federal Souza Ribeiro 343

Execução Fiscal. Ação antecipatória de garantia ajuizada anteriormente. Prevenção reconhecida. Remessa ao juízo especializado.

AI 5006974-11.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Nelson dos Santos 348

Execução Fiscal. Anuidades de conselho profissional. Artigo 8º da Lei nº 12.514/2011. Ação ajuizada antes do advento da Lei nº 14.195/2021. Princípio do “tempus regit actum”. Não incidência da novel legislação. Limite de quatro anuidades superado. Prosseguimento da execução.

AI 5026345-58.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia 353

SENTENÇAS

Embargos à Execução Fiscal. Exigência de débitos de IOF decorrentes de Auto de Infração. Empréstimo entre empresas coligadas.

0005900-90.2018.4.03.6182

Juiz Federal Erik Gramstrup 361

Delitos previstos no artigo 55 da Lei nº 9.605/1998 em concurso formal com o artigo 2º da Lei nº 8.176/1991. Degradação ambiental às margens do rio Mogi Guaçu, dentro das poligonais de exploração de areia da empresa ré, que resultaram na supressão de vegetação em área de preservação permanente.

0000049-28.2019.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 375

Execução Penal. Lei nº 13.445/2017. Decreto nº 9.199/2017. Tratado Sobre Transferência de Presos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Japão.

0000101-24.2019.403.6120

Juíza Federal Carla Abrantkoski Rister..... 380

Tutela declaratória. IPI. Creditamento escritural do IPI recolhido incidente sobre o bem “feltro”, adquirido como produto intermediário utilizado no processo de fabricação de papel. Apuração, escrituração e utilização de tais créditos conforme RIPI (Decreto nº 7.212/2010).

5000823-90.2021.4.03.6123

Juiz Federal Fernando Henrique Corrêa Custodio 399

Desistência de plano de parcelamento fiscal, para adesão a outro, dito mais vantajoso. PERSE instituído pela Lei nº 14.148/2021.

5001008-07.2021.403.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 403

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 411

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 417



Artigos Doutrinários

É possível que o Poder Judiciário se imiscua em qualquer seara?

Fábio Rubem David Müzel

Juiz Federal.

RESUMO: O presente artigo pretende discutir à luz de fatos históricos, nos EUA e no Brasil, os eventuais limites da atuação do Poder Judiciário.

SUMÁRIO: 1 Introdução e desenvolvimento. 2 Conclusão. Referências.

1. Introdução e desenvolvimento

Em 1788, no Federalista n. 78, Alexander Hamilton¹ pontuou que o Judiciário seria o menos perigoso e o mais fraco dos poderes, uma vez que não teria influência sobre a espada (Poder Executivo) ou sobre a bolsa (Poder Legislativo), nenhuma condução da força ou da riqueza da sociedade², e não poderia tomar nenhuma resolução ativa, seja ela qual fosse. Não teria força, nem vontade, apenas juízos. É verdade que nesse mesmo Artigo Federalista também foi exposto que nenhum ato legislativo contrário à Constituição poderia ser considerado válido³.

1 “Pode-se dizer, quase com certeza, que Alexander Hamilton foi, na história americana, o mais destacado personagem político que não chegou à presidência, ainda que, provavelmente, tenha deixado uma marca mais profunda e duradoura do que muitos que alcançaram esse objetivo. Entre os pais fundadores, Hamilton foi, ao mesmo tempo, pensador e homem de ação — teórico brilhante e executivo consumado. Ele e James Madison foram os mais determinados promotores da convocação da Convenção Constitucional, bem como os principais responsáveis por aquela interpretação clássica da Carta nacional, ‘*The Federalist Papers*’, obra supervisionada por Hamilton”. In CHERNOW, Ron. *Alexander Hamilton*. Tradução Donaldson M. Garschagen e Renata Guerra. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, p. 14.

2 “De acordo com a Constituição, o poder da Suprema Corte era bastante restrito. O braço executivo segurava uma espada, como Hamilton escrevera no n. 78 do Federalista, e o legislativo, uma bolsa. ‘O judiciário, por sua vez, não terá influência nem sobre a espada e nem sobre a bolsa; não será direcionado nem pela força nem pela riqueza da sociedade; e não poderá tomar qualquer tipo de resolução ativa’. Tudo que os juízes podem fazer é julgar. ‘O judiciário é, de longe, o mais fraco dos três departamentos de poder’, concluiu Hamilton, citando Montesquieu em uma nota de rodapé: ‘Dos três poderes acima mencionados, o judiciário é equivalente a quase nada.’” In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 2.907-2.914.

3 “Surgiu alguma perplexidade a respeito do direito dos tribunais de declarar nulos os actos legislativos, por se-

Esse apontamento inicial acerca da fraqueza do poder judicial era justificado, naquela oportunidade, eis que não se sabia exatamente o que faria uma Suprema Corte. Pode ser citado como pitoresco e representativo disso o fato de que o Presidente George Washington e seu Secretário de Estado Thomas Jefferson, em 1793, fizeram uma consulta formal para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) indagando sobre questões abstratas relacionadas a contratos internacionais, tendo a Corte Constitucional esclarecido, com a polidez possível, que não era sua função dar conselhos ao ramo executivo do governo, e que sua atuação se cingia a resolver assuntos que fossem discutidos em processos judiciais que deveriam ser por ela julgados⁴. Decorre daí o surgimento da máxima “o Judiciário não é órgão de consulta”.

A Suprema Corte, em 1803, pela primeira vez⁵, declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal, no caso *Marbury v. Madison*. A atribuição de declarar uma lei inconstitucional não está expressamente prevista no texto da Constituição dos Estados Unidos da América, mas a decisão da lavra de John

rem contrários à Constituição, resultando de imaginar que a doutrina implicaria uma superioridade do poder judicial em relação ao poder legislativo [...] Não existe nenhuma posição que dependa de princípios mais claros do que a que sustenta que todos os actos de uma autoridade delegada, contrários ao teor da delegação sob a qual são exercidos, são nulos. Por conseguinte, nenhum acto legislativo contrário à Constituição pode ser válido”. In HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista* [O Federalista n. 78 – o Departamento Judicial, Alexander Hamilton, 28 de maio de 1788]. 2. ed. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 683 e 685.

4 In SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle, p. 25.

5 In BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, Edição do Kindle, posição 422.

Marshall foi calcada na ideiação desenvolvida por Alexander Hamilton, no Artigo Federalista n. 78, em que pese Marshall não tenha feito nenhuma referência direta ao escrito de Hamilton.

A decisão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison* costuma ser bastante citada no Brasil como marco histórico inaugural do controle difuso de constitucionalidade das leis por Tribunais Constitucionais. Entretanto, o conteúdo da decisão, em si, não é tão difundido ou discutido.

Nesse ponto, deve ser dito que o dispositivo da lei que foi declarado inconstitucional em *Marbury v. Madison* previa uma ampliação da competência funcional da própria Suprema Corte, ao estabelecer a possibilidade do ajuizamento de uma ação de competência originária, perante o Tribunal Constitucional, quando alguém⁶ fosse prejudicado por um ato de Secretário de Estado⁷ federal⁸ (“grosso modo”, equivalente a um mandado de segurança de competência originária do STF, para nossos padrões).

Dessa maneira, paradoxal e simultaneamente, a decisão que pela primeira vez na história firmou a mais importante competência jurisdicional de uma Corte Constitucional também se caracterizou como um ato de autocontenção, ao declarar inválido o

dispositivo da legislação que ampliava a competência funcional do Tribunal de cúpula do Poder Judiciário.

Nessa época, a declaração de inconstitucionalidade de leis⁹, por pessoas não eleitas, integrantes do poder judicial, era tida, por muitos, como perigosa, até mesmo como uma possível expressão de despotismo de uma oligarquia¹⁰.

Também por conta dessa resistência contra a possibilidade de o Poder Judiciário declarar uma lei inconstitucional, já em 1805 houve a instauração de um processo de *impeachment* contra Samuel Chase, então membro da Suprema Corte, movido predominantemente por motivos políticos. Samuel Chase era tido como Federalista, ao passo que a Presidência do país, nesse período, era exercida por Thomas Jefferson, um Republicano. A votação no Senado dos EUA – cuja composição de republicanos era nesse período suficiente, por si só, para chegar ao quórum qualificado exigido para consumir a destituição de Samuel Chase do cargo – alcançou expressiva maioria de votos para o impedimento do magistrado, por uma das acusações, mas faltaram 4 (quatro) votos para atingir a quantidade de 2/3 (dois terços) necessária para o remover da função¹¹. A não consumação do *impeachment* de Samuel Chase foi muito importante para sedimentar a necessidade de independência dos magistrados no efetivo exercício de suas funções.

Dizem que John Marshall, muito preocupado durante a tramitação desse pedido

6 No caso concreto, William Marbury, um juiz nomeado no final da gestão do Presidente John Adams, cuja posse havia sido impedida no início da gestão do Presidente Thomas Jefferson, que via essas nomeações no final do mandato da presidência anterior como uma forma de ingerência ou tentativa de controle em sua administração. Essas nomeações de juízes no final do mandato de John Adams ficaram conhecidas como “midnight judges”.

7 No caso concreto, o então Secretário de Estado James Madison, tido como pai da Constituição, autor do Artigo Federalista que versa sobre freios e contrapesos (“checks and balances”), e 4º Presidente dos Estados Unidos, sucessor de Thomas Jefferson.

8 In SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle, p. 39-43.

9 “Armado do direito de declarar as leis inconstitucionais, o magistrado americano constantemente penetra nos assuntos políticos”. In TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle, p. 369.

10 In SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle, p. 57.

11 In SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, Edição do Kindle, p. 118-119.

de *impeachment* contra Samuel Chase, teria chegado mesmo a sugerir, privadamente, que o Congresso tivesse poderes para cassar decisões judiciais sobre matéria constitucional¹².

Não muito tempo depois desses fatos, em 1835, Alexis de Tocqueville, em “A Democracia na América”, afirmou que o Judiciário é uma das primeiras forças políticas¹³.

Portanto, em curto período de espaço, a percepção sobre o braço judiciário dos poderes estatais sofreu alteração substancial passando de “o mais fraco dos poderes” para ser considerado uma das “primeiras forças políticas”.

Todas essas referências aos Estados Unidos da América são pertinentes para a compreensão desta temática, na medida em que a Constituição brasileira de 1891, não obstante não seja uma cópia da Constituição estadunidense¹⁴, claramente teve inspiração na Constituição dos EUA, como quase todas as constituições das repúblicas dos séculos XVIII e XIX, ao adotar a nomenclatura de “República dos Estados Unidos do Brasil”, algo que nunca foi a realidade das Províncias brasileiras, até então existentes, ao instituir a separação de poderes, ou, ainda, com a criação de uma Corte Constitucional, com a introdução, no caso brasileiro, da competência expressa para o exercício do controle de constitucionalidade difuso.

Em 1787, na Convenção da Filadélfia, a constituinte estadunidense, formada por 25 (vinte e cinco) membros, dentre eles George Washington, James Madison, Alexander Hamilton e Benjamin Franklin¹⁵, foi discutida

e descartada a proposta de a Suprema Corte revisar, abstratamente, as leis aprovadas pelo Congresso¹⁶.

À míngua de Washington¹⁷, Madison¹⁸,

se fez sentir, a efervescência das paixões políticas que fizera nascer a revolução estava em parte serenada, e todos os grandes homens que ela havia criado ainda existiam. Essa foi uma dupla felicidade para a América. A assembleia pouco numerosa que foi encarregada de redigir a segunda Constituição continha os mais belos espíritos e os mais nobres caracteres que jamais surgiram no Novo Mundo. George Washington a presidia”. In TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle, p. 127.

16 In REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, Edição do Kindle, posição 4.681.

17 “Admirado de forma profunda e quase universal, Washington representava para muitos americanos tudo o que havia de mais nobre em uma república. Nada atestava melhor a virtude cívica daquele homem do que ter entregado seu posto de comando ao fim da guerra: em vez de tomar o poder, Washington abdicara dele. Sua função como presidente da convenção constitucional era majoritariamente simbólica, mas, como costuma ser o caso de muitas funções simbólicas, sua performance foi essencial, além de muito contagiante”. In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução de André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 2.625.

18 “[...] Deve fazer-se com que a ambição contrabalance a ambição. O interesse do homem deve estar ligado aos direitos constitucionais do cargo. Pode resultar de uma reflexão sobre a natureza humana, que tais dispositivos sejam necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o governo em si próprio senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem os anjos a governar os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo. Ao construir um governo em que a administração será feita por homens sobre outros homens, a maior dificuldade reside nisto: primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente, obrigar o governo a controlar-se a si próprio. A dependência do povo é, sem dúvida, o controle primário sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares”. In MADISON, James; HAMILTON,

12 In REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, Edição do Kindle, posição 4.580.

13 In TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle, p. 110.

14 “Fácil averiguar que a Constituição de 1891 não é em absoluto cópia da Constituição americana”. In BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 8. ed. Brasília: OAB Editora, 2006, p. 260.

15 “Quando a insuficiência da primeira Constituição federal

Hamilton¹⁹, Franklin²⁰ e outros, o Brasil adotou o controle abstrato de constitucionalidade, em sua extensão mais ampla (e não tão somente como pressuposto para decretação de intervenção federal como havia sido feito na Constituição de 1934), por meio da Emenda Constitucional n. 16/1965, em plena aurora do regime militar, e, não por acaso, logo depois da edição do Ato Institucional n. 2/1965, que havia aumentado o número de ministros do STF de 11 (onze) para 16 (dezesesseis). Deve ser dito que logo após o regime militar promover o expurgo dos juízes indesejados²¹, com o Ato

Institucional n. 5²², o Ato Institucional n. 6, em fevereiro de 1969, restabeleceu o número de 11 (onze) ministros, que permanece até hoje²³.

Portanto, embora raramente haja essa abordagem, a perspectiva histórica autoriza dizer que o controle de constitucionalidade abstrato das leis surgiu no direito brasileiro como ferramenta de domínio adotada pelo regime de exceção²⁴.

Uma divagação: atualmente, no contexto do controle abstrato de constitucionalidade, temos também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, instrumento jurídico preferido dentre os partidos políticos sem representação suficiente no Congresso Nacional para aprovar seus projetos ou impedir a aprovação de projetos que sejam contrários aos seus ideais, e com hipótese de cabimento vaguíssima (“evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”), que comporta, desafortunadamente²⁵, as mais diversas interpretações.

Alexander; JAY, John. *O Federalista* [O Federalista n. 51 – a estrutura do governo deve fornecer os freios e contrapesos (“checks and balances”) adequados entre os diversos departamentos, James Madison, 6 de fevereiro de 1788]. 2. ed. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 469.

- 19 “É evidente que Hamilton estava lendo o céptico filósofo escocês David Hume e citou seu parecer segundo o qual, ao se projetar um governo, ‘todo homem deve ser visto como um patife, sem nenhum outro objetivo em todas as suas ações senão seus interesses privados’. A tarefa do governo não consistia em impedir a busca de interesses pessoais — uma missão impossível —, mas dirigi-la para o bem comum. Ao começar a desenhar os contornos de sua própria visão do governo, Hamilton foi estimulado pela visão sombria que Hume tinha da natureza humana, que coincidia com a sua”. In CHERNOW, Ron. *Alexander Hamilton*. Tradução Donaldson M. Garschagen e Renata Guerra. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, p. 98.
- 20 Benjamin Franklin, inventor, jornalista etc., participou da Declaração da Independência e da Convenção da Filadélfia, onde foi elaborada a Constituição dos EUA. Em 1754, ainda sob domínio britânico, mais de 20 (vinte) anos antes da declaração de Independência dos EUA, Franklin teve a coragem de publicar em seu jornal “Pennsylvania Gazette”, o desenho de um mapa com a representação das Colônias em forma de uma cobra esquartejada, com a inscrição “junte-se ou morra”. In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 1.522-1.527.
- 21 “[...] Winston Churchill, valendo-se de uma ideia muito diferente, disse certa vez que democracia significa

que uma batida na porta logo cedo é do leiteiro [...]”. In DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 83.

- 22 “O estudo do mau gosto, senhor primeiro-ministro, deveria ser um capítulo da história das culturas, e dos mais extensos e suculentos”. In SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Edição do Kindle, p. 154.
- 23 “O passado é uma herança, uma dívida e um fardo. Não se pode fugir dele. Você o leva consigo aonde você for. Não há nada a fazer além de conhecê-lo”. In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução de André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 264.
- 24 “Todas as famílias felizes se parecem, cada família infeliz é infeliz à sua maneira”. In TOLSTÓI, Liev. *Anna Karênina*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, Edição do Kindle, posição 148.
- 25 “Às vezes, na história dos Estados Unidos — em quase todas as histórias das nações —, o vilão de uma pessoa é o herói de outra”. In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução de André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 163.

Prosseguindo: segundo John Stuart Mill, existe uma disposição natural da humanidade para impor aos outros suas próprias opiniões e inclinações como regra de conduta²⁶.

Essa especial disposição da humanidade (para impor aos outros suas próprias opiniões e inclinações como regra de conduta), quando se faz presente entre os membros do Poder Judiciário pode se tornar extremamente nefasta, notadamente quando a previsão legal é derrubada pelo julgador, que passa a adotar em substituição suas próprias ideias sobre o que seria ou não desejável²⁷ para reger determinado assunto, estranho ao Direito, do qual sequer possui domínio²⁸.

Nesse contexto, vale lembrar a decisão proferida pelo STF na ADI 1.351, que declarou a inconstitucionalidade da denominada “cláusula de barreira partidária”, em 2006.

Trata-se de decisão proferida por unanimidade (10 a 0, um ministro estava ausente).

A lei declarada inconstitucional pretendia reduzir o número de partidos políticos com atuação nas Casas Legislativas, e estabeleceria uma inevitável depuração das

legendas a ser feita pelos próprios eleitores, que teria por pressuposto lógico e matemático o número de votos recebidos pelos partidos.

Como é sabido, o Direito deve servir à vida, e não a vida ao Direito²⁹.

E o Direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função do Direito³⁰.

Passados já alguns anos de sua prolação, é possível concluir com absoluta segurança que essa decisão não foi nada útil para a sociedade brasileira, tendo em vista que nos dias de hoje há cerca de 30 (trinta) partidos políticos com representantes eleitos no Congresso Nacional³¹.

Ademais, a banalização do número de partidos é prejudicial à própria democracia, na medida em que os partidos políticos deveriam ser os primeiros responsáveis (antes, portanto, dos próprios eleitores) por manter pessoas que possam ameaçar a própria democracia longe dos pleitos eleitorais e

26 “A vontade das pessoas, quer como governantes quer como concidadãos, de impor aos outros as suas próprias opiniões e inclinações como uma regra de conduta, é tão ativamente apoiada por alguns dos melhores e alguns dos piores sentimentos inerentes à natureza humana, que muito raramente é mantida sob controlo por outra coisa que não a falta de poder; e como o poder não está a diminuir, mas sim a aumentar, então, a não ser que uma forte barreira de convicção moral possa erguer-se contra esse mal, é de esperar que, dadas as circunstâncias presentes do mundo, o vejamos intensificar-se”. In MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, Edição do Kindle, p. 37.

27 In REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, Edição do Kindle, posição 4.681

28 “[...] decerto se achava um homem extremamente inteligente, como todas as pessoas obtusas e limitadas em geral”. In DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias da Casa dos Mortos*. Tradução Oleg Almeida. São Paulo: Martin Claret, 2016, p. 80.

29 In MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral, introdução, pessoas físicas e jurídicas* [atualizado por Vilson Rodrigues Alves]. Campinas: Bookseller, 1999, p. 80.

30 “[...] como observou von Ihering [1884:424] – o direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele” – foi grifado. In GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. Coimbra: Almedina, 2020, Edição do Kindle, p. 69.

31 “[...] Deu-se plena liberdade para a organização de partidos, que tiveram acesso a fundos providos das finanças públicas. Em poucos anos foram criadas dezenas de partidos políticos, alguns deles com ‘donos’. Semeamos a desordem partidária: formaram-se partidos com uma ideologia no papel, acrescentada *ad hoc* para justificar requisitos legais. Com o tempo, instalou-se um presidencialismo de coalizão, pois os governos precisam obter maiorias para governar. É o que existe hoje, com tendências recentes à formação de um ‘presidencialismo de confrontação’, como se este evitasse os males do sistema anterior”. In CARDOSO, Fernando Henrique. *Um intelectual na política: memórias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, Edição do Kindle, p. 213-214.

consequentemente da assunção do poder³². Em suma: caberia aos partidos políticos negar legenda para pessoas com aspirações antidemocráticas.

E essa deliberação do STF é claramente uma decisão judicial que não estava fundada em violação direta da Constituição, tendo sido a declaração de inconstitucionalidade calcada em “princípios”. Tal fato, hoje, é facilmente percebido, haja vista que a Emenda Constitucional n. 97/2017 inseriu a cláusula de desempenho partidário no corpo da Constituição, sendo certo que se houvesse inconstitucionalidade por afronta direta e patente ao texto constitucional originário a citada emenda constitucional também necessariamente seria declarada inconstitucional.

Desse modo, esse julgamento sobre a “cláusula de barreira partidária” é, com todas as vênias, um claro exemplo de falta de autocontenção judicial, de intromissão indevida do Judiciário em seara onde não se faria necessária sua atuação³³.

32 “Os partidos se tornaram, então, os administradores da democracia norte-americana. Uma vez que selecionam os candidatos presidenciais, os partidos têm a capacidade – e, nós acrescentaríamos, a responsabilidade – de manter figuras perigosas longe da Casa Branca. Eles precisam, portanto, encontrar um equilíbrio satisfatório entre dois papéis: um papel democrático, em que escolhem o candidato que melhor representa os eleitores do partido, e o que o cientista político James Ceaser chama de um papel de ‘filtragem’, no qual removem aqueles que representam uma ameaça para a democracia ou de algum outro modo sejam inadequados para assumir o cargo”. In LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, Edição do Kindle, p. 42-43.

33 Caso haja interesse específico do leitor pelo tema, no voto do Ministro Relator é dito que, na época, havia 29 (vinte e nove) partidos políticos registrados no Brasil. E apenas 7 (sete) desses 29 (vinte e nove) teriam cumprido a cláusula de barreira na última eleição (era um juízo hipotético do Relator. A cláusula de barreira nunca foi aplicada no mundo dos fatos...). Os 7 (sete) partidos que teriam cumprido hipoteticamente a cláusula de barreira seriam, com a nomenclatura da época: PT; PMDB; PSDB; PFL;

Voltando aos EUA, deve ser dito que dois dos mais consagrados e influentes membros da Suprema Corte foram John Marshall e Earl Warren.

É consenso que nenhum dos dois era tido como grande jurista, antes de ingressar no Judiciário, mas ambos tinham grande experiência de vida e prévio conhecimento do funcionamento da máquina estatal quando assumiram o cargo na Suprema Corte.

John Marshall participou de batalhas de campo contra a Inglaterra para obtenção da Independência dos EUA, foi membro da Câmara dos Representantes (equivalente ao cargo de deputado federal, no Brasil) e Secretário de Estado durante a Presidência de John Adams (equivalente ao cargo de Chefe da Casa Civil, no Brasil).

Por sua vez, Earl Warren foi governador da Califórnia por 10 (dez) anos, tendo sido eleito 3 (três) vezes para exercer esse cargo.

Ambos, portanto, quando ingressaram na Suprema Corte conheciam as entranhas do governo, sabiam exatamente onde estavam pisando, quais eram as potencialidades do cargo que assumiam, e qual era a função do braço judiciário dentre os poderes do Estado, o que foi determinante para o desempenho marcante que alcançaram no exercício do cargo.

Eles sempre souberam que o Direito não é autossuficiente³⁴, que não basta a si mesmo³⁵, que deve servir para a sociedade e,

PP; PSB; e PDT. Para se ter noção da relevância do tema basta dizer que o PSL, partido pelo qual foi eleito o Chefe do Executivo federal em 2018, dentre outros 22 (vinte e dois) partidos, não teria cumprido hipoteticamente a cláusula de barreira, de acordo com o voto.

34 “Sapo não pula por boniteza, mas porém por percisão (Provérbio capiau)” (sic). In ROSA, João Guimarães. *A hora e a vez de Augusto Matraga*. 1. ed. digital. São Paulo: Global Editora, 2020, Edição do Kindle, posição 7.

35 “Quando se encerrou o exame das provas materiais, o presidente declarou que a fase de instrução do processo estava terminada e, sem uma pausa, no intuito de concluir o mais depressa possível, concedeu a palavra à acu-

notadamente, contribuir para o desenvolvimento do país.

Um aparte: talvez uma das mais brilhantes interpretações de um texto constitucional na história brasileira foi feita por D. Pedro II. O artigo 7º das disposições transitórias da Constituição de 1891 dizia que seria

[...] concedida a D. Pedro de Alcântara, ex-Imperador do Brasil, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garanta-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente. O Congresso ordinário, em sua primeira reunião, fixará o *quantum* desta pensão.

D. Pedro II, que havia perdido o trono e tinha sido banido do país, teve o mérito de não trair a si mesmo³⁶, preferindo não perder também a alma, tendo declinado da pensão.

Retomando o tema da utilidade, do propósito, da razão de ser, do Direito, é

sação, na esperança de que o promotor adjunto, como também era um ser humano, também quisesse fumar e almoçar e tivesse pena de todos os demais. Porém o promotor adjunto não tinha pena nem de si, nem dos outros. O promotor adjunto era muito tolo por natureza, mas ainda por cima teve a infelicidade de concluir o curso do liceu com uma medalha de ouro e de ganhar um prêmio na universidade pela sua tese sobre a servidão no direito romano e por isso era extremamente pretensioso, vaidoso (para o que contribuía mais ainda o seu sucesso com as damas), e em consequência era extraordinariamente tolo. Quando lhe foi concedida a palavra, levantou-se devagar, exibindo toda a sua figura esbelta num uniforme com bordados e, depois de colocar as mãos sobre a mesa, inclinou ligeiramente a cabeça, virou-se e lançou um olhar pela sala, evitando os olhos dos réus, e começou". In TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 80-81.

36 "Todos os outros trapaceiros do mundo não são nada em comparação com aquele que fraudava a si próprio [...]". In DICKENS, Charles. *Grandes esperanças*. Tradução Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin, 2012, Edição do Kindle, p. 291.

conveniente abordar a famosa controvérsia constitucional no Brasil acerca da prisão em segunda instância.

Entre a promulgação da Constituição em outubro de 1988 até 2009, o STF permitiu a prisão em segunda instância mesmo sem que houvesse o trânsito em julgado da condenação. A partir de 2009, o STF vedou a prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Em fevereiro de 2016, o STF alterou o posicionamento, pela terceira vez, para mais uma vez permitir a prisão em segunda instância, mesmo sem a ocorrência do trânsito em julgado. No final de 2019, por 6 a 5, mudando de ideia pela quarta vez, o STF passou a vedar a prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado. Essa última é a posição atual de nossa Corte Constitucional.

A exigência de trânsito em julgado para a prisão desafortunadamente torna disfuncional o sistema penal nacional em casos de maior complexidade, máxime no trato de réus soltos.

Deveras, com 4 (quatro) potenciais instâncias, e uma miríade de recursos disponíveis, a experiência forense revela que são muito remotas as possibilidades de alguém ser condenado por lavagem de dinheiro, por exemplo, antes de decorridos 10 (dez), 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos da data da ocorrência do fato. E se o Judiciário levar 10 (dez), 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos para punir alguém, seja pelo crime que for, a percepção que as pessoas, leigas ou não em Direito, terão do Poder Judicial naturalmente jamais poderá ser positiva.

Nesse ponto, deve ser dito que a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da condenação não é patente, à toda evidência, considerando o entendimento preponderante dos próprios membros do STF nos últimos 33 (trinta e três) anos, sopesando que prevaleceu a tese da constitucionalidade da prisão em segunda instância antes do trânsito em

julgado da decisão condenatória durante o período de 24 (vinte e quatro) anos, ao passo que a impossibilidade da prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da decisão condenatória foi a decisão predominante por 9 (nove) anos, sendo certo que não houve nenhuma alteração do texto constitucional nessa temática [escrevo em outubro de 2021].

Desse modo, se o Direito não é autosuficiente, se não basta a si mesmo, se deve servir à sociedade e para o desenvolvimento do país, não seria mais adequada e conveniente uma solução jurídica, legislativa ou interpretativa, que não tornasse disfuncional o sistema criminal do país?³⁷

Mais uma viagem ao século XIX: Alexis de Tocqueville, em “A Democracia na América”, apontou que os juízes deveriam ser “homens de Estado” que soubessem

[...] detectar o espírito do tempo em que vivem, enfrentar os obstáculos que podem ser vencidos e desviar da correnteza quando as águas ameaçam carregar junto com eles mesmos a soberania da União e a obediência devida a suas leis.

Salientou, ainda, que eventuais homens imprudentes ou corrompidos na Suprema Corte dos EUA poderiam levar à anarquia ou à guerra civil³⁸.

37 Robert H. Jackson, então membro da Suprema Corte do EUA, disse durante um julgamento que não há dúvida que se existisse uma super-Suprema Corte, uma proporção substancial dos julgados da Suprema Corte que havia revertido decisões de instâncias inferiores seria novamente alterada pela super-Suprema Corte. E complementou: nós não somos a última decisão porque infalíveis, mas infalíveis porque somos a última decisão. In SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle, p. 248-249.

38 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle, p. 168.

Para demarcação cronológica dos fatos, repito que esse livro foi publicado em 1835.

Em 1857, em *Dred Scott v. Sandford*, a Suprema Corte pela segunda vez em sua história declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal (o Tratado ou Compromisso do Missouri)³⁹.

Numa apertada síntese⁴⁰: esse Tratado com natureza de lei federal estabelecia que era vedada a escravidão em novos territórios dos EUA. Dred Scott era um escravo no Missouri que acompanhou seu proprietário em dois novos territórios dos EUA, que não adotavam a escravidão. Quando retornou para o Missouri, Dred Scott entendeu que não poderia mais ser considerado escravo (a tese era: uma vez livre, sempre livre), e pediu alforria, que foi negada, e, então, ajuizou uma ação, que depois de julgada no Estado de origem, foi parar na Suprema Corte. A Suprema Corte, por 7 a 2, entendeu ser inconstitucional o Tratado, sob o fundamento de que o Congresso não teria poderes para abolir a escravidão. A decisão tinha cerca de 600 (seiscentas) páginas, e sua fundamentação apontou expressamente que pessoas negras de origem africana não poderiam reivindicar privilégios de cidadãos dos EUA⁴¹.

39 Deve ser notado que entre a primeira, 1803, e a segunda, 1857, declaração de inconstitucionalidade de lei federal pela Suprema Corte dos EUA decorreram 54 anos. Leis federais, frise-se. Leis estaduais foram declaradas inconstitucionais nesse interregno.

40 In SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, Edição do Kindle, p. 140-146.

41 “Mas foi a lógica usada em seu argumento o que mais causou choque. O Congresso não tinha poderes para limitar a escravidão nos estados, argumentou Taney, porque os autores da Constituição consideravam as pessoas de descendência africana ‘seres de uma ordem inferior, totalmente inadequados para se associar com a raça branca, seja nas relações políticas ou sociais, inferiores a ponto de não possuir direitos que o homem branco fosse obrigado a respeitar’. Nenhum ‘africano da raça negra’, ele decidiu, poderia reivindicar os direitos e privilégios de cidadania

A decisão da Suprema Corte em *Dred Scott v. Sandford* não foi a causa determinante, mas inequivocamente concorreu para a eclosão da Guerra Civil dos EUA, também conhecida como Guerra de Secessão, entre 1861-1865.

Dred Scott v. Sandford é tida, por muitos⁴², como uma das piores decisões da história da Suprema Corte dos EUA.

Nessa vereda, precisamos falar sobre a decisão que determinou a exclusão do ICMS da base-de-cálculo da PIS e da COFINS (STF, RE 574.706/PR), pela magnitude do prejuízo causado para as contas públicas do país, estimado pela Fazenda Nacional em mais de 229 (duzentos e vinte e nove) bilhões de reais⁴³.

A discussão sobre a inclusão ou exclusão do ICMS na base-de-cálculo da PIS e da COFINS, à toda evidência, não envolve violação direta da Constituição.

nos Estados Unidos". In LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução de André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle, posição 5.584.

42 "Dred Scott seguramente representa o maior equívoco da Suprema Corte dos Estados Unidos, senão em toda a sua história, ao menos nos seus primeiros 100 anos de funcionamento. Ela tem caráter absolutamente discriminatório e imprime interpretação enviesada do art. IV da Constituição Federal que, em oposição ao afirmado pelo Tribunal, efetivamente autoriza o governo a criar territórios e estabelecer todas as normas e regulamentos respectivos. Diferentemente da aclamada decisão do caso *Marbury*, *Dred Scott v. Sandford* não obteve reconhecimento da doutrina, e o que era para ser celebrado como a consagração e consolidação do *judicial review* em verdade angariou execração: Alexander Bickel, autorizado *scholar* norte-americano, a qualificou como uma decisão de odor excessivamente ruim (*exceedingly bad odor*). In SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, Edição do Kindle, p. 141.

43 OLIVON, Beatriz; BACELO, Joice. Derrotas em processos tributários podem custar R\$ 1,1 trilhão à União. *Valor Econômico*, 22 dez. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/22/derrotas-em-processos-tributarios-podem-custar-r-11-trilhao-a-uniao.ghtml?GLBID=1a3abd8398>. Acesso em: 13 out. 2020.

Realmente, os conceitos de “faturamento” e de “receita bruta” não foram dados pelo constituinte.

Interessante notar que o julgamento pelo Plenário do STF, inicialmente, foi proferido em 2017⁴⁴, muito pouco tempo depois do *impeachment* da Chefe do Executivo federal, que se deu sob o fundamento de ela ter mascarado o déficit fiscal do país.

A maquiagem das contas públicas é efetivamente muito perniciosa porque afeta a credibilidade e o equilíbrio fiscal do país.

Mesmo assim, majoritariamente (7 a 4), o STF não cogitou a hipótese de que um prejuízo de cerca de 229 bilhões de reais igualmente afetaria a credibilidade fiscal do país (o PIB do Brasil foi de 1.445 trilhão de dólares em 2020). No câmbio de quando escrevo [outubro de 2021], daria algo em torno de 8 trilhões de reais. O PIB equivale a toda a riqueza produzida no país. A arrecadação federal total da União em 2020 alcançou 1,479 trilhão de reais. Portanto, o valor do prejuízo decorrente dessa ação equivale a cerca de 2 meses da arrecadação anual da União com todos os tributos federais. Dessa maneira, o prejuízo fiscal decorrente dessa decisão é brutal para o país.

O STF, nesse caso, poderia ter declarado a inconstitucionalidade, se fosse o caso, com modulação de efeitos, sem determinar a devolução de nenhum valor, antes de 2017 ou mesmo antes de 2021, quando teve nova oportunidade de modular os efeitos da decisão (a modulação de efeitos feita pelo Supremo ressalvou as ações em andamento e as que haviam transitado em julgado. Todavia, eram inúmeras as ações em andamento, porque já havia maioria de ministros decidindo pela inconstitucionalidade desse tema desde 2006, em outro processo sobre o mesmo assunto – RE 240.785-2; e, por óbvio, durante

44 Houve oposição do recurso de embargos de declaração, e o julgamento terminou em 2021.

11 (onze) anos, de 2006 a 2017, milhares ou milhões de ações sobre essa matéria foram ajuizadas).

É certo que antes do Plano Real (o real entrou em circulação em 1994), o país não tinha uma moeda corrente digna desse nome, e a inflação galopante impossibilitava que houvesse uma clara noção da real situação das finanças do Estado brasileiro. Na verdade, dados os níveis da inflação, não era possível ter sequer noção de orçamento, sendo certo que muita gente, mesmo hoje em dia, infelizmente, não se dá conta da importância desse tema⁴⁵.

Nesse caso ainda há um agravante adicional, considerando que o ICMS, a rigor, é pago pelo destinatário final do produto, e não pela empresa que se beneficiou da decisão. De fato, o ICMS apenas agrega seu valor à mercadoria e sempre foi repassado para o destinatário final dessa mesma mercadoria (que, à toda evidência, não é a empresa que recolhe PIS e COFINS). Portanto, como bem disse o Ministro Eros Grau, em seu voto vencido no RE 240.785-2, no contexto das contribuições PIS e COFINS, o ICMS era custo para a empresa, agregado ao valor da mercadoria (RE 240.785-2).

E essa decisão do STF teve, ainda, um efeito colateral: como a cobrança de tributos “por dentro” (tal como a existente no caso do ICMS na base-de-cálculo da PIS e da COFINS) é comum à sistemática de cobrança de diversos outros tributos nacionais, essa decisão é utilizada como paradigma em muitas outras ações judiciais para requerer a inconstitucionalidade da cobrança de inúmeros outros tributos, o que aumentou, de forma significativa, o ajuizamento de ações de natureza tributária desde 2017.

Uma questão, à luz do artigo 20 da LINDB: se todas essas ações de natureza tributária forem julgadas procedentes, o que

será das contas públicas do país? Haverá dinheiro, por exemplo, para pagar as despesas correntes da União?

Esse assunto deveria ser tratado com gravidade, por todos os poderes do Estado (os “homens de Estado” referidos pelo Tocqueville), dada a possibilidade de consequências nefastas, eis que sem receita, a rigor, o Estado perde sua razão de existir.

Não por acaso, e não apenas por essa modalidade de decisão judicial, enquanto escrevo [outubro de 2021], está em discussão no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda Constitucional que pretende impor uma moratória para o pagamento de precatórios.

Se o Direito não é autossuficiente, se não basta a si mesmo, se deve servir à sociedade e para o desenvolvimento do país, não teria sido melhor declarar a inconstitucionalidade da cobrança desse tributo de forma prospectiva, como a lei autoriza, sem devolução de nenhum valor, e ainda permitindo excepcionalmente a manutenção de sua cobrança por um período razoável de 2 (dois) anos por exemplo, enquanto o Congresso Nacional discutisse sua substituição por outra forma de arrecadação?

Mudando de tópico: a Constituição dos EUA, com mais de 230 (duzentos e trinta) anos de vigência, possui 7 (sete) artigos, em seu corpo principal, e 27 (vinte e sete) emendas constitucionais.

Por sua vez, a Constituição brasileira de 1988 possui, atualmente [outubro de 2021], 250 (duzentos e cinquenta) artigos em seu corpo principal, 114 (cento e quatorze) artigos em suas disposições transitórias, e 111 (cento e onze) emendas constitucionais.

Versa sobre terras indígenas, saúde, previdência social, desporto, comunidades quilombolas, o Colégio D. Pedro, e muitos outros assuntos que não deveriam estar previstos numa Constituição.

O problema de quase todos os assuntos terem assento na Constituição é que isso

45 Basta ver a pouca repercussão que essa decisão do STF teve na imprensa, mesmo envolvendo valores superiores a 200 bilhões de reais.

pode dar aos membros do Judiciário a falsa e errônea ideia de que podem se imiscuir em qualquer tema livremente.

Cass Sunstein e Stephen Holmes, professores de Harvard e NYU, respectivamente, especulam que em países em desenvolvimento a constitucionalização de direitos de segunda geração (que ensejam prestações positivas; obrigações para o Estado) poderiam dar “ao Judiciário um poder indevido”, ao estimular “a ilusão de que os tribunais são capazes de gerar seu próprio poder e impor suas próprias soluções, quer sejam apoiados pelo Executivo e pelo Legislativo, quer não”, sem atentar para os custos dos direitos⁴⁶.

Não tenho conhecimento se Sunstein e Holmes estudaram de forma específica a situação brasileira (imagino que não), mas tocaram de forma bastante cirúrgica em um dos principais problemas no braço judiciário dos poderes da República Federativa do Brasil.

Com efeito, no Brasil há, com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, manifesta, clara e patente ingerência do Poder Judiciário em políticas públicas.

Existem, por exemplo, diversas decisões do STF, inclusive decisões monocráticas, determinando que algum ente federado efetue a construção de creches (ARE 655.452-DF, a título exemplificativo).

Há uma infinidade de decisões judiciais determinando o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS para portadores de doenças incuráveis, e o STF ao julgar recursos submetidos ao regime de repercussão geral não entendeu que se trataria de assunto fora da órbita de atuação do Judiciário.

Nas ações que versam sobre pedido de fornecimento de medicamentos de alto custo

são decididos apenas pedidos individuais. Não existe nenhum tipo de análise judicial sobre a taxa de incidência da doença em toda população nacional, qual seria o gasto para atender todas as pessoas portadoras dessas enfermidades, e se esse gasto seria passível de ser suportado pelo SUS.

Liev Tolstói, segundo Isaiah Berlin, enquanto escrevia “Guerra e Paz”⁴⁷, teria redigido uma carta expondo com alguma amargura para a pessoa destinatária que não tinha dúvida que o público teria mais interesse pelas cenas da vida social e pessoal das damas e cavalheiros da sociedade russa retratados no romance épico, que na descoberta da verdade sobre o conflito histórico descrito no livro (o verdadeiro “personagem” do romance – os parênteses são meus). Isaiah Berlin cita, também, nesse mesmo sentido, que as folhas das árvores encantam mais as pessoas que as raízes, querendo dizer que a visão superficial do mundo é a que prevalece⁴⁸.

Nas ações sobre medicamentos ocorre exatamente o descrito por Isaiah Berlin.

Os membros do Judiciário imaginam que estão atribuindo um “direito subjetivo” aos autores, aplicando o “direito” ao caso concreto, numa espécie de execução de uma ilusão (como disseram Sunstein e Holmes), ou mais correntemente “pensamento mágico”, onde não haveria finitude de recursos financeiros, e não existiria reserva do possível.

Entretanto, cada decisão judicial específica nesse tipo de ação causa uma melhora muito pouco significativa para o autor (em regra, infelizmente, são pessoas portadoras de doenças incuráveis) e um manifesto prejuízo

46 In SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle, p. 114-117.

47 “[...] não existe nada mais forte do que estes dois soldados: paciência e tempo [...]”. In TOLSTÓI, Liev. *Guerra e paz*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, Edição do Kindle, posição 19.987.

48 In BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoy’s view of history*. 2. ed. London: Orion, 2014, Edição do Kindle, p. 21 e 27-28.

ízo para toda a estrutura do SUS e os milhões de outros usuários que possuem doenças suscetíveis de cura, mas eventualmente não recebem o tratamento e os medicamentos adequados, por insuficiência financeira do sistema, que vê suas verbas destinadas, por determinação judicial, para tratamentos não prioritários. Ressalte-se: não prioritários sob o ponto de vista do órgão técnico da nação especializado na temática, que possui capacidade, experiência e conhecimento técnico para lidar da forma mais apropriada com o assunto.

Aliás, vale um comentário adicional sobre esse tema, para melhor ilustração: durante a pandemia de Covid-19 houve grande discussão sobre a prescrição de medicamentos ineficazes⁴⁹ para o tratamento da nova enfermidade, notadamente cloroquina e ivermectina, o que foi objeto até de CPI no Senado Federal.

Em diversas ações sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo existe parecer do órgão técnico competente indicando que o medicamento pleiteado não cumpre o requisito custo-benefício e alguns pareceres, até mesmo, fazem contraindicação direta, manifesta, frontal, para o fornecimento do medicamento de alto custo para o tratamento de determinadas doenças, calcados na pura e simples ineficácia do fármaco.

Mesmo assim temos visto que o Judiciário costuma determinar o fornecimento do medicamento, com base na prescrição exclusiva do médico particular da parte autora da ação.

Essa situação, no limite, não difere muito das infelizes recomendações de medicamentos ineficazes⁵⁰ contra Covid-19.

49 “A banana é a fruta mais limpa, pois pela casca é protegida de insetos, de vermes, assim como de bacilos. Excluem-se os insetos, vermes e bacilos que penetram na casca”. In DÖBLIN, Alfred. *Berlin Alexanderplatz*. Tradução Irene Aron. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Edição do Kindle, p. 178.

50 “[...] as massas nunca tiveram a sede da verdade. Reque-

Essas modalidades de decisão também caracterizam uma atuação indevida do Judiciário, haja vista que interferem em políticas públicas, campo que deveria ser alienígena para o braço judiciário do Estado.

Por fim, devem ser mencionadas também as decisões judiciais que tentam “corrigir” o Direito pela moral, regredindo alguns séculos no tempo, como forma de atuação indevida do Poder Judiciário.

Com a devida vênia, são claros exemplos dessa tentativa de “correção” do Direito pela moral, com usurpação de função específica e exclusiva do Poder Legislativo, a criação de um tipo penal pelo STF na ADO 26/DF e MI 4733/DF (homofobia), bem com a criação de hipóteses de imprescritibilidade, também pelo STF, tal como no HC 154.248 (injúria racial equiparada a racismo).

Para terminar bem, uma citação de Eros Grau:

[...] Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia, a história [...] Explicitando: juízes decidem (= devem decidir) não subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis)⁵¹.

rem ilusões, às quais não podem renunciar. Nelas o irreal tem primazia sobre o real, o que não é verdadeiro as influencia quase tão fortemente quanto o verdadeiro. Elas têm a visível tendência de não fazer distinção entre os dois”. In FREUD, Sigmund. *Freud (1920-1923)* - Obras completas volume 15: psicologia das massas e análise do eu e outros textos. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, Edição do Kindle, p. 15.

51 In GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. Coimbra: Almedina, 2020, Edição do Kindle, p. 13-14.

2. Conclusão

Não entendo nada de esculturas.

Mas sempre achei curiosa a estátua “o pensador” de Auguste Rodin.

Há alguns anos, ao visitar o museu dedicado ao escultor, fiquei muito surpreso ao saber que a escultura “o pensador” não é uma peça autônoma, singular, mas sim parte de uma composição grandiosa.

Informam, no museu, que o escultor Auguste Rodin concebeu a ideia, e recebeu a encomenda do trabalho, de realizar uma complexa obra composta por 180 (cento e oitenta) peças, denominada “a porta do inferno”⁵², que teria sido inspirada pela “Divina Comédia” de Dante Alighieri.

Algumas dessas 180 peças ficaram famosas de forma individual, separadamente da composição imaginada, sendo certo que uma delas é seguramente “o pensador”.

Na composição completa idealizada pelo escultor, “o pensador” situa-se na parte superior da “porta do inferno”, logo acima dos painéis da porta.

Há inúmeras teses e especulações sobre a razão de “o pensador” figurar na “porta do inferno” de Rodin.

Nenhuma das teses é reconhecida como autêntica, tendo em conta que não se tem conhecimento de uma explicação dada por Auguste Rodin para ter posicionado “o pensador” na “porta do inferno”.

A questão é que saber que “o pensador” está na “porta do inferno” muda a percepção e a concepção de quem havia fixado os olhos na estátua de forma isolada, e consequentemente altera o significado pessoal que a escultura

individualizada anteriormente transmitia para o observador⁵³.

Com as devidas variantes, é mais ou menos essa transfiguração que acontece com o significado do Poder Judiciário, enquanto poder do Estado, quando ele se imiscui em áreas que não são da sua alçada.

Se a interpretação dada pelos julgadores em determinada decisão for no sentido da aplicação do Direito pelo Direito, como se autossuficiente fosse, como se bastasse a si mesmo, sem guardar nenhuma deferência aos demais poderes, à realidade fiscal do país, à reserva do possível⁵⁴, se acarretar

53 “Os tubos velhos de iluminação do parque piscaram e se acenderam; uma longa barcaça marrom atravessava as águas cinzentas dirigindo-se ao mar. Sentei num banco, avaliando as minhas opções, e percebi a aproximação de uma mulher negra com o filho pequeno. O menino puxou a mãe até o gradil, e ali ficaram lado a lado, o menino com o braço em volta da perna dela, formando um vulto só ao crepúsculo. Por fim, o menino ergueu a cabeça parecendo perguntar alguma coisa. A mulher ergueu os ombros e o menino deu alguns passos em minha direção. ‘Com licença, senhor’, gritou o garoto. ‘O senhor sabe por que o rio às vezes corre para aquele lado e então às vezes vem desse lado?’ A mulher sorriu e balançou a cabeça, e eu falei que provavelmente era por causa das marés. O menino pareceu se satisfazer com a resposta e voltou para junto da mãe. Fiquei olhando enquanto os dois desapareciam na penumbra e me dei conta de que nunca percebera para que lado o rio corria. Uma semana depois, pus a bagagem no carro e fui para Chicago”. In OBAMA, Barack. *Sonhos do meu pai*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, Edição do Kindle, p. 184-185.

54 “Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos. Os tribunais não estão bem situados para supervisionar o complexo processo de distribuição de recursos levado a cabo de maneira às vezes mais hábil, às vezes menos, pelos órgãos do poder executivo; também não têm condições de retificar os erros passados de distribuição. Os juízes não dispõem da formação adequada para desempenhar essas funções e necessariamente trabalham com fontes de informação insuficientes e parciais [...] Ao contrário do poder legislativo, o Judiciário trata sempre de um caso isolado. Por não serem capazes de lançar uma visão geral sobre um amplo espectro de

52 “Deixai, o vós, que entraís, toda a esperança!” In ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. Tradução J. P. Xavier Pinheiro. São Paulo: Martin Claret, 2021, Edição do Kindle, p. 59.

a substituição da lei adotada pelas Casas Legislativas, pela vontade ou ideia pessoal do julgador ou, ainda, se a decisão judicial ensejar atuação em matéria reservada para políticas públicas, que devem ser conduzidas por pessoas com competência técnica e aptidão específica na área, o Poder Judiciário, ao atuar sem nenhuma forma de autocontenção, restará diminuído e não cumprirá sua função constitucional, enquanto poder do Estado, que é, a rigor, exclusivamente, de controle de constitucionalidade e legalidade dos eventuais excessos dos poderes Legislativo e Executivo. Não é função do Judiciário executar ou legislar diretamente, nem substituir a vontade dos agentes desses outros poderes por motivos egoístas ou mesquinhos inerentes ao julgador, e muito menos “corrigir” o Direito pela moral.

Não se pode descurar que o Direito, em última análise, deve servir à vida, deve existir em função da sociedade, e deve ser aplicado, sim, mormente, em vista do desenvolvimento do país.

necessidades sociais conflitantes e depois decidir quanto dinheiro destinar a cada uma, os juízes são institucionalmente impedidos de levar em conta as consequências distributivas de suas decisões, consequências essas que às vezes podem ser graves. E não é fácil para eles descobrir se o Estado realmente cometeu um erro ao concluir previamente que o melhor seria distribuir seus recursos para os casos A, B e C e não para o caso D – mesmo que no fim se revele que o caso D resultou numa calamidade [...]”. In SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle, p. 89.

Referências

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. Tradução J. P. Xavier Pinheiro. São Paulo: Martin Claret, 2021, Edição do Kindle.

BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoy's view of history*. 2. ed. London: Orion, 2014, Edição do Kindle.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 8. ed. Brasília: OAB Editora, 2006.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Um intelectual na política: memórias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, Edição do Kindle.

CHERNOW, Ron. *Alexander Hamilton*. Tradução Donaldson M. Garschagen e Renata Guerra. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle.

DICKENS, Charles. *Grandes esperanças*. Tradução Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin, 2012, Edição do Kindle.

DÖBLIN, Alfred. *Berlin Alexanderplatz*. Tradução Irene Aron. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Edição do Kindle.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias da Casa dos Mortos*. Tradução Oleg Almeida. São Paulo: Martin Claret, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREUD, Sigmund. *Freud (1920-1923) - Obras completas volume 15: psicologia das massas e análise do eu e outros textos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, Edição do Kindle.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. Coimbra: Almedina, 2020, Edição do Kindle.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução, introdução e notas Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

LEPORE, Jill. *Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos*. Tradução André Czarnobai e Antenor Savoldi Jr. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, Edição do Kindle.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, Edição do Kindle.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, Edição do Kindle.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral, introdução, pessoas físicas e jurídicas [atualizado por Vilson Rodrigues Alves]*. Campinas: Bookseller, 1999.

OBAMA, Barack. *Sonhos do meu pai*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, Edição do Kindle.

OLIVON, Beatriz; BACELO, Joice. Derrotas em processos tributários podem custar R\$ 1,1 trilhão à União. *Valor Econômico*, 22 dez. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/22/derrotas-em-processos-tributarios-podem-custar-r-11-trilhao-a-uniao.ghtml?GLBID=1a3abd8398>. Acesso em: 13 out. 2020.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, Edição do Kindle.

ROSA, João Guimarães. *A hora e a vez de Augusto Matraga*. 1. ed. digital. São Paulo: Global Editora, 2020, Edição do Kindle.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Edição do Kindle.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, Edição do Kindle.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, Edição do Kindle.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019, Edição do Kindle.

TOLSTÓI, Liev. *Anna Kariênina*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, Edição do Kindle.

Revista do TRF3 - Ano XXXIII - n. 153 - Abr./Jun. 2022

TOLSTÓI, Liev. *Guerra e paz*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, Edição do Kindle.

TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

A troca de informações fiscais e o seu reflexo nos direitos fundamentais



Regiane Wrobel Duarte

Analista Judiciária. Mestranda em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito Processual “Grandes Transformações” pela Universidade da Amazônia. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

RESUMO: Num mundo globalizado, onde as relações fiscais tornam-se cada vez mais complexas, surge aos Estados a necessidade de maior cooperação internacional, a fim de prevenir a dupla tributação e a dupla não tributação. Este estudo tem por objetivo evidenciar que o instituto da troca de informações é uma opção a esta cooperação. Entretanto, sua utilização, por refletir diretamente nos direitos fundamentais, deve ser cuidadosamente analisada e ponderada.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Cooperação internacional. Dupla Tributação. Dupla não tributação. Troca de informações. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: In a globalized world, where tax relations are becoming increasingly complex, the need for greater international cooperation arises to States, in order to prevent double taxation and double non-taxation. This study aims to show that the institute of information exchange is an option to this cooperation, however, its use, by reflecting directly on fundamental rights, must be carefully analyzed and considered.

KEYWORDS: Globalization. International Cooperation. Double Taxation. Double Non-taxation. Information Exchange. Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A transparência fiscal e a troca de informações. 3 Evolução do instituto da troca de informações. 4 A troca de informações e o sigilo bancário. 5 O atual posicionamento jurisprudencial no Brasil sobre o sigilo bancário. 6 As vicissitudes da confidencialidade e da proteção do contribuinte nos diversos Estados. 7 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Antes de mais, revela-se oportuno trazer à baila uma frase de Manuel Pires: “O mundo muda, o mundo evolui, às vezes com involuções de permeio”¹.

Indubitavelmente, a internacionalização ou globalização, além de trazer grande prosperidade para a humanidade, trouxe também tantos outros problemas a serem enfrentados nos diversos campos e áreas, basta citar como alguns exemplos o terrorismo multicultural e a própria pandemia da covid-19 que, devido às facilidades de transporte e locomoção atuais, acabou por se espalhar com uma velocidade surpreendente no globo.



Fonte: www.sindifisco.org.br

No campo do Direito Fiscal não é diferente, a globalização, ao proporcionar a plurilocalização dos fatores de produção, além de benefícios, favoreceu a intensificação de problemas como a dupla tributação e a dupla não tributação.

A princípio, a preocupação dos Estados girou em torno de evitar a dupla tributação, a fim de que os contribuintes não fossem cobrados mais de uma vez pelo mesmo imposto². Contudo, a um certo ponto, os Estados e

organizações internacionais constataram que a internacionalização da economia, ao evidenciar o fator fiscal, também propiciou aos contribuintes socorrerem-se de subterfúgios que proporcionam a redução ou a completa aniquilação da carga fiscal.

É importante salientar que a dupla não tributação pode ser tão nociva ao Estado quanto a dupla tributação, pois a falta da cobrança do imposto justo, além de colocar em risco a própria sobrevivência do Estado, com a possível diminuição nas suas receitas tributárias, pode suscitar a sensação de injustiça naqueles contribuintes que pagam corretamente seus tributos.

As práticas fiscais prejudiciais, tais como o planeamento fiscal abusivo e a fraude, podem distorcer os padrões de comércio e investimento, corroer as bases tributárias nacionais e transferir parte da carga tributária para bases tributárias menos móveis, como trabalho e consumo, afetando desfavoravelmente o emprego e arruinando a justiça das estruturas tributárias³.

O combate a essas práticas fiscais prejudiciais e a eliminação de seus efeitos indesejáveis apresentam-se como um grande desafio para os ordenamentos jurídicos fiscais que, diga-se de passagem, foram desenvolvidos em grande parte para uma realidade muito distante da atual, na qual a economia era mais estática.

Deste modo, os Estados e as organizações internacionais têm se mobilizado para enfrentar esses desafios de forma conjunta através da cooperação internacional e, indo um pouco mais além, têm adotado, para tanto, um viés muito mais multilateral do que

tion in tax matters. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 1.

1 PIRES, Manuel. Harmonização fiscal face à internacionalização da economia, experiência recente. In: *Colóquio - A internacionalização da economia e fiscalidade*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1993, p. 15.

2 OBERSON, Xavier. *International exchange of informa-*

3 OCDE. *Harmful tax competition an emerging global issue*, 19 maio 1998. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en. Acesso em: 02 maio 2021.

bilateral⁴.

A partir desse quadro, surge, então, a necessidade de se estabelecer um padrão internacional de transparência e, neste ponto, se revela a importância da adoção do mecanismo da troca de informações fiscais.

A partilha de informações visa possibilitar aos Estados o acesso ao real rendimento de seus contribuintes a nível global e, consequentemente, chegarem ao montante do imposto justo. Nas palavras de Maria Odete Batista de Oliveira:

[...] No intercâmbio de informações, o que se pretende assegurar é a correcta aplicação das normas tributárias por parte do Estado a quem corresponde o respectivo controlo, através da troca de informações necessárias para a gestão dos tributos⁵.

De outra banda, o Estado Democrático de Direito é aquele que assegura o respeito aos direitos e liberdades fundamentais. Portanto, ao Estado é vedado relativizar essas liberdades e direitos, tal como o sigilo bancário e fiscal, de forma arbitrária. Deve, ao contrário, observar e respeitar o previsto tanto na Constituição como na legislação infraconstitucional.

Entretanto, ao Estado Social recai o dever de implementar políticas públicas, a fim de efetivar muitos dos direitos e liberdades fundamentais, tal como saúde, segurança, educação, e isso envolve a necessidade de investimentos públicos. Daí a grande necessidade que o Estado tem de obter recursos financeiros. Estes, por sua vez, tendo em vista o modelo de Estado Fiscal, são obtidos principalmente com base na arrecadação de impostos⁶. Quanto maior for a estrutura do

Estado, maior a necessidade de receitas⁷. Desta forma, pode-se afirmar que não existe Estado Social sem Estado Fiscal⁸.

No meio dessa conjuntura, o Brasil, também alarmado com a perda de receitas, passa a fazer parte do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações (doravante, Fórum Global)⁹ e assume compromisso perante ele e perante a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (doravante, OCDE) de apoiar o documento “*Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters*”¹⁰, comprometendo-se a combater a fraude e evasão fiscais internacionais e a promover a *compliance* internacional mediante a assistência administrativa mútua em assuntos fiscais.

No entanto, a questão do sigilo bancário e fiscal, à época, não se mostrava pacífica no país, vindo o Supremo Tribunal Federal (doravante, STF) a ser chamado a se manifestar e firmar posicionamento sobre o tema, marcando profundamente uma nova postura com relação à transparência a nível nacional e, consequentemente, internacional, bem como à interpretação e ponderação entre os direitos e garantias constitucionais.

Nesse contexto, surgiram vozes preocupadas com os direitos fundamentais dos

fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 12.

7 OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26-27.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1539.

9 OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

10 OCDE. *Declaration on automatic exchange of information in tax matters* (2014). Disponível em: <https://www.oecd.org/mcm/documents-archive/2014/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

4 OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 41.

5 *Ibidem*, p. 116.

6 NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado

contribuintes e o tratamento da confidencialidade das informações obtidas pelos Estados, especialmente questionando se os Estados tomam as necessárias cautelas para a proteção dessas informações obtidas.

Em suma, o presente estudo busca evidenciar a importância do instituto da troca de informações e seus reflexos nos direitos fundamentais. Para tanto, serão abordados assuntos como a necessidade da transparência fiscal, conceito e a evolução do instituto da troca de informações, a conjuntura brasileira, e as diversas interligações que o instituto tem com os direitos fundamentais.

2 A transparência fiscal e a troca de informações

A transparência fiscal, no âmbito interno dos países, é uma via de mão dupla, obriga tanto a Administração Pública, quanto o contribuinte. Com relação à Administração Pública, ela tem o dever de manter regras claras, inteligíveis¹¹ e simplificadas, a fim de favorecer a sua compreensão e aplicação pelos contribuintes, além do mais, a Administração tem, ainda, o dever de motivar seus atos, viabilizando o controle deles pelo contribuinte, tanto de forma direta, como indiretamente, através de recurso aos tribunais. Em contrapartida, no que diz respeito aos contribuintes, por um lado, eles têm o dever de agir com transparência fazendo suas declarações fiscais corretamente, sem ocultar informações e ganhos, a fim de possibilitar o pagamento do tributo devido e, por outro lado, a adoção da transparência pelos contribuintes evita que tanto o Estado como outros particulares ajam numa base fática obscura¹².

Já a transparência fiscal a nível internacional refere-se ao modo como os países

lidam com o sigilo bancário e a troca de informações. Os chamados paraísos fiscais e os países com regimes fiscais preferenciais são tidos como países desprovidos de transparência, uma vez que são locais de baixa ou nenhuma tributação, que facilitam as empresas a ocultar seus ganhos atrás de sigilos bancários intransponíveis e dificultam a troca de informações. Há algum tempo existe uma forte pressão global com relação a eles, no sentido de relativizarem o direito ao sigilo bancário e fornecerem informações bancárias e fiscais por eles detidas, adotando, assim, uma postura mais transparente. Ana Paula Dourado observa que:

[...] Os paraísos fiscais são identificados como os territórios que não têm impostos ou que têm impostos meramente nominais, não os aplicando; que não são transparentes; cujas leis ou práticas administrativas previnem a troca de informações para efeitos fiscais; a ausência de requisitos de atividade substancial¹³.

Enquanto Glória Teixeira considera que:

[...] A noção de regime fiscal preferencial compreende os seguintes critérios:
a) isenção total ou aplicação de taxas efetivas reduzidas de imposto;
b) atribuição de benefícios fiscais ou regimes fiscais mais favoráveis exclusivamente a não residentes;
c) falta de transparência e
d) ausência de troca de informações e sigilo bancário¹⁴.

Em suma, no campo internacional, a transparência, ou seja, a vedação da opacidade tanto de governos, quanto dos contribuintes¹⁵, mostra-se como condição para a justa

11 PIRES, Rita Calçada. *Direito fiscal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 123.

12 ROCHA, Sergio André. *Troca internacional de informações para fins fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 23-24.

13 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 295.

14 TEIXEIRA, Glória. *Manual de direito fiscal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 61.

15 ROCHA, Sergio André. *Troca internacional de informa-*

tributação entre os Estados envolvidos. Em tempos de globalização e a consequente plurilocalização dos fatos tributários, que podem atingir valores consideráveis, a não cobrança dos impostos devidos, como já mencionado, pode colocar em dificuldades a própria existência dos Estados¹⁶.

Por sua vez, a troca de informações tem duas funções: primeiro, evitar a dupla tributação e, neste caso, está mais ligada aos interesses dos contribuintes; segundo, evitar a evasão fiscal, nesse ponto mais voltada aos interesses dos Estados¹⁷. Mas, como lembra Ana Paula Dourado:

[...] no quadro do BEPS, é também um instrumento necessário para a correta utilização de regras antiabuso e para uma política legislativa que reduza disparidades e lacunas¹⁸.

Na sua segunda função, a troca de informações apresenta-se como um meio de se alcançar maior transparência fiscal a nível global, através da cooperação entre os Estados, prevenindo e identificando situações de evasão fiscal e, consequentemente, configurando-se como uma via à eliminação da falta ou baixa tributação por parte de Estados que se abrigam no sigilo bancário.

Nesse âmbito, pode-se conceituar a troca de informações como um modo de auxiliar os Estados na obtenção de informações detidas por outros Estados, relativas a contribuintes com algum tipo de conexão relevante, mas que, por motivos de soberania internacional, o Estado requerente não tenha

outra via para coletá-las. Conforme lições de Alberto Xavier:

[...] O instituto da troca internacional de informações insere-se no quadro das medidas de assistência administrativa prestadas pelos Estados de modo a satisfazer pedidos formulados por outros Estados no sentido de obtenção de informações que, localizando-se no exterior de seu território, não pode ser por eles diretamente obtidas pela prática de atos de autoridade, em razão da força imperativa dos mesmos se circunscrever ao âmbito desse território, já que uma extraterritorialidade em sentido formal constitui violação de soberania¹⁹.

Desta forma, pode-se afirmar que, para haver um efetivo sistema de controle fiscal, fundamental é a informação. Nesse sentido, oportuna é a transcrição das lições de José Manuel Calderón Carrero:

[...] una de las piedras angulares de un efectivo sistema de control fiscal es la información [...] En la hora actual, resulta un lugar común afirmar que no es posible garantizar el cumplimiento de las leyes tributarias de un Estado sin contar con información fiscal de carácter “interestatal”²⁰.

Por seu turno, impende destacar que o vocábulo “troca” não significa que a cada pedido de um Estado surja ao outro o direito de solicitar uma informação, até porque há

ções para fins fiscais. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 61.

16 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 299.

17 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 242.

18 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 300.

19 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 661.

20 “Uma das pedras angulares de um efetivo sistema de controle fiscal é a informação. Atualmente, é comum afirmar não ser possível garantir o cumprimento das leis tributárias de um Estado sem contar com informação fiscal de caráter interestadual” (tradução nossa). CALDERÓN, Jose Manuel Carrero. *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2000, p. 28 e 25.

circunstâncias em que apenas um Estado necessita de informações. O vocábulo está ligado à questão de bilateralidade, ou seja, do compromisso assumido pelos Estados em fornecerem informações quando um deles necessitar. Além disso, nenhum dos Estados pode alegar, a partir do compromisso assumido num Tratado, que as leis internas, inclusive a Constituição, não permitem a troca das informações. Se porventura, o Estado requerente tiver um pedido de informações negado, pode denunciar o Tratado, e o Estado denunciado pode ser responsabilizado internacionalmente²¹.

Segundo Alberto Xavier a troca de informações pode ser caracterizada como: a) *obrigatória*, pois é uma obrigação assumida pelos Estados; b) *supletiva*, tendo em vista que o Estado requerente deve ter exaurido de todos os meios para obter as informações no âmbito interno; c) *provocada*, uma vez que solicitada pelo Estado requerente; d) *secreta*, já que só pode ser encaminhada às autoridades tributárias do Estado requerente e; e) *especial*, considerando que o pedido só pode versar sobre um caso específico.

Os principais métodos de troca de informações são: a) *a pedido*, depende da iniciativa de um Estado; b) *automática*, são informações previamente acordadas, com dados a serem transmitidos de forma pré-definida e de maneira constante; e c) *espontânea*, ocorre em função de informações que um Estado descobre após alguma fiscalização do contribuinte e que, por serem de interesse de outro Estado, a ele são remetidas²²; acrescente-se, ainda, a essa classificação as trocas de informações: d) *simultâneas*, em que ocorrem concomitantemente investigações em dois Estados com a troca de informações entre eles; e) *verificações fiscais no estrangeiro*, nas hipóteses em que um Estado solicita acom-

panhar a investigação que está ocorrendo em outro, a fim de obter informações resultantes dessa investigação²³.

3 Evolução do instituto da troca de informações

O instituto da troca de informações parece ter surgido entre 1843 e 1845 em Tratados celebrados pela Bélgica, França, Holanda e Luxemburgo. Mas, é no século passado, por intermédio das organizações internacionais, que passa a ser constantemente inserido nos Tratados. Foi previsto pela Sociedade das Nações em 1925, pela OCDE em 1963, pela União Europeia em 1975 e pela ONU em 1984.

Porém, o seu avanço foi lento, em razão das temáticas envolvidas no processo, tais como a soberania dos Estados, a desconfiança entre eles e a consciência tardia do quanto se perdia em termos de receitas tributárias²⁴.

O relatório da OCDE de 1998, sobre concorrência fiscal prejudicial, foi o primeiro a demonstrar maior preocupação com a transparência fiscal, troca de informações e paraísos fiscais. Ele identificou os prejuízos causados aos Estados pela opacidade dos paraísos fiscais no contexto da globalização²⁵, mas além da OCDE, a União Europeia, a ONU e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos também mostraram preocupação com essa situação.

Contudo, somente com a crise financeira de 2008 se acentuou a problemática da falta de transparência, manifestada nas figuras dos paraísos fiscais.

21 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 663.

22 *Ibidem*, p. 665.

23 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 76-77.

24 OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 133-134.

25 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 295.

Nos Estados Unidos da América, a crise financeira somada ao relatório do Senado Federal sobre evasão fiscal e paraísos fiscais, que teve por base escândalos envolvendo o LGT Bank, em Liechtenstein, e o banco USB AG, fez com que se desenvolvesse o *Foreign Account Tax Compliance Act* (doravante, FATCA) que, em apertada síntese, obrigou que instituições bancárias estrangeiras enviassem à autoridade tributária americana informações fiscais sobre pessoas físicas ou jurídicas americanas de forma automática²⁶.

A crise financeira de 2008 também levou à reestruturação do Fórum Global por parte da OCDE. O Fórum Global passou a ser um órgão com vocação internacional, composto por Estados-Membros da OCDE e não Membros e está ligado ao Centro de Política Fiscal e Administração da OCDE²⁷. Atualmente, o Fórum Global conta com 163 membros²⁸.

O Fórum Global faz, periodicamente, avaliação dos Estados-Membros, a fim de atestar se o Estado é cooperante ou não. Segundo Ana Paula Dourado:

[...] Para que um Estado/território seja cooperante, é necessário que tenha mecanismos de troca de informações a pedido; que a informação seja fiável e seja acessível; que essa informação consista em informação bancária, informação contabilística e que a identidade e titularidade das contas seja revelada; que seja possível às autoridades tributárias obterem e prestarem essa informação a um Estado requerente, atempadamente;

e que sejam respeitadas garantias, limites e uma confidencialidade estrita²⁹.

Neste passo, até 2013, o padrão internacional de troca de informações era a pedido, o sigilo bancário não podia mais ser invocado para recusa e não abrangia apenas os Estados-Membros da OCDE, mas, sim, dirigia-se à universalidade de países³⁰.

Todavia, a partir de 2013, o G20 adotou como novo padrão internacional, a troca automática de informações. Muito se deve ao impacto que o FATCA teve sobre diversos ordenamentos³¹. Consequentemente, a OCDE apresentou o padrão global único para troca automática de informações ao abrigo de acordos entre autoridades competentes. Como já consignado, a troca automática de informações é uma permuta sistemática de informações sem necessidade de pedido prévio abrangendo uma ou várias categorias de dados³². Trazendo uma vez mais as lições de Ana Paula Dourado:

[...] Ao abrigo destes acordos, as autoridades nacionais obtêm informações das suas instituições financeiras, sobre contas financeiras, independentemente da residência do titular ou beneficiário, e enviam-nas às autoridades congêneres da residência dos titulares das contas, automaticamente, uma vez por ano³³.

Estão submetidos à obrigação de comunicação os bancos, agentes, curadores, corretores, certos veículos de investimento coletivo e algumas sociedades seguradoras. São objeto de comunicação as pessoas singulares, as en-

26 PISCITELLI, Tathiane. *Compliance das normas tributárias: como evoluímos e para onde ainda devemos ir?* In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Compliance no direito tributário*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, item 1.

27 *Ibidem*, p. 296.

28 OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

29 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 297.

30 *Ibidem*, p. 299.

31 *Ibidem*, p. 300-301.

32 OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 200.

33 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 300-301.

tidades e as instituições financeiras³⁴.

Em 06 de maio de 2014, os países membros da OCDE juntamente com outros não membros, dentre eles o Brasil, comprometeram-se em apoiar o documento “*Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters*”³⁵, declarando estarem decididos a combater a fraude e evasão fiscais internacionais e a promover a *compliance* internacional através da assistência administrativa mútua em assuntos fiscais³⁶.

De outra banda, em dezembro de 2017, a União Europeia elaborou uma lista de territórios terceiros não cooperantes para efeitos tributários. Inicialmente, faziam parte dessa *lista negra*, que é atualizada periodicamente, 17 territórios. Existe também uma *lista cinzenta* que se refere a países que deverão melhorar os seus princípios de boa governação fiscal. Isso evidenciou o fracasso da política internacional de transparência fiscal, já que, em 2009, a OCDE havia declarado o fim dos paraísos fiscais. Por outro lado, revelou que os territórios preocupam-se em não fazer parte de uma *lista negra*, sendo que muitos foram, pouco a pouco, adequando seus sistemas a fim de serem retirados dessas listas³⁷.

O padrão internacional de troca de informações consta no artigo 26º do Modelo da OCDE; no artigo 1º do Modelo de Acordo de Troca de Informações de 2002; no Manual de Implementação da Troca de Informações de 2006; na Convenção Multilateral de Assistência Mútua da OCDE. O artigo 26º do Modelo da OCDE ou a Convenção de Assistência

Mútua da OCDE servem de base legal para os acordos entre as autoridades competentes. Há um padrão mundial único de transmissão de informações o *common reporting standard*³⁸.

Segundo dados da OCDE, quase 100 jurisdições trocaram informações em 2019 relativas a 84 milhões de contas financeiras, com um valor total de cerca de 10 trilhões de euros³⁹.

4 A troca de informações e o sigilo bancário

Em 2005, o artigo 26º da Convenção Modelo da OCDE ganhou um novo § 5º dispondo sobre a vedação do Estado-Membro em recusar fornecer informações a outro Estado com base no sigilo bancário e profissional. Nas lições de Alberto Xavier:

[...] trata-se da inoponibilidade de leis internas consagradoras do sigilo em matéria fiscal nas relações com Estado estrangeiro ao abrigo de tratado internacional⁴⁰.

Houve uma forte pressão tanto da OCDE, quanto de outros organismos internacionais, para que os Estados adequassem suas legislações à necessidade de que a troca de informações não fosse barrada pelo sigilo fiscal. Essa troca abrangeria todas as informações financeiras, contábeis e transacionais relevantes, bem como as relativas à identidade do cliente e às partes das operações financeiras detidas pelos bancos e demais instituições financeiras relativas aos seus clientes⁴¹.

34 *Ibidem*, p. 304.

35 OCDE. *Declaration on automatic exchange of information in tax matters* (2014). Disponível em: <https://www.oecd.org/mcm/documents-archive/2014/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

36 ROCHA, Sergio André. *Troca internacional de informações para fins fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015., p. 124.

37 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 304-307.

38 *Ibidem*, p. 300-302.

39 OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. International community reaches important milestone in fight against tax evasion, 09 dez. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/international-community-reaches-important-milestone-in-fight-against-tax-evasion.htm>. Acesso em: 11 maio 2021.

40 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 669.

41 *Ibidem*.



Fonte: <https://neai-unesp.org/>

Os mais variados tipos de ameaças e retaliações aos Estados que se opusessem a adotar esse novo paradigma de sigilo fiscal fizeram com que houvesse uma ampla adesão a uma progressiva abertura do sigilo fiscal por parte dos Estados⁴².

Em função dessa abertura do sigilo fiscal, a OCDE incentivou os Estados a criarem programas de *voluntary disclosure*, que beneficiariam tanto os contribuintes, permitindo a regularização daqueles que quisessem; quanto os Estados, favorecendo a arrecadação dos impostos sobre valores anteriormente não declarados⁴³. Desta forma, vários Estados permitiram que seus contribuintes informassem voluntariamente seus ativos financeiros não declarados e existentes em outros Estados. Alguns países previram a aplicação da anistia, total ou parcial, de penalidades, cobrando apenas os tributos devidos com alíquotas reduzidas (Bélgica, Alemanha, Grécia, Itália, México, Portugal, Rússia, África do Sul), enquanto outros se limitaram a minorar multas e garantir a não perseguição penal (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Irlanda)⁴⁴.

42 *Ibidem*, p. 671.

43 OCDE. *Update on voluntary disclosure programmes: a pathway to tax compliance*, 07 ago. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/update-on-voluntary-disclosure-programmes-a-pathway-to-tax-compliance.htm>. Acesso em: 19 jun. 2021.

44 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do*

O Brasil também adotou postura semelhante a esses países. Houve a edição da Lei nº 13.254/2016 com o objetivo de possibilitar que residentes ou domiciliados no país que tivessem recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados, fizessem sua regularização. Essa lei permitiu, além da redução considerável de impostos, a extinção de punibilidade de crimes cometidos contra a ordem cambial, econômica e tributária⁴⁵.

Nas lições de Heleno Taveira Torres:

[...] Os programas de *voluntary disclosure* têm sido exitosos em todos os ordenamentos, ao tempo que privilegiam a transparência, a moralidade e o “compliance” do contribuinte. Eles propiciam oportunidade para recompor a base de tributação do país para os anos seguintes, bem como permitem o ingresso de recursos para a economia formal e ampliam a arrecadação. E como só têm aplicação a ativos de origem lícita, não se abre para favorecer titulares de recursos ilícitos⁴⁶.

Essa postura adotada pelos países pode ter as seguintes interpretações: primeiro, a intenção de que seus cidadãos não fossem pegos de surpresa pelas novas políticas de troca de informações assumidas pelos Estados a nível internacional; segundo, que em função dessas novas políticas, tivessem a oportunidade de

Brasil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 671.

45 BRASIL. *Lei nº 13.254*, de 13 de janeiro de 2016. Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13254.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

46 TORRES, Heleno Taveira. Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do fisco global. *Consultor Jurídico*, 08 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>. Acesso em: 05 maio 2021.

regularização e; terceiro, aqueles que não se regularizassem ficariam sujeito às eventuais consequências das futuras trocas de informações. Sendo assim, os Estados demonstraram um ato de boa-fé para com seus cidadãos, conferindo a eles oportunidade de regularização, através da adoção de uma nova postura, condizente com a atualidade do Direito Administrativo Fiscal, em que se busca um maior consenso e entendimento entre o Fisco e o contribuinte. Indubitavelmente, é um exemplo de remodelação da postura da Administração Fiscal de autoritária para cooperativa. Conforme lições de João Pedro Silva Rodrigues, a Administração Fiscal e o contribuinte vivem uma *alteração nos seus modelos relacionais*, e o *estado de necessidade* da Administração faz com que se crie:

[...] um novo suporte relacional inspirado em valores que potenciam a cooperação com os contribuintes e uma nova atitude de serviço visando o cumprimento voluntário das obrigações fiscais⁴⁷.

Por outro lado, também foi um sinal de que as trocas de informações iriam se intensificar.

No que diz respeito ao Brasil, pode-se dizer que foi o começo da implementação dos compromissos assumidos internacionalmente com relação à efetivação de uma maior transparência fiscal mediante o intercâmbio de informações.

O Brasil ratificou, em 2016, a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária. Aprovou e promulgou o texto da Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 105/2016 e do Decreto nº 8.842/2016⁴⁸ respectivamente, permitindo

formalmente a utilização do mecanismo da troca automática de informações. A entrada em vigor da Convenção triplicou a rede de acordos do Brasil para a troca de informações tributárias. O Brasil conta com 72 acordos bilaterais para troca de informações, sendo que a primeira troca automática ocorreu em setembro de 2018⁴⁹.

Além disso, o Brasil possui relações com 63 jurisdições para a troca bilateral automática de relatórios *Country-by-Country*, segundo dados da OCDE⁵⁰. A Declaração País-a-País foi instituída pela Instrução Normativa RFB nº 1.681/2016, a fim de dar cumprimento à Ação 13 do *Projeto Base Erosion and Profit Shifting* (doravante, BEPS), em português, erosão da base tributável e transferência de lucros, coordenado conjuntamente pelos países-membros do G-20 e da OCDE.

Como visto, houve uma derrogação bem ampla e automática do direito ao sigilo bancário e fiscal para fins de combate à evasão e fraude fiscal⁵¹.

5 O atual posicionamento jurisprudencial no Brasil sobre o sigilo bancário

Apesar de todos os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, antes

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm. Acesso em: 01 maio 2021.

49 OCDE. *Peer review of the automatic exchange of financial account information 2020*. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/peer-review-of-the-automatic-exchange-of-financial-account-information-2020_175eeff4-en#page85. Acesso em: 11 maio 2021.

50 OCDE. *Activated exchange relationships for country-by-country reporting*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/country-by-country-exchange-relationships.htm>. Acesso em: 01 maio 2021.

51 NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 342.

47 RODRIGUES, João Pedro Silva. *O acordo na determinação da matéria tributável dos impostos sobre o rendimento*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018, p. 10-11.

48 BRASIL. *Decreto nº 8.842*, de 29 de agosto de 2016.

da operacionalização dos mecanismos para troca de informações no país, havia de ser delimitado o alcance do sigilo bancário, tema que se mostrava ainda espinhoso perante a jurisprudência e doutrina brasileiras, uma vez que o Brasil sempre prezou e valorizou muito o sigilo bancário e fiscal.

Contextualizando a questão, em 2001, foi editada a Lei Complementar nº 105/2001 a fim de disciplinar o sigilo bancário, ou seja, as informações detidas pelas instituições bancárias sobre seus clientes. No seu artigo 6º, a lei prevê a possibilidade de serem enviadas informações bancárias diretamente às autoridades fazendárias independentemente de autorização judicial, desde que haja um processo fiscal ativo⁵². Esse artigo foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724/2001.

Já, os artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional⁵³ tratam da mútua assistência, mas resguardam o sigilo fiscal por parte das autoridades tributárias sobre a situação econômica ou financeira dos contribuintes⁵⁴.

Convém também trazer à colação o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil (doravante, CRFB) sobre o tema. O direito ao sigilo bancário e fiscal, como desdobramento do direito à privacidade, encontra proteção constitucional nos incisos X e XII do artigo 5º:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

E, por último, com relação à atuação da administração tributária, o artigo 145, § 1º, da CRFB dispõe que:

[...] Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte⁵⁵.

Todos esses dispositivos visam, além de proteger o sigilo bancário e fiscal dos contribuintes, implementar os princípios constitucionais tributários da isonomia e capacidade contributiva.

Melhor examinando a Lei Complementar nº 105/2001, percebe-se que ela tem um duplo objetivo: primeiro, proteger o sigilo bancário do cidadão, prevendo os procedimentos autorizativos para o acesso dessas informações pela autoridade tributária e; segundo, conferir à administração tributária poderes de fiscalização a fim de garantir a

52 BRASIL. *Lei Complementar nº 105*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em: 04 maio 2021.

53 BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 04 maio 2021.

54 ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de; STEFANO FILHO, Mario Di. Troca de informações no âmbito dos acordos de bitributação: a transparência fiscal em face do ordenamento jurídico interno. *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 37, n. 2, p. 139-161, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6597>. Acesso em: 04 maio 2021.

55 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 maio 2021.

correta tributação dos contribuintes, evitando a fuga ao pagamento do imposto justo⁵⁶.

Entretanto, essa lei gerou e gera muita controvérsia perante os operadores do Direito no que diz respeito à necessidade ou não de autorização judicial para as instituições financeiras fornecerem informações que possuem sobre seus clientes ao Fisco. Existem teses tanto ao seu favor, como contra⁵⁷. O STF manifestou-se sobre o tema, conforme será analisado adiante.

Todavia, antes da análise das decisões do STF, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre o instituto da troca de informações e sua relação com o sigilo bancário e fiscal.

Analisando o instituto da troca de informações, constata-se que encontra seu ponto de tensão com o direito à privacidade representado, neste caso, pelos sigilos bancário e fiscal. Estes, por sua vez, encontram seu ponto de tensão com o dever de pagar impostos, com os princípios da transparência, da igualdade, da capacidade contributiva e da justiça fiscal.

No que toca ao dever de pagar impostos, necessária é a análise da finalidade constitucional do imposto. Note-se que, conforme a doutrina, o imposto tem uma função instrumental, não representando um fim em si mesmo, mas um meio para que o Estado cumpra com seus deveres, entre eles, promover o bem comum, mediante promoção da saúde pública, da educação pública, da segurança pública,

dentre tantos outros direitos fundamentais previstos na CRFB. Em outras palavras, a concretização dos direitos fundamentais fica comprometida se não houver o pagamento de impostos. Nas palavras de José Casalta Nabais:

[...] Contudo, como é fácil de ver, o imposto sempre assumiu uma tal função, uma vez que ele não constitui um fim em si mesmo, antes é um meio, um instrumento de realização das tarefas (finais) do Estado. Por via de regra um instrumento indirecto, na medida em que é o suporte financeiro das despesas necessárias à realização de tais tarefas, mas, por vezes, um instrumento directo quando, através da simples percepção dos meios pecuniários em que se concretiza, realiza automaticamente tarefas comunitárias⁵⁸.

Acrescente-se que a troca de informações se mostra como um instrumento a permitir o Estado saber se o contribuinte está ou não pagando seus impostos corretamente e de forma justa, pois, de nada adianta exigir o pagamento dos impostos por intermédio de norma, se não há meios de checar se o valor efetivamente pago condiz com os lucros de fato auferidos pelos contribuintes. Neste sentido, oportuna é a transcrição das lições de João Pedro Silva Rodrigues:

[...] Não se ignora, na verdade, que o dever de contribuir para os encargos públicos exprime uma exigência coletiva assumida pelo premente interesse público na realização das receitas fiscais, donde decorre, inequivocamente, que o Estado está vinculado a assegurar que *todos* os contribuintes paguem os impostos devidos e que o façam segundo a sua efectiva capacidade contributiva,

56 VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ARRUDA, Henrique Porto de. Direitos fundamentais, privacidade, intimidade, sigilos bancário e fiscal, e o consenso internacional. *Nomos* - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 34, n. 2, p. 315-344, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1226/1190>. Acesso em: 02 maio 2021.

57 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo bancário*. Disponível em: http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/07/f9945e1artigo_141.pdf. Acesso em: 03 maio 2021.

58 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 226.

devendo, para isso, estabelecer os apropriados meios instrumentais à realização de uma comunitária justiça fiscal⁵⁹.

Nesse sentido também são as lições de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet:

[...] Existe inegável conflito entre os cidadãos e agentes privados no sentido de transferir para os demais concidadãos o ônus da tributação, furtando-se, tanto quanto possível, a tal encargo. A disciplinar de maneira isonômica, segundo a capacidade econômica do contribuinte, a distribuição dos ônus tributários e operar por meio da fiscalização tributária para conferir efetividade a esse objetivo, o Estado está verdadeiramente a prestar aos cidadãos a função de árbitro de um conflito ineliminável entre agentes privados⁶⁰.

Observe-se que o pagamento do imposto justo de acordo com a capacidade contributiva demonstrada é um dever assumido a partir do momento em que se insere numa sociedade livre e democrática. Em sendo assim, conforme observam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

[...] O sigilo como componente da privacidade tende a ceder ante o imperativo da transparência, que deve orientar as medidas de disposição de recursos públicos numa república democrática⁶¹.

Apesar do direito à privacidade apoiar-se na ideia da dignidade humana, isso não

faz dele um direito ilimitado⁶². Desta forma, a proteção aos direitos e garantias individuais não pode inviabilizar os interesses coletivos, devendo conviver em harmonia e, quando houver conflitos entre eles, deverá se recorrer ao juízo de ponderação à luz do princípio da proporcionalidade para a sua resolução⁶³.

Além do mais, não parece razoável que os indivíduos se escondam atrás de sigilos bancários e fiscais, a fim de não pagarem sua cota justa de impostos, fazendo com que sua poupança oculta conduza à oneração de outros⁶⁴. Essa atitude vai contra a justiça fiscal, já que não favorece a equidade no pagamento dos impostos devidos por cada contribuinte, além do mais, a proteção absoluta do sigilo fiscal só tende a favorecer a sonegação fiscal e estruturas ilícitas⁶⁵. Conforme, bem observa Heleno Taveira Torres:

[...] não é juridicamente válido, tampouco moralmente aceitável, que alguém postule proteção constitucional ao sigilo bancário para ocultar recursos não declarados da tributação⁶⁶.

59 RODRIGUES, João Pedro Silva. Algumas reflexões em torno da efetiva concretização do princípio da capacidade contributiva. In: *Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 902-903.

60 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.542.

61 *Ibidem*, p. 293.

62 BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de teoria geral do direito civil*. Coimbra: Gestelegal, 2021, p. 365-369.

63 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 601.314/SP*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 24/02/2016, DJe 15/09/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>. Acesso em: 01 maio 2021.

64 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 663.

65 PISCITELLI, Tathiane. *Compliance das normas tributárias: como evoluímos e para onde ainda devemos ir? In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). Compliance no direito tributário*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, Item 1.

66 TORRES, Heleno Taveira. Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do fisco global. *Consultor Jurídico*, 08 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>. Acesso em: 05 maio 2021.

Ainda nas lições de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

[...] O direito ao sigilo bancário, entretanto, não é absoluto, nem ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo⁶⁷.

Feitas essas considerações, pertinente é a análise das decisões da Corte Maior. Foram propostas no STF quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (doravante, ADI): ADI nº 2.390, ADI nº 2.397, ADI nº 2.386 e ADI nº 2.859, bem como subiu à Corte, em nível recursal, o Recurso Extraordinário (doravante, RE) nº 601.314, proveniente do Estado de São Paulo, com efeito de Repercussão Geral, cujos julgamentos transcorreram em 2016. Buscava-se a declaração de inconstitucionalidade de normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária sem a intermediação do Poder Judiciário.

O STF, em julgamento conjunto das ADIs, decidiu pela improcedência delas, fundamentando sua decisão nos seguintes termos: a) que as Leis e Decretos atacados protegem de modo expresso o sigilo de dados bancários, vedando a sua exposição ou circulação, trata-se, no caso, de uma transferência de dados de um portador, que tem o dever de sigilo, a outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo dessa forma resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, nos termos do artigo 145, § 1º, da CRFB; b) a CRFB estabeleceu, dentre os

objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, conferindo direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para os cidadãos, entretanto, também previu deveres aos mesmos, dentre eles, o dever de pagar tributos, ante a sua importância ao financiamento das políticas do Estado e; c) a República Federativa do Brasil assumiu o compromisso perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários em cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, com o objetivo de evitar o descumprimento de normas tributárias e o cometimento de crimes⁶⁸.

Com relação ao RE nº 601.314, em que foi relator o Ministro Edson Fachin, foi negado provimento nos termos seguintes:

[...] 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, a luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

67 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 292.

68 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF*, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 24/02/2016, DJe 20/10/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>. Acesso em: 21 jun. 2021.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal⁶⁹.



Fonte: www.gov.br

No seu voto, o Ministro Edson Fachin observa que a sociedade civil e o Estado não buscam objetivos antagônicos, mas sim interesses comuns e que o consentimento fiscal é um dos pilares do Estado Fiscal e Social, que tem por objetivo proporcionar igual acesso aos cidadãos aos bens considerados essenciais. Também salienta que o pagamento de tributos não visa abarrotar os cofres do Estado, mas sim, viabilizar direitos fundamentais,

mostrando-se de suma importância para a diminuição das desigualdades jurídicas, políticas e econômicas entre os homens, favorecendo, desta forma, o princípio da igualdade⁷⁰.

Neste diapasão, verifica-se que o imposto se mostra fundamental para a prosperidade de toda a sociedade, pois é ele que possibilita ao Estado cumprir seus objetivos, constituindo seu pagamento um dever fundamental. Os impostos seriam o preço a pagar pela manutenção da liberdade ou de uma sociedade civilizada. Além do mais, como já exaustivamente escrito, todos devem contribuir conforme sua capacidade contributiva⁷¹.

A partir dessas decisões, chega-se à conclusão que o sigilo bancário e fiscal são tidos como uma dimensão relativamente mais fraca da proteção à vida privada⁷² e, apesar dessas decisões dizerem respeito a questões internas do país, acabam influenciando as relações a nível internacional do Brasil, pois, para a autoridade fiscal poder repassar informações aos outros Estados, precisa ter posse das informações bancárias.

Ademais, pode-se inferir que o entendimento da Corte, num eventual questionamento sobre a constitucionalidade da troca de informações a nível internacional, será no mesmo sentido. Uma vez que, tanto o artigo 26º da Convenção Modelo da OCDE, como o artigo 22 da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal protegem a confidencialidade das informações obtidas pelos Estados requerentes. Dessa forma, aplicando-se a lógica do posicionamento do STF, no caso de troca de informações entre Estados, haverá apenas o deslocamento do dever de sigilo de um Estado para outro Estado.

69 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 601.314/SP*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 24/02/2016, DJe 15/09/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>. Acesso em: 01 maio 2021.

70 *Ibidem*.

71 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 185-186.

72 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 447-448.

6 As vicissitudes da confidencialidade e da proteção do contribuinte nos diversos Estados

Ante o explanado, depreende-se que o sigilo bancário e fiscal não pode mais ser motivo para a negativa de atendimento de uma solicitação de informação por parte de um Estado a outro, isso é pacífico. Porém, o que se questiona hoje é o tratamento que se dá à informação sigilosa obtida, ou seja, como são protegidas as informações trocadas entre os Estados. Se a nível interno dos países já há problemas na proteção dos dados, a nível internacional o risco aumenta ainda mais. Nas palavras de Xavier Oberson:

[...] Indeed, the more global the exchange of information, the greater the risk of breaches of confidentiality, privacy and secrecy provisions, or even abuse in the use of data obtained, for purposes not related to the purpose of the exchange⁷³.

O certo é que, até recentemente, pouca atenção foi dispensada aos direitos de proteção dos contribuintes. O foco girou principalmente nos instrumentos para a troca de informações a fim de alcançar uma maior transparência a nível global.

Sabe-se que as autoridades administrativas têm o dever de guardar sigilo com relação às informações que recebem, porém o que se questiona, como já assinalado, é o grau de respeitabilidade a esse dever de guardar sigilo, tendo em vista os diferentes níveis das legislações pelo mundo afora, bem como o nível de segurança na proteção

desses dados.

Percebe-se que, com o efêmero avanço das medidas de cooperação, mais especificamente representadas pela adoção pelos países da troca de informações, sem um aprofundado estudo dos limites materiais e as implicações aos direitos fundamentais, as Constituições nacionais não são mais os únicos documentos a tutelar os direitos e liberdades fundamentais, assim, os Tratados e Convenções passam a ter uma importância fulcral nessa tutela⁷⁴.

Através da análise dos vários documentos da OCDE, chega-se a um *standart* mínimo dos direitos dos contribuintes: direito de ser informado e ouvido; direito de recorrer a um tribunal imparcial; direito de pagar o imposto justo; segurança jurídica; direito à privacidade proporcional às necessidades de investigação para verificar o montante justo do imposto; *direito à confidencialidade e ao sigilo, ou seja, que as informações ficarão apenas com da Administração Fiscal*⁷⁵.

O artigo 26 da Convenção Modelo da OCDE, no seu parágrafo 2º, dispõe que as informações recebidas por um Estado Contratante serão secretas:

[...] do mesmo modo que a informação obtida com base na legislação interna desse Estado e só poderá ser comunicada às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas da liquidação ou cobrança impostos referidos no primeiro período, ou dos procedimentos declarativos ou executivos relativos a estes impostos,

73 “Com efeito, quanto mais global for a troca de informações, maior será o risco de violação das disposições de confidencialidade, privacidade e sigilo, ou mesmo abuso na utilização dos dados obtidos, para fins não relacionados com a finalidade da troca” (tradução nossa). OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 76-77.

74 TORRES, Heleno Taveira. Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do fisco global. *Consultor Jurídico*, 08 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>. Acesso em: 05 maio 2021.

75 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 241-242.

ou da decisão de recursos referentes a estes impostos⁷⁶.

À vista disso, constata-se que a informação, quando chegar ao Estado requerente, mudará seu *standart* de proteção, uma vez que será regida pelas regras do Estado requerente e não mais sobre as regras do Estado requerido, o que pode levar a uma menor ou maior proteção do sigilo dessas informações, conforme a previsão do ordenamento do Estado requerente⁷⁷.

Já o artigo 22 da Convenção Multilateral sobre Assistência e Troca de Informações conferiu maior proteção aos dados, desta forma, será adotada a legislação que mais conferir confidencialidade às informações, seja ela do Estado requerente, seja ela do Estado requerido:

[...] 1. As informações obtidas por uma Parte nos termos do disposto na presente Convenção serão consideradas confidenciais e protegidas do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna dessa Parte e, se necessário, a fim de garantir o desejável nível de proteção de dados de carácter pessoal, em conformidade com as garantias exigidas por força da legislação interna da Parte que presta as informações e por ela especificadas⁷⁸.

Sendo assim, é recomendável que, em tratados baseados no artigo 26 da Convenção

Modelo da OCDE, seja incluída uma cláusula autônoma de confidencialidade, bem como cláusulas esclarecedoras da aplicação das regras de maior proteção aos contribuintes⁷⁹.

Paralelamente, os Estados, a nível nacional, têm que estabelecer regras mínimas estabelecidas nos tratados de proteção à confidencialidade das informações obtidas e prever sanções para o seu descumprimento⁸⁰.

Convém, ainda, pôr em relevo, três situações dignas de reflexão sobre os cuidados com a proteção da confidencialidade que os tratados devem estabelecer para os países observarem.

A primeira situação refere-se ao caso Aloe Vera, ocorrido nos Estados Unidos da América (doravante, EUA), em que através de troca de informações com o Japão e investigações simultâneas nos dois países, essas informações chegaram ao conhecimento da imprensa japonesa, uma vez que, normalmente, a autoridade tributária japonesa não mantém sigilo sobre essas informações⁸¹.

O segundo caso concerne à divulgação indevida de 5 milhões de dados do Ministério das Finanças Búlgaro, em 2019, após invasão dos sistemas por *hackers*⁸².

76 OCDE. *Convenção Modelo*. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_dolib/Documents/CDT_Modelo_OCDE.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

77 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 240.

78 OCDE. *Convenção sobre assistência mútua administrativa em matéria fiscal* (2011). Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

79 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 250.

80 VALDERRAMA, Irma Mosquera. Exchange of information and the rule of law: confidentiality and safe guards for the automatic processing of data in a world of big data. *GLOBTAXGOV*, 01 dez. 2020. Disponível em: <https://globtaxgov.weblog.leidenuniv.nl/2020/12/01/exchange-of-information-and-the-rule-of-law-confidentiality-and-safeguards-for-the-automatic-processing-of-data-in-a-world-of-big-data/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

81 USA. Aloe Vera of Am. Inc. v. United States. *Casetext*: smarter legal research, 02/10/2015. Disponível em: https://casetext.com/case/aloe-vera-of-am-inc-v-united-states-3?PHONE_NUMBER_GROUP=C&sort=relevance&resultsNav=false&q=. Acesso em: 13 maio 2021.

82 TOSOLOVA, Tsvetelia; KRASIMINOV, Angel. 'Wizard' cybersecurity expert charged with record hack of Bulgarian tax agency. *Reuters*, 17 jul. 2019. Disponível em:

E, finalmente, o terceiro caso ocorreu no Brasil, em janeiro de 2021. Houve dois vazamentos de dados de 220 milhões de pessoas, inclusive de pessoas já falecidas. Dentre os dados havia nome, CPF (Cadastro de Pessoa Física), salários, *score* de crédito, restituições de imposto de renda, propriedade de veículos. Até o momento não se sabe ao certo a origem dos vazamentos, estando a cargo da Polícia Federal as investigações. Aventa-se a possibilidade de terem sido *hackeados* os sistemas do SERASA, empresa de análise de crédito, vez que existentes dados sobre *score* de crédito das pessoas; da Receita Federal do Brasil, pois presentes dados sobre Imposto de Renda e; Detran, na medida em que também havia dados relativos à propriedade de veículos⁸³.

Os dois últimos casos mostram a vulnerabilidade a que estão suscetíveis os sistemas de armazenamento de informações e o risco de exposição indevida dos contribuintes. Já o primeiro, refere-se ao nível de proteção que é conferido aos dados dos contribuintes nos diversos países. Assim, constata-se quão delicada ainda se mostra a proteção da confidencialidade de dados dos contribuintes obtidos pelas trocas de informações entre os Estados e o quanto ainda é imprescindível evoluir nesse campo.

7 Conclusão

É incontestável a relevância do mecanismo da troca de informações para que os Estados consigam identificar o valor do imposto justo

devido pelos contribuintes. Além de promover o princípio da capacidade contributiva, a troca de informações é fundamental para auxiliar os Estados a não perderem arrecadação de receitas, uma vez que, as receitas advindas dos impostos são uma das principais fontes de financiamento do Estado, a viabilizar a implementação das finalidades públicas, dentre elas os direitos fundamentais da coletividade.

Contudo, os Estados devem garantir que as informações obtidas não sejam utilizadas abusivamente e expostas indevidamente. A confidencialidade dos dados dos contribuintes ainda se mostra um tema delicado a merecer maior preocupação e atenção das autoridades e organizações internacionais. Para tanto, deve-se acrescentar regras de maior proteção ao contribuinte e responsabilização pela sua não observação nos Tratados, inclusive prevendo uma maior preocupação com a cibersegurança. Por sua vez, os Estados devem contar com um quadro legal interno que proteja a confidencialidade do contribuinte, prevendo mecanismos de sanções a quem descumprir esse dever.

Como observa Xavier Oberson, talvez um dia o processo de revisão por pares também analise a extensão e a implementação efetiva das regras de proteção para os contribuintes, notadamente regras de sigilo e proteção de dados nos vários Estados⁸⁴.

Por último, de tudo que se investigou, conclui-se, primeiro, que a troca de informações é uma forma de assegurar a transparência fiscal internacional, e somente através da cooperação internacional isso se torna possível; segundo, a troca de informações entre os Estados é crucial para viabilizar direitos fundamentais coletivos, entretanto, ela deve também respeitar os direitos fundamentais individuais dos contribuintes e; por último, claro está que o sigilo bancário não é motivo

<https://www.reuters.com/article/us-bulgaria-cybersecurity-idUSKCN1UCoGF>. Acesso em: 13 maio 2021.

83 BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Nota de Esclarecimento*, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/assuntos/noticias/2021/janeiro/nota-de-esclarecimento-1>. Acesso em: 13 maio 2021. BIASI, Bruno Gall de. Polícia Federal investiga vazamento de 223 milhões de CPFs. *Tecnoblog*. Disponível em: <https://tecnoblog.net/408646/policia-federal-investiga-vazamento-de-223-milhoes-de-cpfs/>. Acesso em: 13 maio 2021.

84 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 285-286.

para a recusa de troca de informações, porém, deve haver maior atenção com a proteção da confidencialidade dos dados dos contribuintes, após a troca de informações entre os Estados.

Referências

- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de; STEFANO FILHO, Mario Di. Troca de informações no âmbito dos acordos de bitributação: a transparência fiscal em face do ordenamento jurídico interno. *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 37, n. 2, p. 139-161, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6597>. Acesso em: 04 maio 2021.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de teoria geral do direito civil*. Coimbra: Gestelegal, 2021.
- BIASI, Bruno Gall de. Polícia Federal investiga vazamento de 223 milhões de CPFs. *Tecnoblog*. Disponível em: <https://tecnoblog.net/408646/policia-federal-investiga-vazamento-de-223-milhoes-de-cpf/>. Acesso em: 13 maio 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 maio 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 8.842*, de 29 de agosto de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm. Acesso em: 01 maio 2021.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 105*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em: 04 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 04 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.254*, de 13 de janeiro de 2016. Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13254.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Nota de Esclarecimento*, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2021/janeiro/nota-de-esclarecimento-1>. Acesso em: 13 maio 2021.
- BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF*, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 24/02/2016, DJe 20/10/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>. Acesso em: 21 jun. 2021.
- BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 601.314/SP*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 24/02/2016, DJe 15/09/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>. Acesso em: 01 maio 2021.
- CALDERÓN, Jose Manuel Carrero. *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2000.
- DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo bancário*. Disponível em: http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/07/f9945e1artigo_141.pdf. Acesso em: 03 maio 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020.
- OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018.
- OCDE. *Activated exchange relationships for country-by-country reporting*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/country-by-country-exchange-relationships.htm>. Acesso em: 01 maio 2021.

OCDE. *Convenção Modelo*. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Documents/CDT_Modelo_OCDE.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

OCDE. *Convenção sobre assistência mútua administrativa em matéria fiscal* (2011). Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

OCDE. *Declaration on automatic exchange of information in tax matters* (2014). Disponível em: <https://www.oecd.org/mcm/documents-archive/2014/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. International community reaches important milestone in fight against tax evasion, 09 dez. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/international-community-reaches-important-milestone-in-fight-against-tax-evasion.htm>. Acesso em: 11 maio 2021.

OCDE. *Harmful tax competition an emerging global issue*, 19 maio 1998. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en. Acesso em: 02 maio 2021.

OCDE. *Peer review of the automatic exchange of financial account information 2020*. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/peer-review-of-the-automatic-exchange-of-financial-account-information-2020_175eeff4-en#page85. Acesso em: 11 maio 2021.

OCDE. *Update on voluntary disclosure programmes: a pathway to tax compliance*, 07 ago. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/update-on-voluntary-disclosure-programmes-a-pathway-to-tax-compliance.htm>. Acesso em: 19 jun. 2021.

OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012.

PIRES, Manuel. Harmonização fiscal face à internacionalização da economia, experiência recente. In: *Colóquio - A internacionalização da economia e fiscalidade*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1993.

PIRES, Rita Calçada. *Direito fiscal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

PISCITELLI, Tathiane. *Compliance das normas tributárias: como evoluímos e para onde ainda devemos ir?*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Compliance no direito tributário*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ROCHA, Sergio André. *Troca internacional de informações para fins fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

RODRIGUES, João Pedro Silva. Algumas reflexões em torno da efectiva concretização do princípio da capacidade contributiva. In: *Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, João Pedro Silva. *O acordo na determinação da matéria tributável dos impostos sobre o rendimento*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEIXEIRA, Glória. *Manual de direito fiscal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do fisco global. *Consultor Jurídico*, 08 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>. Acesso em: 05 maio 2021.

TOSOLOVA, Tsvetelia; KRASIMINOV, Angel. 'Wizard' cybersecurity expert charged with record hack of Bulgarian tax agency. *Reuters*, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-bulgaria-cybersecurity-idUSKCN1UCoGF>. Acesso em: 13 maio 2021.

USA. Aloe Vera of Am. Inc. v. United States. Casetext: smarter legal research, 02/10/2015. Disponível em: https://casetext.com/case/aloe-vera-of-am-inc-v-united-states-3?PHONE_NUMBER_GROUP=C&sort=relevance&resultsNav=false&q=. Acesso em: 13 maio 2021.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ARRUDA, Henrique Porto de. Direitos fundamentais, privacidade, intimidade, sigilos bancário e fiscal, e o consenso internacional. *Nomos* - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 34, n. 2, p. 315-344, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1226/1190>. Acesso em: 02 maio 2021.

VALDERRAMA, Irma Mosquera. Exchange of information and the rule of law: confidentiality and safe guards for the automatic processing of data in a world of big data. *GLOBTAXGOV*, 01 dez. 2020. Disponível em: <https://globtaxgov.weblog.leidenuniv.nl/2020/12/01/exchange-of-information-and-the-rule-of-law-confidentiality-and-safeguards-for-the-automatic-processing-of-data-in-a-world-of-big-data/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Da penhora *on-line* na execução fiscal e do crime de abuso de autoridade (art. 36 da Lei nº 13.869/2019)



Rodrigo Fernandes Lobo da Silva

Analista Judiciário da Justiça Federal de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de Taubaté - Unitau. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Tributário pela Anhanguera - Uniderp. Pós-graduado *lato sensu* em Direito do Estado pela Anhanguera - Uniderp. Pós-graduado *lato sensu* em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul.

RESUMO: A penhora *on-line* é instrumento de celeridade e efetividade na execução fiscal. A nova lei de abuso de autoridade criminalizou a não liberação dos valores bloqueados em excesso. O novo tipo penal é inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Execução fiscal. Penhora *on-line*. SISBAJUD. Indisponibilidade de ativos financeiros. Crime. Artigo 36 da Lei nº 13.869/2016.

ABSTRACT: Online garnishment is a fast-forward effectiveness tool on tax enforcement. The new law of Abuse of authority criminalized the non-release of excess of blocked amounts. The new penal act is ought to be unconstitutional.

KEYWORDS: Tax enforcement. Online attachment. SISBAJUD. Unavailability of financial assets. Crime. article 36 of Law 13.869 / 2016.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breves considerações sobre o procedimento da execução fiscal. 3 Da penhora *on-line*. 4 Do crime de abuso de autoridade tipificado no artigo 36 da Lei nº 13.869/2019. 5. Conclusão. Referências.

1 Introdução

A penhora *on-line* é amplamente utilizada nos processos de execução, mormente nas execuções fiscais, visando à celeridade e à efetividade do processo. A nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) tipificou a conduta de não liberar os valores que extrapolem exacerbadamente o valor estimado da dívida.

O presente artigo tem o escopo, à luz da doutrina e da jurisprudência, de contextualizar a realização da penhora *on-line* no processo de execução fiscal e examinar a sua aplicabilidade, bem como caracterizar a subsunção da conduta ao tipo penal do artigo 36 da Lei nº 13.869/2019, demonstrando sua inconstitucionalidade.

2 Breves considerações sobre o procedimento da execução fiscal

A execução fiscal, disciplinada pela Lei nº 6.830/1980, surge como procedimento especial de execução para a satisfação dos créditos tributários e não tributários da Fazenda Pública, através da execução de certidão de dívida ativa, título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 784, IX, do Código de Processo Civil.



Fonte: www.jusbrasil.com.br

Consoante o artigo 2º da Lei nº 6.830/1980, constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320/1964. Esclarece

o parágrafo 1º do mesmo artigo que se considera dívida ativa a cobrança de qualquer valor atribuído à Fazenda Pública, ou seja, União, Estados Membros, Distrito Federal, Município e autarquias. O rol apresentado pela Lei nº 4.320/1964 não é taxativo.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional define em seu artigo 201 a dívida ativa tributária, *in verbis*:

Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Sobre o tema, Eduardo Sabbag leciona que:

[...] A dívida ativa não tributária representa os créditos a que faz jus a Fazenda Pública, tais como originários de foros, laudêmios, aluguéis, preços públicos, indenizações, além de outros. Por sua vez, a dívida ativa tributária refere-se a tributos, seus adicionais e multas decorrentes do seu não pagamento¹.

A execução fiscal é proposta no domicílio do devedor, no de sua residência ou no lugar onde for encontrado (art. 46, § 5º, do CPC). Havendo mais de um devedor, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de domicílio de qualquer um dos devedores.

As execuções fiscais da Fazenda Nacional são de competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, I, da Constituição Federal. Observa-se que o artigo 15, I, da Lei nº 5.010/1966, que autorizava o ajuizamento da execução fiscal federal na Justiça Estadual, quando não houvesse vara federal na Co-

¹ SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 962.

marca, foi revogado pela Lei nº 13.043/2014, devendo agora serem ajuizadas na Subseção Judiciária com jurisdição sobre o domicílio do executado.

Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio não desloca a competência já fixada (Súmula nº 58 do STJ).

A competência para processar e julgar a execução fiscal exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o falimentar (art. 5º da Lei nº 6.830/1980).

Proposta a ação, o juiz proferirá despacho, determinando a citação do executado para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida com os juros, multa de mora e encargos indicados na certidão de dívida ativa, ou garantir a execução (art. 8º da Lei nº 6.830/1980). Até a sentença, a certidão de dívida ativa poderá ser emendada ou substituída (art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980).

Se o executado efetuar o pagamento do débito, o processo será extinto. Caso opte por garantir a execução, poderá se valer de depósito em dinheiro, fiança bancária, seguro-garantia ou indicar bens à penhora (art. 9º da Lei nº 6.830/1980). Se não efetuar o pagamento ou garantir o processo, serão penhorados bens, tantos quantos bastem para atingir o valor do débito, observada a ordem de preferência do artigo 11 da Lei nº 6.830/1980 c/c artigo 835 do CPC. A penhora poderá recair em quaisquer bens, excetuado aqueles que a lei declare absolutamente impenhoráveis (art. 10 da Lei nº 6.830/1980 c/c artigo 833 do CPC).

Garantida a execução fiscal, o executado será intimado da possibilidade de opor embargos no prazo de trinta dias, contados do depósito, da prova da juntada da fiança bancária ou seguro garantia, ou da intimação da penhora de bens (não da juntada do mandado) (art. 16 da Lei nº 6.830/1980).

Não obstante o artigo 16, I, da Lei nº 6.830/1980 disponha que o executado oferecerá embargo no prazo de trinta dias, contados

do depósito e da prova da juntada do seguro ou fiança, o C. STJ entende que deve haver formalização da penhora por termo, iniciando-se o prazo para oposição de embargos a contar da data da intimação deste, dando ao executado segurança quanto à aceitação da garantia². Nesse aspecto, vale ressaltar o julgamento do Tema Repetitivo 131:

Tema 131: O termo inicial para a oposição dos Embargos à Execução Fiscal é a data da efetiva intimação da penhora, e não a da juntada aos autos do mandado cumprido.

(STJ, REsp 1.112.416/MG, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 27/05/2009, DJe 09/09/2009)

Os embargos à execução fiscal configuram ação autônoma de conhecimento, distribuída por dependência à execução e autuada em apartado.

A oposição de embargos à execução fiscal depende da garantia do juízo, a teor do artigo 16, § 1º, da Lei nº 6.830/1980, não se aplicando neste ponto o Código de Processo Civil. O C. STJ, no REsp 1.272.827/PE, em sede de recurso representativo de controvérsia, consolidou o entendimento de que prevalece a regra da lei fiscal em atenção ao princípio da especialidade.

Não será admitida reconvenção, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão arguidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos (art. 16, § 3º, da Lei nº 6.830/1980).

² Neste sentido, conferir: STJ, AgRg no REsp 1.043.521/MT, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 12/11/2013, DJe 21/11/2013; STJ, REsp 1.254.554/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 18/08/2011, DJe 25/08/2011; STJ, REsp 1.112.416/MG, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 27/05/2009, DJe 09/09/2009; STJ, AgInt no REsp 1.690.497/AM, Segunda Turma, Relator Mauro Campbell Marques, j. 19/02/2019, DJe 26/02/2019.

Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar a Fazenda para impugná-los no prazo de trinta dias, designando-se audiência de instrução e julgamento, salvo se os embargos versarem exclusivamente sobre matéria de direito, ou sendo de direito e de fato, a prova for documental, caso em que o juiz proferirá sentença no prazo de trinta dias (art. 17 da Lei nº 6.830/1980).

Da sentença que julgar os embargos, cabe apelação no prazo de quinze dias, salvo para o Fisco, que possui prazo em dobro nos termos do artigo 183 do CPC. Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 ORTN (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional) caberão embargos infringentes, que serão decididos pelo próprio juiz sentenciante. O prazo para interposição é de dez dias, contados em dobro para a Fazenda (art. 34 da Lei nº 6.830/1980).

Cumpre ainda observar que, em caso de sentença de procedência nos embargos, caberá reexame obrigatório pelo Tribunal, nos termos do artigo 496, II, do CPC, com as exceções de seus parágrafos.

Os embargos não têm efeito suspensivo, podendo o juiz concedê-lo se preenchidos os requisitos do artigo 919 do CPC. Leciona Regina Helena Costa:

[...] Desse modo, face à aludida complementariedade dos sistemas de execução civil por título extrajudicial e fiscal vigentes, impende concluir-se pela possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, desde que comprovado o preenchimento de todos os requisitos previstos pela novel legislação processual: a) requerimento expresso do embargante nesse sentido, submetido à apreciação do juízo *a quo*; b) tempestividade; c) relevância dos fundamentos (plausibilidade); d) possibilidade do prosseguimento da execução causar grave dano de incerta ou difícil reparação; e) a segurança do

juízo com bens suficientes para esse fim. Por conseguinte, prescindível, num primeiro momento, que a segurança do juízo corresponda ao valor integral da execução, como pressuposto de admissibilidade dos embargos, uma vez que, a qualquer momento, poderá ser determinado o reforço de penhora. No entanto, a garantia integral do débito configura um dos requisitos a serem atendidos para postular-se a concessão do efeito suspensivo aos embargos, como mencionado³.

O C. STJ apreciou a matéria em recurso representativo de controvérsia e fixou a seguinte tese (Tema 526):

Tema 526: A atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor “fica condicionada” ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

(STJ, REsp 1.272.827/PE, Primeira Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 22/05/2013, DJe 31/05/2013)

Julgados improcedentes os embargos ou, se procedentes, não implicarem na extinção da execução fiscal (como, por exemplo, indicarem apenas a diminuição do débito), prosseguirá a execução. Caso a garantia do juízo tenha sido feita por depósito em dinheiro, este será convertido em favor da Fazenda. Confirmada a transferência, o processo será extinto em razão do pagamento. Em caso de fiança bancária ou seguro garantia, determinar-se-á o depósito dos valores garantidos e se procederá a conversão.

Contudo, havendo penhora de bens, estes serão levados a leilão, cujo produto da

3 COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 445.

arrematação será destinado ao pagamento do débito, aplicando-se subsidiariamente as regras previstas no Código de Processo Civil (artigo 23 da Lei nº 6.830/1980).

Destaca-se que, caso a inscrição de dívida ativa for a qualquer título cancelada antes da sentença, a execução fiscal será extinta sem qualquer ônus para as partes, nos termos do artigo 26 da Lei nº 6.830/1980. Entretanto, o C. STJ, em recurso representativo de controvérsia, fixou entendimento que, em casos de extinção de execução fiscal, em face de cancelamento de débito pela exequente, é necessário verificar quem deu causa à demanda, a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios (tema 143 – Resp 1.111.002/SP).

Ressalta-se que pode o executado não pagar e nem garantir a execução, bem como não serem localizados bens passíveis de penhora pelo analista judiciário executante de mandados. Nessa hipótese, aplicar-se-á o artigo 40 da Lei nº 6.830/1980:

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

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

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

§ 4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º. A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

O executado também poderá se defender na execução fiscal através da exceção ou objeção de pré-executividade, instrumento que não exige a garantia da execução fiscal. Porém, este meio de defesa é restrito, cabível somente nas matérias passíveis de reconhecimento de ofício pelo juiz e que não demandem dilação probatória, tais como prescrição e decadência. Nesse sentido a Súmula nº 393 do STJ. Oportuno frisar que a jurisprudência não faz distinção entre objeção e exceção de pré-executividade, utilizando-se de ambos os vocábulos no mesmo sentido. A exceção, segundo a doutrina majoritária, não tem previsão legal, sendo criação jurisprudencial.

Ademais, poderá o executado se valer de ação de repetição do indébito, mandado de segurança ou ação anulatória do débito fiscal (art. 38 da Lei nº 6.830/1980). Embora não previsto na lei de execução fiscal, é cabível ainda ação declaratória da inexistência do débito fiscal.

Por fim, consigna-se que é facultado ao juiz a reunião de processos contra o mesmo devedor, por conveniência da unidade da garantia da execução, nos termos do artigo 28 da Lei nº 6.830/1980.

3 Da penhora on-line

Como já mencionado, caso o executado não efetue o pagamento ou garanta o juízo, o juiz determinará a penhora de bens até o limite do débito, observada a ordem de preferência do artigo 11 da Lei nº 6.830/1980 c/c artigo 835 do CPC, figurando o dinheiro com prioridade.

Cumpre ressaltar que a Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) é norma

especial, devendo prevalecer no conflito de normas, quando dispuser de forma diversa.

O C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que a penhora ou eventual substituição de bens penhorados devem ser efetuadas conforme a ordem legal. A Fazenda Pública pode recusar a nomeação de bens quando não observada a ordem legal, sendo comum, a recusa de bens nomeados e o requerimento de penhora *on-line*. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO. À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. EXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. RECUSA FUNDADA NA INOBSERVÂNCIA DA ORDEM LEGAL. LEGITIMIDADE.

1. A orientação da Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que a penhora (ou eventual substituição de bens penhorados) deve ser efetuada conforme a ordem legal, prevista no art. 655 do CPC/1973 (equivalente ao ora vigente art. 835 do CPC/2015) e no art. 11 da Lei nº 6.830/80. Assim, ainda que haja outros bens penhoráveis, a Fazenda Pública pode recusar a nomeação quando fundada na inobservância da ordem legal, sem que isso implique ofensa ao art. 620 do CPC/1973 (atual art. 805 do CPC/2015).

2. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no Resp 1.673.330/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

Em sede de Recurso Repetitivo de Controvérsia o C. STJ fixou as seguintes teses:

Tema 218: A penhora *on line*, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, configura-se como medida excepcional, cuja efetivação está condicionada à comprovação de que o credor tenha to-

mado todas as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor.

(STJ, REsp 1.112.943/MA, Corte Especial, Relatora Ministra Nancy Andrigli, j. 15/09/2010, DJe 23/11/2010)

Tema 219: Após o advento da Lei n. 11.382/2006, o Juiz, ao decidir acerca da realização da penhora *on line*, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de exaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados.

(STJ, REsp 1.112.943/MA, Corte Especial, Relatora Ministra Nancy Andrigli, j. 15/09/2010, DJe 23/11/2010)

Tema 425: A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.

(STJ, Resp 1.184.765/PA, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, j. 24/11/2010, DJe 03/12/2010).

Ademais, o C. STJ no julgamento do REsp 1.377.507/SP (tema 714), sob o manto dos recursos representativos de controvérsia, fixou entendimento de que o bloqueio universal de bens e de direitos, previsto no artigo 185-A do CTN, não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do sistema SISBAJUD, disciplinada no Código de Processo Civil. A decretação da indisponibilidade de bens e direitos na forma do artigo 185-A do CTN pressupõe o esgotamento das diligências na busca por bens penhoráveis (Súmula nº 560 do STJ).

Neste contexto, o artigo 854 do CPC previu, para possibilitar a penhora de dinheiro, que o juiz, a requerimento do exequente, sem dar prévia ciência do ato ao executado, determine às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico SISBAJUD, gerido

pelo Banco Central, que tornem indisponíveis os ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

A indisponibilidade de ativos financeiros não se confunde com a penhora. Inicialmente, são bloqueados os valores financeiros e, em seguida, o juiz, de ofício, no prazo de vinte e quatro horas, determina o cancelamento dos valores bloqueados em excesso.

Prosseguindo, o juiz determina a intimação do executado para comprovar, no prazo de cinco dias, que as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis ou excessivas.

A intimação é imprescindível, pois o sistema SISBAJUD é, por ora, incapaz de realizar o bloqueio integral do débito em um único investimento e de identificar aqueles que são impenhoráveis, nos termos do artigo 833 do CPC, tais como contas salários, contas em que são pagas aposentadorias, pensões e poupança até quarenta salários-mínimos. Nesse sentido, a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

[...] Apesar de ser possível limitar a penhora ao valor executado, o sistema Bacenjud ainda não é capaz de evitar um grave inconveniente criado pela penhora on-line: a realização de diversas penhoras em diferentes contas correntes e investimentos, ainda que em cada uma delas sejam constrictos valores no limite da execução. Em razão dessa possibilidade de múltiplas penhoras até o valor da execução, e do evidente excesso de execução que isso representa, é possível que os litigantes contumazes cadastrem na página oficial do Superior Tribunal de Justiça uma conta única para a realização da penhora pelo sistema BacenJud, somente sendo atingidas outras contas na hipótese de não haver dinheiro suficiente na conta cadastrada. O tema é regulamentado pela Resolução 61, de 07.10.2008, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). [...] Outro inconveniente é a possibilidade

da indisponibilidade, e até mesmo a futura penhora, recair sobre valores existentes em contas de depósitos à vista (contas correntes), de investimento e de poupança, depósitos a prazo, aplicações financeiras e outros ativos passíveis de bloqueio, o que certamente poderá levar, no caso concreto, à penhora de valores impenhoráveis, nos termos do art. 833, IV, do Novo CPC, uma vez que o sistema não tem como bloquear previamente a constrição desses valores⁴.

Acolhida qualquer das arguições do executado, o juiz determinará o cancelamento da indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em vinte e quatro horas.

Rejeitadas as assertivas ou não havendo manifestação do executado, os valores indisponíveis são convertidos em penhora, sem a necessidade de termo, devendo ser transferidos para conta vinculada ao juízo da execução.

Novas ordens de bloqueio são possíveis, quando infrutíferas ou insuficientes as anteriores, tendo em vista a passagem do tempo ou a alteração da situação econômica do executado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA *ON-LINE*. RENOVAÇÃO DO PEDIDO. RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A realização de nova consulta ao sistema do Bacenjud para busca de ativo financeiro, quando infrutífera pesquisa anterior, é possível, se razoável a reiteração da medida, a exemplo da alteração na situação econômica do executado ou do decurso de tempo suficiente.

4 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1359-1360.

2. Na hipótese, para afirmar-se a existência de lapso temporal razoável, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no AREsp 1.134.064/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro OG Fernandes, j. 16/10/2018, DJe 22/10/2018)

Vale observar que o bloqueio de ativos financeiros pode ser operacionalizado por outras formas, como, por exemplo, através de ofícios às instituições financeiras, porém, o mais usual é a utilização do sistema SISBAJUD, em razão da sua celeridade e praticidade.



Fonte: www.jusbrasil.com.br

4 Do crime de abuso de autoridade tipificado no artigo 36 da Lei nº 13.869/2019

A penhora *on-line* tornou-se ferramenta prioritária nas execuções fiscais, dando maior celeridade à penhora de dinheiro e sendo utilizada em larga escala. Visando salvaguardar o executado e coibir excessos, foi prevista na nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) a tipificação da não liberação da indisponibilidade excessiva.

Com efeito, dispõe o artigo 36 da Lei nº 13.869/2019:

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Inicialmente, cumpre observar que a proteção ao patrimônio do executado não surgiu com a nova lei de abuso de autoridade. A Lei nº 4.898/1965 já tipificava como abuso de autoridade o ato lesivo ao patrimônio da pessoa física ou jurídica, *in verbis*:

Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade:

[...]

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

Do cotejo dos dispositivos constata-se que a nova lei restringiu a proteção, uma vez que esta refere-se tão somente à indisponibilidade excessiva de ativos financeiros, enquanto a antiga tutelava qualquer lesão ao patrimônio.

O novo tipo penal possui como bem jurídico tutelado os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, mormente sua dignidade e patrimônio. Ademais, também tutela a Administração Pública, que deve atuar dentro da legalidade. É crime pluriofensivo.

O sujeito ativo do delito é a autoridade judicial, a qual informada pela parte do excesso de indisponibilidade de ativos financeiros, deixa de desbloqueá-lo. O tipo penal se refere à indisponibilidade em processo judicial e somente a autoridade judicial pode proferir decisão liberando o excesso, admitindo-se somente a participação. Lembrando-se que não se admite analogia em norma penal incriminadora.

O sujeito passivo imediato é o executado que teve seus ativos exacerbadamente tornados indisponíveis. O mediato é o Estado, titular do serviço público prestado indevidamente.

A conduta típica consiste em decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la.

A conduta deve ser praticada em processo judicial, de qualquer natureza, não abrangendo procedimentos investigatórios ou qualquer procedimento preliminar.

O núcleo do tipo são os verbos decretar (ação) e deixar de corrigir (omissão). Em um primeiro momento, o magistrado ordena a indisponibilidade de ativos financeiros, a qual extrapola exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida. E em um segundo momento, informado pela parte do excesso de indisponibilidade, deixa de liberá-lo.

Por indisponibilidade, se entende o bloqueio dos ativos financeiros, a retirada da esfera de movimentação do executado.

Ativos financeiros são bens líquidos intangíveis, correspondem aos investimentos realizados no mercado financeiro e de capitais. O Banco Central na Resolução nº 4.593/2017, que dispõe sobre o registro e o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários por parte de instituições financeiras e outras instituições autorizadas a funcionar no país, bem como sobre a prestação de serviços de custódia de ativos financeiros, considera ativos financeiros como sendo:

Art. 2º. Para fins do disposto nesta Resolução, consideram-se ativos financeiros: I - os títulos de crédito, direitos creditórios e outros instrumentos financeiros que sejam:

a) de obrigação de pagamento das instituições mencionadas no art. 1º, incluindo contratos de depósitos a prazo;

b) de coobrigação de pagamento das instituições mencionadas no art. 1º, em operações como aceite e garantia;

c) admitidos nas carteiras de ativos das instituições mencionadas no art. 1º, exceto os objetos de desconto;

d) objeto de desconto em operações de crédito, por instituições mencionadas no art. 1º ou entregues em garantia para essas instituições em outras operações do sistema financeiro;

e) escriturados conforme regulamentação do Banco Central do Brasil ou custodiados por instituições mencionadas no art. 1º; ou (redação dada pela Resolução nº 4.734, de 27/6/2019)

f) de emissão ou de propriedade de entidades não autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, integrante de conglomerado prudencial, definido nos termos do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif); e

II - os bens, direitos ou instrumentos financeiros:

a) cuja legislação ou regulamentação específica assim os defina ou determine seu registro ou depósito centralizado; ou

b) que, no âmbito de um arranjo de pagamento, sejam de obrigação de pagamento de instituição de pagamento aos seus clientes.

§ 1º Os ativos financeiros de que trata o *caput* podem ser originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil, de prestação de serviços, entre outros, inclusive na hipótese de direitos creditórios de existência futura e montante desconhecido, desde que derivados de relações já constituídas. (redação dada pela Resolução nº 4.734, de 27/6/2019)

§ 2º Excluem-se da definição de ativos financeiros de que trata o *caput* os valores mobiliários.

Do conceito de ativos financeiros, se extrai que não se enquadra neste, a indisponibilidade de outros bens usualmente contritos na execução fiscal, tais como veículos

bloqueados pelo Sistema Renajud, ou imóveis bloqueados através do sistema denominado Central de Indisponibilidade.

Vale ressaltar que o tipo exige que a indisponibilidade extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida, ante a demonstração da excessiva medida.

As expressões “extrapole exacerbadamente”, “valor estimado” e “excessiva medida” são genéricas e vagas, ofendendo o princípio da legalidade, no seu mandamento da taxatividade.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, XXXIX, o princípio da legalidade (dividido em reserva legal e anterioridade), segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Assim, somente haverá crime quando houver previsão legal e existir correspondência entre a conduta descrita e a praticada.

A legalidade exige a taxatividade do tipo penal, ou seja, que a conduta delituosa seja descrita de forma certa, determinada e clara, sem a utilização de termos genéricos, amplos, equívocos ou vagos. Deve delimitar com segurança os comportamentos que a ela se subsumam.

Segundo Luiz Flávio Gomes:

[...] O conteúdo constitucional do princípio da legalidade no âmbito criminal e penal (*lex certa, praevia, scripta, populi*, clara, determinada, *rationabilis, stricta e nulla lex sine injuria*) comporta, em primeiro lugar, um mandamento de taxatividade frente ao legislador, que há de fazer “o máximo esforço possível” para garantir a segurança jurídica, isto é, para que os cidadãos possam conhecer de antemão o âmbito do proibido e prever, assim, as consequências das suas ações, “programando suas condutas sem temor a possíveis condenações por atos não tipificados previamente. [...] A garantia da *lex certa* exige, como vimos, uma formulação típica objetiva,

inequívoca, que delimite com segurança o âmbito do proibido e do castigo. O legislador deve procurar alcançar, por isso mesmo, a máxima clareza e exaustividade possíveis, quando da tipificação da conduta criminal (ou seja: quando da descrição dos requisitos formais fundamentadores do tipo legal). Definições vagas, porosas, indeterminadas etc., violam a garantia da *lex certa*⁵.

Nesse aspecto, Luigi Ferrajoli ensina que o respeito à taxatividade depende de serem observados três preceitos:

[...] O pressuposto necessário da verificabilidade e da falseabilidade jurídica é que as definições legais que estabelecem as conotações das figuras abstratas de delito e, mais em geral, dos conceitos penais sejam suficientemente precisas como para permitir, no âmbito da aplicação da lei, a denotação jurídica (ou qualificação, classificação ou substantiação judicial) de fatos empíricos exatamente determinados. A técnica normativa, que nos ordenamentos modernos assegura este pressuposto, é a expressa pelo princípio da legalidade estrita ou de taxatividade penal [...].

[...] Este princípio, que configuramos mais acima como a primeira e fundamental garantia de um sistema penal cognitivo, pode ser caracterizado agora como uma regra semântica metalegal de formação da linguagem legal, que prescreve ao legislador penal: a) que os termos usados na lei para designar as figuras de delito sejam dotados de extensão determinada, por onde seja possível seu uso como predicados “verdadeiros dos” fatos empíricos por eles denotados; b) que com tal fim seja conotada sua intensão com palavras que não sejam vagas nem valorativas, mas o mais claras e precisas possível; c) que enfim sejam excluídas da linguagem

5 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. *Direito penal: parte geral*: v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

legal as antinomias semânticas ou, pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução⁶.

O C. Supremo Tribunal Federal corrobora esta interpretação. A Suprema Corte proferiu diversos acórdãos ressaltando a necessidade de obediência ao princípio da taxatividade, *verbi gratia*:

AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. SENADOR ACUSADO POR FATOS OCORRIDOS DURANTE O EXERCÍCIO DE MANDATO DE PREFEITO MUNICIPAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 1º DO DECRETO-LEI 201/1967 E NA LEI 8.666/1993. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA FORMULADO NA ORIGEM. ACOLHIMENTO, EM PARTE, COM RELAÇÃO À SEGUNDA CONDUTA.

1. Em se tratando de ação penal oriunda do primeiro grau de jurisdição, o regular prosseguimento do feito reclama a adequação dos ritos procedimentais, com o exame do pedido de absolvição sumária formulado na defesa escrita. Precedente: AP 630 AgR/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Dje 22.3.2012.

2. Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias.

3. À minguar de quaisquer das hipóteses legais enumeradas no art. 397 do Código de Processo Penal, remanesce íntegra a acusação quanto ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967.

4. Questão de ordem, em parte, acolhida, para absolver sumariamente o

parlamentar denunciado da prática do crime tipificado no art. 96, I e IV, da Lei 8.666/1993, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal, prosseguindo-se a ação penal no tocante ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967.

(STF, AP 991 QO/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Edson Fachin, j. 28/11/2017, DJe 14/12/2017)

DENÚNCIA. PECULATO. ART. 312 DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS EM INQUÉRITO CIVIL. PRELIMINAR REJEITADA. CONDUTA ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

1. O Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos colhidos no âmbito de inquéritos civis instaurados para apurar ilícitos administrativos no bojo dos quais haja elementos aptos a embasar imputação penal. Precedentes.

2. O foro por prerrogativa de função não se estende às ações civis públicas por improbidade administrativa nem aos inquéritos civis conduzidos por integrantes do Ministério Público (art. 129, III, da CF), ainda que os fatos apurados possam ter repercussão penal. Preliminar rejeitada.

3. A utilização dos serviços custeados pelo erário por funcionário público no seu interesse particular não é conduta típica de peculato (art. 312, do Código Penal), em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República). Tipo que exige apropriação ou desvio de dinheiro, valor ou outro bem móvel, o que na hipótese não ocorre.

4. Diferença entre usar funcionário público em atividade privada e usar a Administração Pública para pagar salário de empregado particular, o que configura peculato. Caso concreto que se amolda à primeira hipótese, conduta reprovável, porém atípica.

5. Denúncia rejeitada.

(STF, Inq 3.776/TO, Primeira Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 07/10/2014, DJe 03/11/2014)

6 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 117.

Aliás, esta é a discussão no RE 1.093.553, com repercussão geral reconhecida, ainda pendente de julgamento, registrado como Tema 989:

Tema 989: Discussão sobre a constitucionalidade do art. 233 do Código Penal (Praticar ato obsceno em local público, ou aberto ou exposto ao público) por suposta afronta ao princípio da reserva legal (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República) no que se refere à taxatividade do tipo penal descrito. (STF, RE 1.093.553 RG/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 29/03/2018, DJe 05/04/2018)

E também a análise no ARE 901.623/SP, com repercussão geral reconhecida, ainda pendente de julgamento, registrado como Tema 857:

Tema 857: Tipicidade da conduta de portar arma branca, considerada a ausência da regulamentação exigida no tipo do art. 19 da Lei das Contravenções Penais. (STF, ARE 901.623 RG/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, j. 22/10/2015, DJe 02/12/2015)

Por oportuno, transcrevo a ementa do acórdão que reconheceu a repercussão geral:

CONSTITUCIONAL. PENAL. ART. 19 DA LEI DAS CONTRAVENTÕES PENAS. PORTE DE ARMA BRANCA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. ANÁLISE SOBRE A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DA CONDUTA DESCRITA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. (STF, ARE 901.623 RG/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, j. 22/10/2015, DJe 02/12/2015)

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME AMBIENTAL. ART. 41 DA LEI N. 9.605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO OBJETO MATERIAL DO DELITO. CONSTRAINGIMENTO EVIDENCIADO.

1. Vislumbra-se evidente constrangimento decorrente da ausência de justa causa para a deflagração de ação penal contra o recorrente que, supostamente, teria autorizado a realização de queimada em área não correspondente aos conceitos de “mata” e “floresta” previstos pelo art. 41 da Lei n. 9.605/98 para a configuração do crime em tela, não se configurando, portanto, à luz do princípio da legalidade, em seu aspecto taxatividade, o aludido delito ambiental.
2. Recurso provido, determinando-se o trancamento da Ação Penal n. 0393.02.002413-8, movida em seu desfavor perante o Juízo de Direito da comarca de Manga/MG. (STJ, RHC 24.859/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 29/04/2010, DJe 24/05/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INGRESSO DE MOEDA ESTRANGEIRA NO PAÍS. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. INADEQUAÇÃO TÍPICA.
1. A conduta de promover a saída de mercadorias para o exterior (exportação), sem comprovar o ingresso no País da moeda estrangeira correspondente, por estabelecimento autorizado a operar em câmbio, não se enquadra na figura típica prevista no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

2. O que se proíbe com o referido dispositivo legal é a saída de moedas ou divisas do país, não podendo ser abarcada nessa previsão a remessa de mercadorias, tampouco a ausência de

internalização do montante recebido, sob pena de se promover nítida interpretação ampliativa, inadmissível na seara criminal, regida pelos princípios da legalidade estrita e da taxatividade.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se dá provimento para trancar a ação penal de que se cuida.

(STJ, RHC 34.059/BA, Sexta Turma, Relator Ministro OG Fernandes, j. 19/03/2013, DJe 05/04/2013)

Contudo, não havendo declaração de inconstitucionalidade, deve-se dar ao tipo penal a interpretação que garanta ao máximo a segurança na sua aplicação.

Neste contexto, imprescindível entender que a norma visa coibir o bloqueio de ativos em valor demasiadamente superior ao da dívida, um elevado percentual ou extensão, que não deixe dúvida quanto à extrapolação exacerbada.

No que tange a valor estimado para pagamento da dívida, observa-se que neste há incidência de correção monetária, juros e multa, e nem sempre os valores constantes dos autos estão atualizados. Assim, deve-se atualizar o valor do débito para cotejá-lo com o valor bloqueado e aferir se há excesso.

Por fim, excessiva medida é a indisponibilidade de valores superiores ao valor do débito.

Postas estas considerações, conclui-se que o crime em estudo somente consuma-se com a omissão do magistrado em desbloquear os valores excessivos, após alertado pela parte. Não basta a decretação da indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor do débito (ação). É imprescindível que a parte tenha dado ciência ao juiz da excessividade da medida e este não tenha determinado a correção (omissão). Ademais, deve estar presente uma das finalidades especiais descritas no § 1º do artigo 1º. É crime de conduta mista.

Com efeito, ressalta-se que os crimes da lei de abuso de autoridade exigem um dos

elementos subjetivos do tipo, descritos no § 1º do artigo 1º, a saber:

Art. 1º. [...]

§ 1º. As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Destarte, ainda que não desbloqueados os valores, se ausente a finalidade de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou terceiro, mero capricho ou satisfação pessoal, não há crime.

Rogério Greco e Rogério Sanches Cunha esclarecem que:

[...] Além de agir com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, mencionou o aludido § 1º, do art. 1º em análise, que o agente público poderia agir por capricho ou satisfação pessoal. Por capricho podemos entender a vontade desprovida de qualquer razão anterior, ou mesmo teimosia, uma alteração repentina no comportamento etc. satisfação pessoal seria a prática de um comportamento que viesse a agradar os interesses pessoais do agente, podendo ser de qualquer natureza, a exemplo daquele que atua com crueldade, síndrome de autoridade, se regozija em humilhar pessoas etc⁷.

Não cabe tentativa. O juiz cientificado da excessividade da medida deve desbloquear os valores superiores ao débito ou justificar sua impossibilidade.

O indeferimento motivado, ainda que errôneo, afasta a omissão e o dolo, e torna o fato atípico.

7 CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade*: Lei 13.869/2019: comentado artigo por artigo. São Paulo: JusPodivm, 2020, p. 15.



Fonte: www.freepik.com

Não há que se falar em omissão, na hipótese de vista à parte contrária para manifestação, em observância ao contraditório, assegurado legal e constitucionalmente.

Para tipificação da conduta, registra-se que deve haver demonstração pela parte do excesso. Sem manifestação da parte, está ausente um dos elementos do tipo penal. Ademais, não se pode olvidar que, na prática forense, nem sempre se consegue, diante do volume de trabalho, verificar os resultados da ordem de bloqueio no SISBAJUD diariamente em todos os processos. Portanto, é imprescindível a atuação da parte prejudicada.

Ressalta-se que a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade, conforme expressamente previsto no § 2º do artigo 1º da Lei.

Trata-se de delito punível somente na modalidade dolosa e desde que presente o especial fim de agir. Não há previsão de crimes culposos.

No que tange à possibilidade de dolo eventual diverge a doutrina. Rogério Sanches Cunha e Rogério Greco entendem ser impossível a ocorrência de dolo eventual:

[...] Talvez com o fim de espancar algumas das pertinentes críticas, logo no seu

artigo inaugural, a Lei 13.869/19 anuncia que a existência do crime depende de o agente comportar-se abusivamente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Eis o elemento subjetivo presente nos vários tipos incriminadores, restringindo o alcance da norma de tal forma que, a nosso ver, o dolo eventual fica descartado⁸.

Em sentido contrário, leciona Renato Brasileiro de Lima:

[...] O fato de o delito contemplar um especial fim de agir, como ocorre nos crimes de abuso de autoridade, não afasta a possibilidade de o delito ser imputado ao agente a título de dolo eventual. Prova disso, aliás, é o fato de o Código Penal contemplar diversos delitos cuja tipificação demanda um especial fim de agir, tais como, por exemplo, furto (“para si ou para outrem”), extorsão mediante sequestro (“com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”), etc., sem que a doutrina jamais tenha questionado a possibilidade de tais delitos serem atribuídos ao agente tanto a título de dolo direto quanto a título de dolo eventual.

Não há nenhuma incompatibilidade entre as duas figuras. Por isso, se restar comprovado que o agente público não queria o resultado (dolo direto), mas assumiu o risco de produzi-lo, deverá responder pelo crime de abuso de autoridade em questão a título de dolo eventual, se assim o fizer, logicamente, para prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal⁹.

⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova lei de abuso de autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 34-35.

Consigna-se que a ação penal é pública incondicionada, e sendo o sujeito ativo o juiz, a competência originária para julgamento deste será do Tribunal de segundo grau, nos termos do artigo 96, III, da Constituição Federal.

Por fim, cumpre observar que a infundada e consciente acusação ou representação do magistrado, imputando-lhe o cometimento de abuso de autoridade, na esfera criminal ou administrativa, dando causa à instauração de investigação, processo judicial ou processo administrativo, poderá ensejar a responsabilização pelo crime de denúncia caluniosa, previsto no artigo 329 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 14.110, de 2020).

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

O C. Superior Tribunal de Justiça coaduna esta interpretação:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. REPRESENTAÇÃO CRIMINAL APRESENTADA PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM CONTRA MAGISTRADO. ARQUIVAMENTO POR FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO RECORRENTE

NÃO DEMONSTRADA. MERA ALEGAÇÃO DE NÃO CONFIGURAÇÃO DE INOCÊNCIA DA VÍTIMA. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVAS. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, que há imputação de fato penalmente atípico, a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria do delito ou, ainda, a extinção da punibilidade.

2. No caso, o Recorrente apresentou representação criminal contra Magistrado, a qual foi arquivada, ao entendimento de que não houve justa causa para a ação penal. Assim, a conduta, aparentemente, encontra tipificação no art. 339, *caput*, do Código Penal.

3. A tese defensiva de falta de justa causa para a ação penal em razão da culpa da vítima demanda minucioso exame do conjunto fático e probatório, que deve ser feito pelo Juízo ordinário.

4. Recurso desprovido. (STJ, RHC 38.507/SP, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 05/08/2014, DJe 21/08/2014)

RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO. ARQUIVAMENTO DA SINDICÂNCIA. ATIPICIDADE NÃO DEMONSTRADA. OFERECIMENTO FORMAL DE REPRESENTAÇÃO NA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OITIVA DO INVESTIGADO E DE TESTEMUNHAS. FATOS DELITUOSOS QUE SE AMOLDAM AO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 339 DO CP. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O Ministério Público estadual denunciou o recorrente como incurso no crime de denúncia caluniosa, tendo

descrito, em sua inicial acusatória, a falsa imputação à Juiz de Direito de condutas capazes de configurar o crime de advocacia administrativa, em ação de alimentos na qual figurava como réu, tendo, inclusive, oferecido representação junto à Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais.

2. Na espécie, a conduta atribuída ao recorrente corresponde ao tipo penal previsto no art. 339 do Código Penal, pois a representação formal por ele apresentada deflagrou a efetiva instauração de sindicância administrativa disciplinar contra o magistrado investigado, procedimento que, embora arquivado, foi regularmente processado pela Corregedoria-Geral de Justiça. Nesse contexto, não se infere a alegada atipicidade da conduta, já que a instauração de investigação administrativa satisfaz o elemento objetivo do tipo.

3. Recurso especial improvido.
(STJ, REsp 1.658.270/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 03/10/2017, DJe 09/10/2017)

A denúncia caluniosa é crime de ação penal pública incondicionada e será apurada independentemente da vontade do magistrado. Tal ocorre, pois, referido delito tem como bem jurídico tutelado a administração da justiça.

5 Conclusão

A penhora *on-line* é um instrumento amplamente utilizado nas execuções fiscais, cujo escopo é dar maior celeridade e efetividade ao processo. Diante desta realidade e com o intuito de salvaguardar os direitos do executado e coibir abusos, criou-se o tipo penal do artigo 36 da Lei nº 13.869/2019.

Conquanto tipificada a não liberação de valores indisponibilizados em excesso, o tipo penal é inconstitucional por ofender o princípio da legalidade, na sua exigência de taxatividade, uma vez que se utiliza de expressões demasiadamente abertas.

Entretanto, não declarada a inconstitucionalidade e sendo o caso de sua aplicação, deve-se observar que a conduta somente tipifica o delito, se dolosa e presente o elemento subjetivo do tipo, afastando assim o risco de proposituras de ações penais infundadas, uma vez que este deverá ser descrito na denúncia.

Ademais, não se pode olvidar que as acusações arbitrárias podem dar ensejo à apuração do crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP), servindo de contrapeso na relação entre os sujeitos do processo.

Referências

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em 06 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 4.898*, de 09 de dezembro de 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. BCB. *Resolução nº 4.593*, de 28 de agosto de 2017. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50425/Res_4593_v1_O.pdf. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. STF. *AP 991 QO/MT*, Segunda Turma, Relator Ministro Edson Fachin, j. 28/11/2017, DJe 14/12/2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=AP%20991%20QO%20%2F%20MT%20&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. STF. *ARE 901.623 RG/SP*, Tribunal Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, j. 22/10/2015, DJe 02/12/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8002/false>. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. STF. *Inq 3.776/TO*, Primeira Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 07/10/2014, DJe 03/11/2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Inq%203776%20%2F%20TO%20&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. STF. *RE 1.093.553 RG/RS*, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, j. 29/03/2018, DJe 05/04/2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=1093553&base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. STJ. *AgInt no AREsp 1.134.064/RJ*, Segunda Turma, Relator Ministro OG Fernandes, j. 16/10/2018, DJe 22/10/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201701689496&dt_publicacao=22/10/2018. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. STJ, *AgInt no Resp 1.673.330/RS*, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 05/12/2017, DJe 12/12/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201701185290&dt_publicacao=12/12/2017. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. STJ. *REsp 1.272.827/PE*, Primeira Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 22/05/2013, DJe 31/05/2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201101962316&dt_publicacao=31/05/2013. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. STJ. *REsp 1.658.270/MG*, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 03/10/2017, DJe 09/10/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201501250829&dt_publicacao=09/10/2017. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. STJ. *RHC 24.859/MG*, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 29/04/2010, DJe 24/05/2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=200802483578&dt_publicacao=24/05/2010. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. STJ. *RHC 34.059/BA*, Sexta Turma, Relator Ministro OG Fernandes, j. 19/03/2013, DJe 05/04/2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201202149568&dt_publicacao=05/04/2013. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. STJ. *RHC 38.507/SP*, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 05/08/2014, DJe 21/08/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201301821697&dt_publicacao=21/08/2014. Acesso em: 30 jan. 2020.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade*: Lei 13.869/2019: comentado artigo por artigo. São Paulo: JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. *Direito penal*: parte geral: v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova lei de abuso de autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

A tributação como mecanismo de proteção ambiental: direito tributário ambiental



Patrícia Canton

Assistente de Gabinete no JEF de Araraquara/SP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduanda pela Faculdade Ademar Rosado (FAR).

RESUMO: O propósito deste artigo é analisar a possibilidade da utilização da tributação como um instrumento para promover o desenvolvimento sustentável, e, consequentemente, como uma forma de intervenção do Estado na busca da efetivação do disposto no artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal. Por essa razão, apresenta-se a questão do desenvolvimento econômico e da intervenção do Estado no domínio econômico, com o objetivo de moldar as premissas para a utilização dos tributos como mecanismos na busca da sustentabilidade. Por fim, são apreciados exemplos da aplicação do instituto da tributação ambiental com o escopo de concluir pela sua viabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento sustentável. Direito tributário. Tributação ambiental. Mecanismos de tutela.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyse the possibility of using taxation as an instrument for sustainable development and consequently, as a form of state intervention in the pursuit of the fulfillment of the provisions of Article 170, section VI, of the Federal Constitution of Brazil. For this reason, the matter of development and state intervention in the economy is studied, with the aim of shaping the premises for the use of taxes as an instrument in the pursuit on sustainability. Finally, examples of the application of the institute are assessed in order to conclude for its viability.

KEYWORDS: Sustainable development. Tax law. Environmental taxation. Guardianship mechanisms.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento econômico e meio ambiente. 2.1 Desenvolvimento sustentável. 2.2 Intervenção do Estado no domínio econômico para proteção ambiental. 2.3 Falhas de mercado. 2.4 Externalidades. 2.5 Instrumentos ambientais de correção de externalidades. 3 Direito ambiental e tributação. 3.1 Instrumentos fiscais. 3.2 Tributação ambiental. 3.3 Finalidade dos tributos ambientais: fiscalidade e extrafiscalidade. 4 Formas de tributação ambiental. 4.1 Incentivos e desestímulos fiscais. 4.2 Espécies tributárias. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O presente artigo tem como tema a análise da utilização do Direito Tributário como instrumento econômico voltado à proteção ambiental.

A relevância da tese em questão reside na percepção fática de que a degradação ambiental causada por séculos de exploração desenfreada dos recursos naturais pelo ser humano trouxe a necessidade da adoção de políticas públicas direcionadas à proteção do meio ambiente.

Ante os riscos à saúde, à qualidade de vida e à própria sobrevivência humana, tornaram-se cada vez mais necessárias medidas orientadas para um desenvolvimento econômico que leve em consideração a manutenção do meio ambiente. Surgiu, assim, o conceito de desenvolvimento sustentável, como aquele no qual se conduz a atividade econômica de modo a preocupar-se com uma sustentabilidade tanto econômica quanto ecológica.

Dentre as medidas tomadas em termos de desenvolvimento sustentável, destaca-se a utilização de instrumentos econômicos pelo Estado, os quais se voltam à atribuição de uma correspondência entre o uso de bens ambientais e um “preço” a ser pago pelo poluidor.

Nesse contexto insere-se o Direito Tributário Ambiental, como um instrumento de proteção ambiental por meio do qual há a indução dos agentes econômicos à adoção de comportamentos que reduzam a poluição e propiciem a utilização racional de recursos naturais.

Desse modo, urgente a análise da possibilidade de utilização de instrumentos fiscais destinados à proteção ambiental, a fim de que seja tutelado esse bem coletivo e, em última instância, priorizado o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente.



Fonte: <https://painel.posfmu.com.br/>

2 Desenvolvimento econômico e meio ambiente

O ser humano tem submetido o planeta a transformações cada vez mais rápidas e intensas. No entanto, é possível afirmar que houve uma aceleração substancial a partir de meados do século XIX, com o advento da Revolução Industrial.

Nessa conjuntura, o século XX presenciou dois grandes marcos históricos fundamentais para o desenvolvimento humano como concebido atualmente, as guerras mundiais, que mudaram os processos produtivos e redesenharam os mapas nacionais.

Os recursos humanos, científicos e materiais empregados nessas guerras, particularmente na segunda, trouxeram grande desenvolvimento e novas tecnologias, as quais deram ao homem uma enorme sensação de poder, muitas vezes extrapolado. Todas essas descobertas científicas e tecnológicas representaram soluções para os problemas cotidianos em termos de conforto, tranquilidade e qualidade de vida, mas também propiciaram a destruição da natureza e do próprio homem em proporções nunca antes experimentadas.

Assim, após um estado de letargia, no qual se acreditava que as fontes naturais constituíam recursos inesgotáveis, apesar da grande deterioração do meio natural, a proteção do meio ambiente passou a ganhar força, principalmente a partir da década de sessenta, com amplas manifestações populares no Brasil e no mundo, suscitadas por reclamações referentes à revelação de danos ambientais

até então desconhecidos e protestos contra a crescente deterioração do meio ambiente.

2.1 Desenvolvimento sustentável

Diante desse cenário, conforme afirma Cristiane Derani, evidenciou-se que a natureza apresenta duplo sentido na percepção humana, como fonte de sua produção e reprodução econômica, e também como fator de seu bem-estar. Passou-se a perceber que, segundo a autora, “o homem encontra sua expansão psíquica no todo”¹, sendo a proteção do meio ambiente fator essencial à sua própria sobrevivência.

Dessa maneira, a escassez de matérias-primas e a poluição em grande escala, motivadas por um modo de produção cada vez mais voltado à competitividade global e à exploração desenfreada de recursos naturais, levaram à necessidade de se repensar o próprio conceito de desenvolvimento.

Tornou-se evidente a inviabilidade de um modelo de desenvolvimento a qualquer custo, incapaz de harmonizar as necessidades e os padrões modernos de consumo à preservação das noções básicas de qualidade de vida². Emergindo, assim, crescente e relevante preocupação com o meio ambiente e a respectiva noção de sustentabilidade, na qual a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado mostra-se como um elemento fundamental ao processo de desenvolvimento, agora tomado como desenvolvimento sustentável.

Percebeu-se, portanto, que a qualidade de vida do ser humano encontra-se profundamente relacionada com o modo de proteção do meio ambiente, uma vez que esse não mais comporta um entendimento reduzido apenas a elementos como ar, água e terra, devendo ser encarado como o conjunto das condições da existência humana, que integra e influencia o

relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento.

O Direito Ambiental surgiu, então, como um direito reformador, modificador, ao atingir toda a organização da sociedade atual, cuja trajetória conduziu à ameaça da existência humana pela atividade do próprio homem.

Cumprido ressaltar que o Direito Econômico e o Direito Ambiental não só se interceptam, como comportam, em parte, as mesmas preocupações, como a busca da melhoria do bem-estar das pessoas e da estabilidade do processo produtivo, já que a expressão “crise ambiental” remete ao perigo às bases de sustentação do sistema produtivo vigente.

Nesse aspecto, conforme explica Cristiane Derani³, a visão parcial de que as normas de proteção ao meio ambiente seriam obstáculos aos processos econômicos e tecnológicos é afastada, ao se compreender que a qualidade de vida se relaciona tanto com um objetivo do processo econômico, como com uma preocupação da política ambiental.

Foi durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ocorrida em Estocolmo, em 1972, que surgiu uma noção, ainda que embrionária, de desenvolvimento sustentável como aquele que assegura as necessidades da presente geração sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender suas próprias necessidades. Neste sentido, deve-se destacar o princípio 2 da Declaração de Estocolmo:

Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados.

1 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

2 CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.

3 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 60.

Tal princípio foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, encontrando respaldo no artigo 225, no qual o legislador transcreve que é dever do Poder Público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Não obstante, a Constituição Federal, além de determinar que o meio ambiente equilibrado é direito e dever de todos, também estabelece sua tutela ao discorrer sobre a ordem econômica em seu artigo 170, inciso VI, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Assim, a Constituição Federal prevê o uso sustentável dos recursos naturais a ser tutelado e garantido pela ordem econômica, sendo impossível pugnar-se por uma política irresponsável e voltada à obtenção do lucro a qualquer custo sem que se colida com os princípios constitucionais de regência da ordem econômica e proteção do meio ambiente.

Nessa perspectiva, vinte anos após a Convenção de Estocolmo, as Nações Unidas promoveram, no Brasil, a Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, a ECO-92, na qual se repetiu e se aprofundou o conceito de desenvolvimento sustentável, o qual foi definido como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades.

Por conseguinte, a Declaração do Rio de Janeiro de 1992, resultante dessa conferência, trouxe à luz o modelo de desenvolvimento sustentável atual, responsável pela busca da aliança entre os princípios da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento econômico.

Sabe-se que, para que seja possível o alcance de tal modo de produção sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento econômico, não podendo ser desconsiderado seu conceito. Ao se usar a expressão “desenvolvimento sustentável”, portanto, tem-se em mente a expansão da atividade econômica vinculada a uma sustentabilidade tanto econômica quanto ecológica.

Nesse sentido, percebe-se que o desenvolvimento sustentável só será atingido e passível de manutenção com a adoção de um novo modelo socioeconômico no qual a natureza seja entendida como um bem jurídico de relevante valor social, como um bem de interesse público, portanto, e com a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual.

2.2 Intervenção do Estado no domínio econômico para proteção ambiental

Com a crise ambiental, compreendeu-se com mais clareza que os recursos naturais são esgotáveis e que o seu uso com uma política de pilhagem coloca em risco a própria sobrevivência da espécie humana. Tornou-se imperiosa, portanto, a mudança dos padrões de desenvolvimento a fim de que a proteção do meio ambiente se tornasse um elemento integrante dessa equação.

Assim, nesse contexto, passou-se a exigir do Estado que atuasse de forma eficaz e positiva no sentido de fazer com que as atividades humanas se desenvolvessem de maneira racional, sem causar lesões irreversíveis ao meio ambiente e assegurando o não-esgotamento dos recursos naturais, com o propósito de possibilitar seu contínuo for-

necimento ou renovação⁴.

O modelo brasileiro adotado foi o sistema híbrido de liberalismo econômico e intervencionismo estatal. Tem-se, desse modo, que o papel do Estado brasileiro se tornou complexo e, em última instância, possui a missão de proteger o sistema capitalista garantindo justiça social como forma de prevenir conflitos.

Nesse desiderato, a Constituição Federal estipula que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da ordem social e observados os princípios estabelecidos pelo artigo 170, que incluem a defesa do meio ambiente.

Ademais, o inciso V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal ainda prevê que cabe, ao Poder Público, “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias” que apresentem risco, dentre outras coisas, ao meio ambiente.

Desse modo, a proteção ambiental foi elevada ao nível de princípio da ordem econômica e, para que se garanta a sua efetivação, foi conferida ao Poder Público a possibilidade de tutela por meio da intervenção no domínio econômico, com o escopo de garantir que a exploração econômica preserve a natureza. E isto, inclusive, mediante um tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental de produtos e serviços, como prescreve o artigo 170, inciso VI, da Constituição.

Para Bernard-Frank Macera⁵, trata-se de um dever subjetivo da Administração, que se diferencia dos demais deveres subjetivos, sejam privados ou públicos (esses entendidos como aqueles pertencentes ao patrimônio jurídico dos particulares em suas relações com

os Poderes Públicos), por ser indisponível e irrenunciável, razão pela qual os órgãos competentes não podem abdicar de sua faculdade de interferência nos processos produtivos para o respeito ecológico.

Em vista disso, sempre que a proteção ambiental não estiver sendo atendida no desenvolvimento de determinada atividade econômica, o Poder Público possui o dever de intervir para regulá-la. É o que prevê, ainda, o artigo 174 da Constituição brasileira, que assenta as ações de coordenar, regular, controlar, regulamentar, entre outros meios, pela fiscalização, incentivo e planejamento da economia, mediante intervenção estatal, como forma de salvaguardar o interesse geral, especialmente relativo à proteção ambiental.

O Estado, em conclusão, amparado por normas internacionais e constitucionais, tem o dever subjetivo de intervir no campo de atuação da iniciativa privada para atender ao princípio da proteção ambiental sempre que este não esteja sendo respeitado. Para tanto, é necessário que se observe estudos no campo da economia ambiental, com relevância para a correção das falhas de mercado.

2.3 Falhas de mercado

Consoante apresentado por Ana Maria de Oliveira Nusdeo, as falhas de mercado se caracterizam por

[...] situações nas quais os mercados reais não funcionam conforme as previsões do chamado modelo ideal de mercado competitivo. O objetivo de minorá-las é responsável, em grande medida, pela presença do Estado na economia sendo revelada nas mais diferentes áreas do Direito, tais como na defesa da concorrência e no mercado de capitais⁶.

4 PORFÍRIO JR., Nelson de Freitas. *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

5 MACERA, Bernard-Frank. *El deber industrial de respetar el ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 55.

6 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. O uso de instrumentos econômicos nas normas de proteção ambiental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006, p. 359.

Ou seja, como foram constatadas diversas falhas no funcionamento dos sistemas, gerou-se uma primeira reação ao liberalismo na economia, modelo que significava, em síntese, um Estado absenteísta, com o ideal de governar o mínimo possível.

Fábio Nusdeo⁷ explica que, desse modelo, cinco são as maiores falhas no funcionamento do mercado, a saber: (i) a pouca mobilidade dos fatores de produção, (ii) o precário acesso às informações relevantes pelos agentes econômicos, (iii) a concentração empresária, gerando situações de monopólio; (iv) o suprimento de bens coletivos e públicos; e (v) as externalidades.

À última falha mencionada será dado destaque a seguir, uma vez que está diretamente envolvida no problema ambiental, no que se refere ao conceito estrito tratado no presente artigo.

2.4 Externalidades

Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo, as externalidades podem ser definidas como

[...] os custos ou benefícios que se transferem de determinadas unidades do sistema econômico para outras, ou para a comunidade como um todo, fora do mercado⁸.

Trata-se, pois, de um custo ou benefício que, não computado no processo de produção de determinado bem de consumo, recai posteriormente sobre terceiros que podem vir a ser identificados ou não.

No caso das externalidades negativas, por não serem de interesse do particular,

justamente pela possibilidade de seu descarte sem custo, não são computadas no custo de fabricação. Então, estes custos indesejados inseridos na economia, mas não considerados pelo particular, restam atribuídos a toda a coletividade, como um custo social.

Já em uma situação em que os benefícios associados a um dado bem superem o valor assinalado pelo mercado, o fenômeno será o inverso. Haverá, dessa forma, externalidades positivas e aqueles benefícios não valorizados pelo mercado serão os benefícios sociais.

Desse modo, pode-se concluir que, havendo externalidades, o preço de um determinado bem não refletirá o real custo de produção para a sociedade.

Refletindo sobre as externalidades negativas relacionadas aos recursos ambientais, observa-se que sua não inclusão no preço da mercadoria leva à ausência de percepção quanto à escassez desse fator ambiental de produção, e, muitas vezes, a sua excessiva utilização pelos agentes produtores.

Portanto, uma política de proteção ambiental eficaz deve objetivar a correção das externalidades, que acabam por ser uma das responsáveis pela negligência dos agentes produtivos quanto aos recursos naturais.

Sendo assim, a criação de mecanismos para internalização desses custos, fazendo com que o poluidor passe a arcar com os custos de produção ou que o produtor receba as vantagens pelos benefícios sociais gerados em sua atividade econômica, torna-se o objetivo das normas relacionadas a essa falha de mercado.

2.5 Instrumentos ambientais de correção de externalidades

Uma maneira eficaz de correção das referidas falhas de mercado ocorre com a intervenção do Estado na economia, objetivando, por meio de seu poder de polícia, ou pela instituição de mecanismos econômicos,

7 NUSDEO, Fábio. Economia do meio ambiente. In: PHIL- LIPE JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Orgs.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri: Manole, 2005, p. 208-209.

8 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. O uso de instrumentos econômicos nas normas de proteção ambiental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006, p. 359.

como tributos e subsídios, obrigar os agentes econômicos a responder pelas externalidades geradas em razão de sua atividade econômica.

Ana Maria de Oliveira Nusdeo explica que os principais instrumentos das políticas voltadas à proteção ambiental são classificados como instrumentos de controle e instrumentos econômicos. Também segundo a autora, o melhor instrumento será aquele que “atinge os objetivos perseguidos com o menor custo social”⁹. Isto é, aquele que apresente a menor relação custo-benefício para a sociedade e, ao mesmo tempo, se articule com os demais objetivos das políticas públicas em um determinado país.

Os instrumentos de controle podem ser definidos como aqueles que fixam normas, regras e procedimentos para as atividades econômicas, a fim de assegurar o cumprimento dos objetivos de determinada política, como, por exemplo, reduzir a poluição do ar ou da água.

Trata-se de mecanismos de ordem preventiva, repressiva e reparatória, os quais se baseiam em prescrições de cunho administrativo e no poder de polícia, cujo descumprimento acarreta a imposição de sanções de caráter penal e administrativo.

Por sua vez, os instrumentos econômicos podem ser definidos como aqueles que atuam diretamente no custo de produção e consumo dos agentes cujas atividades estejam inseridas nos fins da política em questão. Esses instrumentos, ao invés da imposição de comportamentos obrigatórios baseados na potencialidade de uma sanção, buscam estimular a adoção voluntária de práticas de redução de poluição ou preservação ambiental, conforme o caso. Os exemplos são os tributos em geral, os subsídios e os preços públicos, que podem ser criados, majorados ou reduzidos.

Observa-se que esses instrumentos são adequados à correção das externalidades tanto positivas quanto negativas. Para as primeiras,

agem como um meio regulador que compensa os agentes produtivos que proporcionam benefícios sociais durante suas cadeias produtivas. Já para as segundas, os instrumentos econômicos possibilitam que o Estado aja com o papel primordial de corrigir o mercado para fazer com que a utilização dos bens ambientais corresponda a um preço pago pelo poluidor.

Fala-se, assim, na internalização do custo ambiental, transformando-o de uma externalidade negativa ou custo social, num custo privado. Se a fábrica incorre no custo de todos os fatores de produção por ela conjugados para realizar a sua tarefa produtiva, ela deve também arcar com os mesmos custos quando se refere aos bens do meio ambiente.

Convém ressaltar que, nesse contexto, o Direito Tributário afigura-se como importante ferramenta à disposição do Estado para a implantação de mecanismos de intervenção na economia, pela possibilidade de concessão de benefícios fiscais aos produtores que se preocupam com o meio ambiente em seu processo produtivo ou pela hipótese de maior tributação daqueles que não seguem as diretrizes do desenvolvimento sustentável, para que, desse modo, arquem com os seus custos ambientais.

3 Direito ambiental e tributação

Conforme analisado, os instrumentos econômicos são mecanismos importantes e eficazes para a proteção do meio ambiente. E, dentre eles, destaca-se o uso do Direito Tributário, uma vez que, como afirma Luís Eduardo Schoueri¹⁰, o campo da defesa do meio ambiente é muito fértil para o emprego de normas tributárias com a finalidade indutora, servindo o tributo para internalizar os custos ambientais.

3.1 Instrumentos fiscais

Essa intersecção entre Direito Ambien-

9 *Ibidem*, p. 359.

10 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 368.

tal e Direito Tributário pode ser justificada ao se verificar que, do mesmo modo que todos têm o direito a usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja exploração se deve dar de forma ordenada pelo Estado, também é certo que todos devem contribuir para conservá-lo, mediante o abastecimento dos cofres públicos, de forma solidária e efetiva, quanto aos respectivos gastos.



Fonte: <https://diarural.com.br/>

Segundo Simone Martins Sebastião¹¹, os tributos e o meio ambiente têm, entre si, uma relação de correspondência no que concerne à própria atividade financeira do Estado, ou seja, na administração de receitas e despesas. E aqui, em particular, às despesas relacionadas à prevenção, conservação e restauração do meio ambiente, nas quais o Estado chama o particular a participar, para que colabore não só através de comportamentos ecologicamente corretos, mas também proporcionando o numerário necessário à tutela desse bem jurídico.

Soma-se a isso a reconhecida intervenção do Estado na economia por meio do Direito Tributário, pelo que não se pode renunciar ao uso dos tributos como eficazes instrumentos de política e de atuação estatais, nas mais diversas áreas, sobretudo na social e na econômica.

¹¹ SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do Direito*. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 228.

Nesse sentido, os fins estão no Direito Ambiental e os instrumentos, no Direito Tributário. O regime jurídico permanece regido por esse, mas inspirado por diretrizes outras que não somente a de arrecadar¹².

3.2 Tributação ambiental

Para Fernando Magalhães Modé¹³, a tributação ambiental apresenta-se como um instrumento econômico que possibilita a internalização dos custos ambientais, induzindo os agentes econômicos à adoção de comportamentos que proporcionem a redução da poluição e a utilização racional dos recursos naturais, sejam eles renováveis ou não.

O Direito Tributário Ambiental visa, dessa forma, a incentivar ou inibir comportamentos que possam melhorar ou comprometer o meio ambiente, isto é, orientar ou incentivar condutas não-poluidoras, além de propiciar a prevenção e reparação dos recursos naturais com a arrecadação de numerários, em obediência ao princípio do poluidor-pagador.

Assim, serve tanto para coibir comportamentos lesivos, com a tributação em si, quanto para estimular condutas empresariais ou individuais ambientalmente corretas, que visem a não degradar o meio.

Aqui, oportuno citar o entendimento de Regina Helena Costa¹⁴, ressaltando que a tributação ambiental pode ser conceituada como o emprego de instrumentos tributários para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental (caráter fiscal), bem como para orientar o

¹² NETO, Celso de Barros Correia. Instrumentos fiscais de proteção ambiental. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 22, 2008, p. 146.

¹³ MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 65.

¹⁴ COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 313.

comportamento dos contribuintes à proteção do meio ambiente (caráter extrafiscal).

Portanto, os tributos ambientais podem ser compreendidos como aqueles que se destinam à proteção ambiental, seja pela própria materialidade, pela vinculação das receitas decorrentes de sua arrecadação ou pela orientação das condutas à preservação do meio ambiente¹⁵.

Nessa perspectiva, o termo “tributo ambiental” engloba tanto o tributo cuja hipótese de incidência é a atividade relacionada à defesa do meio ambiente quanto os tributos já existentes, com as mais variadas hipóteses de incidência, que podem ser graduadas para concretização de valores ambientais.

Dessarte, os tributos ambientais não são sinônimos de tributos novos, mas, ao contrário, frequentemente são uma aplicação especial dos tributos já existentes visando à defesa do meio ambiente. Conforme indica José Marcos Domingues de Oliveira¹⁶, é perfeitamente possível adaptar os tributos existentes à finalidade ambiental, em que o poluidor é levado a não poluir ou a reduzir a poluição para não ser tributado ou ter a sua carga tributária reduzida.

Anotese que a Constituição Federal brasileira não é explícita quanto à tributação ambiental, mas determina incumbir à coletividade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente (artigo 225), sendo da competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer das suas formas” (artigo 23, inciso VI).

Ademais, segundo afirma Fábio Nieves¹⁷, os fundamentos jurídicos para que se

aplique o tributo como um instrumento de tutela ambiental estão nos artigos 170, inciso VI, e 225 da Constituição Federal, que estabelecem que o Poder Público legisle de maneira que a atividade econômica seja orientada pela “defesa do meio ambiente” e se desenvolva mediante um tratamento diferenciado dos produtos e serviços na medida do seu impacto ambiental, resultando na proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, para Ricardo Berzosa Saliba¹⁸, a Constituição Federal autoriza a extrafiscalidade implícita e explicitamente, admitindo-a como o poder de regular, o que, por sua vez, permite a utilização de normas tributárias para desestimular ou estimular condutas de acordo com seu impacto ambiental.

3.3 Finalidade dos tributos ambientais: fiscalidade e extrafiscalidade

Sabe-se que os tributos podem ser classificados quanto ao seu fim em: (i) tributos fiscais, que possuem finalidade de arrecadação de recursos financeiros; (ii) tributos parafiscais, que se destinam ao custeio de atividades paralelas à administração pública direta; e (iii) tributos extrafiscais, que objetivam fins outros que não a arrecadação, mas, geralmente, a condução da economia, pelo estímulo ou desestímulo de certas atividades.

A finalidade precípua dos tributos é a fiscal ou arrecadatória, a qual se encontra presente na tributação ambiental, na medida em que é necessária para que o Estado possa fazer frente a gastos com a prevenção e reparação de danos ambientais.

Contudo, especialmente analisando as taxas, as quais se apresentam como o instrumento mais propício à internalização

15 SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. *Tributação e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 141.

16 OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação de receita*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 791.

17 NIEVES, Fábio. *Tributação ambiental: a proteção do*

meio ambiente natural. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 103.

18 SALIBA, Ricardo Berzosa. *Fundamentos do direito tributário ambiental*. São Paulo: Quarter Latin, 2005, p. 273.

dos custos externos, verifica-se que existem obstáculos que, na prática, impedem a sua eficácia na aplicação do princípio do poluidor-pagador, como afirma José Casalta Nabais¹⁹, ao passo que há uma grande dificuldade em identificar o responsável pela poluição, o poluidor, pois pela sua própria natureza os danos ambientais são difusos, frutos de um elevado número de agentes, o que acaba por impossibilitar a divisibilidade desses custos entre os seus causadores.

Ademais, o autor identifica uma dificuldade ainda maior, pois, na maioria dos casos de custos ambientais, não há como medir, com um mínimo de rigor ou com, mais exatamente, um rigor exigido pela equivalência entre a taxa e os custos ambientais, de maneira a constituir a exata medida por correspondência.

A isso se acrescenta a impossibilidade, muitas vezes, da reparação do dano ambiental, ou seja, a volta ao *status quo ante*.

Portanto, conforme afirma Roberto Ferraz²⁰, a tributação com a finalidade fiscal é um adequado e útil instrumento para a proteção ambiental, mas certamente não é perfeito.

No Brasil, diversamente das taxas aludidas, isso se acentua pela impossibilidade de vinculação da receita arrecada com o imposto a qualquer fim estabelecido, salvo aqueles ressalvados expressamente pelo texto constitucional. Assim, no ordenamento pátrio, o Direito Tributário Ambiental, no que tange aos impostos, encontra sua melhor expressão na finalidade extrafiscal, voltada à educação e prevenção de danos ambientais.

Nesse sentido, observa-se que a finalidade extrafiscal vem se tornando cada vez mais presente e essencial à própria função de tributar, porquanto o fim maior da instituição de determinado tributo não é a arrecadação pura e simples, mas os efeitos indutivos de comportamento que atingem os contribuintes, de modo a estimulá-los ou desestimulá-los a adotarem condutas, que, por sua vez, estão sintonizadas com os objetivos sociais, políticos e econômicos do Estado²¹.

Nesse contexto, as normas extrafiscais podem ser orientadas e regidas pelos princípios conformadores dos mais diversos ramos do Direito, incluindo aqueles que regulamentam e norteiam o meio ambiente, cuja matriz se encontra no artigo 225 da Constituição Federal.

A extrafiscalidade, assim, torna-se aliada à proteção ambiental na medida em que obriga os contribuintes a adotarem posturas ecologicamente corretas, e corrige o mercado, propiciando a incidência do princípio do poluidor-pagador em sua vertente educadora no Direito Tributário e intromissora de um custo não internalizado.

Para tal fim, a extrafiscalidade pode ser implementada mediante a instituição e graduação de tributos, a concessão de isenções e outros incentivos fiscais, como a possibilidade de dedução de despesas efetuadas pelos contribuintes referentes a recursos empregados na preservação do meio ambiente²².

4 Formas de tributação ambiental

Segundo leciona Lise Vieira da Costa Tupiassu²³, a tributação positiva, calcada

19 NABAIS, José Casalta. Direito fiscal e tutela do ambiente em Portugal. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 433.

20 FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 345.

21 SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do Direito*. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 133.

22 COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 322.

23 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental:*

na tributação da poluição, nem sempre é a melhor solução para o meio ambiente. Isso porque a ideia básica das políticas ambientais deve ser a prevenção, evitando as atividades danosas. Dessa forma, a tributação negativa, a qual compreende não só as reduções da arrecadação pela alteração nos critérios materiais da hipótese de incidência dos tributos, mas também as isenções, deduções, ajudas financeiras e subsídios, oferece a possibilidade de premiar ou subsidiar as iniciativas despoluentes, a utilização de tecnologias “limpas” ou de recursos naturais alternativos, formando uma consciência de conservação ambiental nos responsáveis pela produção e na própria população em geral.

4.1 Incentivos e desestímulos fiscais

Dito isso, conforme explana Simone Martins Sebastião²⁴, pode-se apontar como modalidades mais comuns de incentivos e desestímulos fiscais os seguintes institutos jurídico-tributários: a isenção, a redução de alíquotas, a redução da base de cálculo e a concessão de créditos presumidos.

Tais institutos, se manuseados de forma correta pelo ente competente, podem servir como alternativa para estimular condutas favoráveis ao meio ambiente ou desestimular aquelas contrárias.

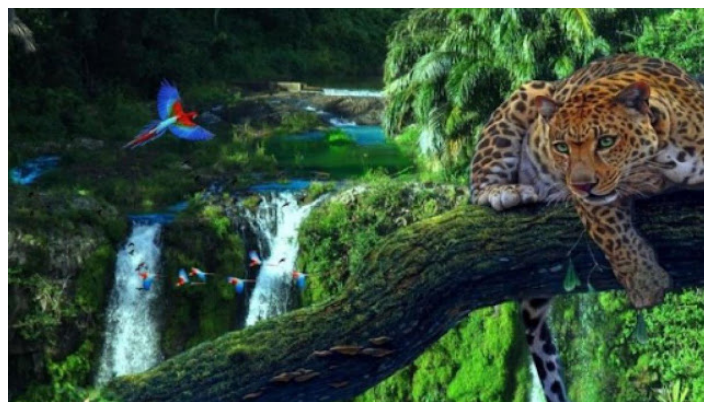
4.2 Espécies tributárias

Além dos institutos referidos acima, há a possibilidade da utilização das próprias espécies tributárias, já previstas ou a serem instituídas, a fim de induzir uma conduta ecologicamente correta pelo contribuinte e, assim, com reflexos na própria sociedade. Aqui, cabe destacar alguns tributos considerados como “verdes” por serem utilizados como

instrumentos de proteção ambiental.

Alguns Estados, como Rio Grande do Sul, São Paulo e Ceará já instituíram o chamado ICMS Ecológico, que aparece como uma política pública de incentivo à conservação dos recursos naturais. Trata-se de um mecanismo utilizado para compensar os Municípios que

[...] sofrem limitações de ordem física para o desenvolvimento produtivo, em razão de seu comprometimento territorial com áreas ambientalmente protegidas²⁵.



Fonte: <https://www.areaverdesdascidades.com.br/>

Nesse sentido, aproveitando da previsão do inciso II do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal quanto ao repasse de parcela do ICMS, alguns Estados optam por beneficiar aqueles Municípios que implementam políticas públicas ambientais.

Cada Estado, analisando as peculiaridades de seus Municípios, estabelece os critérios ecológico-sociais e o percentual de ICMS a ser repassado para esses, de forma que, segundo Fernando Facury Scaff e Lise Vieira da Costa Tupiassu²⁶, os valores e critérios previstos

a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154.

24 SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do Direito*. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 152-156.

25 SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. *VERBA JURIS - Anuário da Pós-Graduação em Direito*, v. 3, n. 3, 2004, p. 170.

26 Ibidem, p. 174.

legalmente sejam quantificados com base em dados fáticos, proporcionando a criação de um ranking ecológico dos Municípios. Assim, cada um desses passa a receber um montante proporcional ao compromisso ambiental assumido, o qual será incrementado conforme a melhoria da qualidade de vida da população.

Pode-se destacar também o ITR, imposto com nítida função extrafiscal, uma vez que progressivo e com alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas. Conforme analisa Frederico Amado²⁷, a extrafiscalidade ambiental do ITR pode ser constatada quando o legislador infraconstitucional exclui da área tributável as de preservação permanente e de reserva legal, de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, aquelas sob regime de servidão florestal ou ambiental e as cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração.

Ainda, segundo o mesmo autor, o IPTU também pode ser considerado como regulatório, pois pode ter alíquotas progressivas de acordo com a localização e o uso do imóvel, a fim de servir como instrumento de coerção municipal para a realização da função social da propriedade urbana, conforme os ditames do Plano Diretor²⁸. Nessa acepção, o IPTU pode ser utilizado como instrumento de proteção ambiental, uma vez que a preservação ambiental se incluiu como um dos objetivos proclamados na função social da propriedade urbana, isto é, o uso da propriedade privada em prol da sociedade e do equilíbrio ambiental.

Deve ser mencionada, ademais, a possibilidade de utilização do IPI, do IPVA, do IR, das taxas (como a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA) e das contribuições especiais (como a CIDE combustível) como instrumentos de proteção ambiental.

Desse modo, apesar de não ser o escopo do presente artigo o exaurimento das espécies tributárias passíveis de serem manejadas com fins ambientais, anota-se que, quanto a essas, não há restrições, uma vez que, seja pela função fiscal, seja pela função extrafiscal, todos os tributos podem ser usados a favor do meio ambiente. Isto é, todas as espécies tributárias têm, a sua maneira, aptidão para prestar-se de veículo à proteção ambiental²⁹.

5 Conclusão

A qualidade de vida do ser humano encontra-se diretamente relacionada com o modo de proteção do meio ambiente. Nesse sentido, o Direito Econômico e o Direito Ambiental não se opõem, mas se complementam. Surge, assim, a noção de desenvolvimento sustentável, que propõe que a expansão da atividade econômica seja vinculada a uma sustentabilidade não só econômica, mas também ecológica (artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal).

Sabe-se que a tutela ambiental foi elevada a princípio da ordem econômica e, para a sua efetivação, foi conferida ao Poder Público a possibilidade de intervenção no domínio econômico (artigo 170, § 1º, da Constituição Federal). Tal intervenção é necessária para a correção de falhas de mercado, dentre elas as externalidades negativas e positivas.

Tais externalidades podem contrariar os interesses da coletividade, seja por relegar o ônus da poluição à coletividade, seja por não recompensar aquele que se preocupou em não poluir. Portanto, uma política de proteção ambiental eficaz deve objetivar a correção de ambas as externalidades, já que essas acabam por ser uma das responsáveis pela negligência dos agentes produtivos quanto aos recursos naturais.

27 AMADO, Frederico. *Direito ambiental esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 890.

28 *Ibidem*, p. 890.

29 COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 313.

Os mecanismos de correção das externalidades podem ser instrumentos de controle e instrumentos econômicos, configurando-se os últimos como instrumentos mais adequados, considerando a dificuldade na reparação do dano ambiental e a necessidade da adoção de estímulos que busquem a adoção voluntária de práticas de redução de poluição ou preservação ambiental.

Dentre os instrumentos econômicos, o Direito Tributário afigura-se como importante ferramenta, apresentando-se como um meio que possibilita a internalização dos custos ambientais, em obediência ao princípio do poluidor-pagador.

Nesse viés, surge a possibilidade da exigência de tributos ambientais, aqueles que se destinam à proteção ambiental, seja pela própria materialidade, seja pela vinculação das receitas arrecadadas, seja pela orientação das condutas à preservação do meio ambiente, os quais assentam sua fundamentação jurídica nos artigos 170, inciso VI, e 225, da Constituição Federal.

Tais tributos podem possuir fins fiscais e extrafiscais, porém, o Direito Tributário Ambiental encontra sua melhor instrumentação nos últimos, os quais propiciam a criação de uma consciência coletiva de respeito à proteção ambiental, bem como estimulam a prática de comportamentos ambientalmente

corretos, em efetivação máxima ao desenvolvimento sustentável.

Como formas de tributação ambiental que podem servir como estímulo de condutas positivas relacionadas ao meio ambiente, bem como desestímulo daquelas que lhe são contrárias, podem-se citar as isenções, ajudas financeiras, subsídios, redução de alíquotas e base de cálculo e concessão de créditos presumidos.

Por fim, e em complementariedade com tais institutos, destaca-se a possibilidade de utilização de uma ampla gama de espécies tributárias para fins ambientais, como o ICMS Ecológico, o ITR, o IPTU, o IPI, o IPVA, o IR, as taxas (a exemplo da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA) e as contribuições especiais (a exemplo da CIDE combustível).

Conclui-se, desse modo, que as espécies tributárias, juntamente com as políticas de estímulo e desestímulo fiscais, constituem-se em instrumentos econômicos úteis à correção de externalidades e internalização dos custos ambientais. Sendo que os tributos se apresentam como meio adequado e necessário à educação ambiental e desenvolvimento de ferramentas voltadas a um desenvolvimento econômico sustentável, a fim de melhorar a qualidade de vida, garantindo o meio ambiente equilibrado para a presente e as futuras gerações.

Referências

- AMADO, Frederico. *Direito ambiental esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.
- CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MACERA, Bernard-Frank. *El deber industrial de respetar el ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- NABAIS, José Casalta. Direito fiscal e tutela do ambiente em Portugal. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NETO, Celso de Barros Correia. Instrumentos fiscais de proteção ambiental. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 22, 2008.
- NIEVES, Fábio. *Tributação ambiental: a proteção do meio ambiente natural*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. O uso de instrumentos econômicos nas normas de proteção ambiental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006.
- NUSDEO, Fábio. Economia do meio ambiente. In: PHILLIPE JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Orgs.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri: Manole, 2005.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação de receita*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PORFÍRIO JR., Nelson de Freitas. *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SALIBA, Ricardo Berzosa. *Fundamentos do direito tributário ambiental*. São Paulo: Quarter Latin, 2005.
- SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. *VERBA JURIS - Anuário da Pós-Graduação em Direito*, v. 3, n. 3, 2004.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do Direito*. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. *Tributação e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0012434-73.2016.4.03.6100

Agravante: PAPELARIA MARCENTER LTDA - ME

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: PAPELARIA MARCENTER LTDA - ME

Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 04/03/2022

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO. IRREGULARIDADES FINANCEIRAS E NÃO FINANCEIRAS APURADAS PELA ECT NA EXECUÇÃO DE CONTRATO DE PERMISSÃO DE EXPLORAÇÃO DE AGÊNCIA DE CORREIO COMERCIAL – ACC. IRREGULARIDADES DAS QUAIS A RÉ NÃO PODE SE EXIMIR SIMPLEMENTE ALEGANDO CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA CONDUTA DA ECT, CUJA ATUAÇÃO SE DEU EM CONFORMIDADE COM O CONTRATO DE PERMISSÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A ré/agravante infringiu diversas cláusulas contratuais, que culminaram nos valores em cobrança. Houve faturamento de produtos e falta de pagamento, *emissão de telegramas após o encerramento do contrato de permissão* e sem o correspondente pagamento, *omissão da concessionária quanto a fatos relevantes que impediam o regular exercício de suas atividades no local*, manutenção de funcionária sem vínculo trabalhista, irregularidade quanto à forma de pagamento dos serviços e prestação irregular de serviços, sendo certo que destas irregularidades a ré não pode se eximir simplesmente alegando caso fortuito/força maior.

2. A mudança de endereço não é um direito da concessionária, ficando a critério da ECT, por força do disposto na cláusula décima sexta, item 16.1.5.

3. A extinção da permissão encontra amparo na cláusula 20.3, “h”, do contrato firmado entre as partes (“caso fortuito ou força maior, regularmente comprovado, impeditivo da execução do contrato”), inexistindo ilegalidade na conduta da ECT, cuja atuação se deu em conformidade com o Contrato de Permissão firmado entre as partes.

4. Não houve omissão quanto ao alegado caso fortuito, pois os fatos acima assentados revelam infrações – p.ex, *emissão de telegramas após o encerramento do contrato de permissão* e sem o correspondente pagamento, *omissão da concessionária quanto a fatos relevantes que impediam o regular exercício de suas atividades no local* - que nada têm a ver com o vazamento de gás, usado aqui como subterfúgio para tentar eximir a agravante de suas responsabilidades contratuais, o que é manifestamente descabido.

5. Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma,

DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

6. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interno interposto por PAPELARIA MARCENTER LTDA ME em face de decisão monocrática pela qual *neguei provimento à apelação* por ela interposta, com imposição de honorários recursais.

A ação ordinária foi ajuizada em 02/06/2016 pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT em face de PAPELARIA MARCENTER LTDA-ME (ex- ACC I CHICO PONTES) objetivando a condenação da ré ao pagamento do montante de R\$ 233.129,19, atualizado até 02/06/2016.

A autora alegou que os valores em cobrança decorrem de irregularidades financeiras oriundas de infringência às cláusulas 10.1 e 20.5 do Contrato de Permissão, registradas nos processos administrativos NUP 53101.002540/2015-41 e NUP 53172.003368/2015-17, bem como de irregularidades não financeiras referentes aos processos administrativos NUP 53172.008074/2014-92, NUP 53172.003367/2015-64, NUP 53172.003364/2015-21 e NUP 3172.003547/2015-46.

Quanto à cláusula 10.1, disse que na prestação de contas do período de 01/04/2014 a 30/10/2014 a ré acumulou um débito de DDO – Depósito Diário Obrigatório de R\$ 107.031,35 e de produtos faturados e não pagos de R\$ 43.743,56.

No que tange à cláusula 20.5, alegou que o Sistema SPE acusou a emissão de 224 telegramas, sem o correspondente pagamento, no período de 21/10/2014 a 18/11/2014, no valor total de R\$ 4.182,08.

Por fim, quanto às irregularidades não financeiras, aduziu que foram violadas as cláusula quarta, item 4.1; cláusula terceira, item 3.4.3.1 e terceira, itens 3.2 e 3.4.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 233.129,19.

A ré foi citada e apresentou contestação e reconvenção (fls. 52/73). Sustentou, em síntese, a improcedência da cobrança, sob o fundamento da ocorrência de caso fortuito e força maior (acúmulo de gases nas fundações do Shopping MartCenter), que impossibilitou o funcionamento da agência no local e, ainda assim, foi indeferido o pedido de mudança de endereço e rescindido o contrato de permissão.

Em sede de reconvenção, alegou a quebra de equilíbrio econômico e financeiro do contrato, em razão da negativa de mudança de endereço, em ofensa aos princípios da Isonomia, da Motivação e da Razoabilidade, pleiteando a condenação da ECT ao pagamento de indenização pelos danos sofridos e pela rescisão contratual.

A ECT apresentou resposta à reconvenção e réplica (fls. 230/248).

A Reconvinte apresentou réplica à contestação da reconvenção (fls. 254/260).

Em 07/062021 o Juiz *a quo* proferiu sentença *julgando procedente o pedido* “para condenar a Papelaria MarCenter Ltda-ME ao pagamento dos valores em cobrança nos processos administrativos NUP 53101.002540/2015-41, NUP 53172.008074/2014-92, NUP 53172.003367/2015-64, NUP 53172.003364/2015-21, NUP 3172.003547/2015-46 e NUP 53172.003368/2015-17, atualizados nos moldes do Manual de Procedimentos e Cálculos da Justiça Federal” e improcedente a reconvenção. Condenou a ré/reconvinte ao pagamento de honorários advocatícios em favor da ECT, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, cuja execução resta suspensa nos termos do art. 98, § 3º, do CPC (ID 196450691).

Inconformada, a ré/reconvinte interpôs apelação (ID 19650694). Repisou os termos da contestação no sentido da existência de caso fortuito que impossibilitou a continuidade da atividade no local e do injusto indeferimento da mudança de endereço pela autora, que impediu a continuidade regular de suas atividades e levou a atrasos nos pagamentos e infrações contratuais. Insistiu que o indeferimento da mudança de endereço para a mesma região alvo de atendimento – da Rua Chico Pontes nº 1500 para a Rua Chico Pontes nº 1150 violou os princípios da motivação e da isonomia, sendo também ilícita a rescisão do contrato, por ofender o princípio do aproveitamento dos atos jurídicos, segundo o qual a resilição contratual é a *ultima ratio*. Aduziu que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato foi quebrado por força maior/caso fortuito, o que impunha o restabelecimento do equilíbrio anterior, com a autorização da mudança de endereço. Por fim, defendeu o direito à indenização pelos prejuízos decorrentes do ato ilícito (negativa ilícita à mudança de endereço), a serem apurados em perícia contábil (ID 196450694).

Contrarrrazões (ID 196450697).

Pela decisão ID 199502601 *neguei provimento à apelação*, com imposição de honorários recursais.

Nas razões do agravo interno a agravante sustenta, em síntese, que (i) houve ofensa ao art. 489, § 1º, IV, do CPC, por falta de manifestação sobre a alegação de que suas atividades sofreram impacto em virtude de caso fortuito/força maior, qual seja, a interdição do shopping por força de vazamento de aterro sanitário; e (ii) houve ofensa ao art. 393 do Código Civil porque o caso fortuito impediu a continuidade regular das suas atividades e a mudança de endereço foi indeferida, levando a atrasos no pagamento e infrações contratuais que não lhe podem ser imputados (ID 210063526).

Houve resposta (ID 220061864).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Os argumentos expendidos pela agravante não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

Mesmo sob o império do atual CPC – como já ocorria em relação ao anterior – é possível a fundamentação “per relationem”, invocando-se o texto da sentença (RMS 30461 AgR-segundo, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016 - ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 -- ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: MS 17.054/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 13/12/2019 -- AgInt no AREsp 1467013/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 9.9.2019, DJe 12.9.2019 -- AgInt no AREsp 1.178.297/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/08/2018 -- AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 -- REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 -- REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013).

Para o STJ, “...A iterativa jurisprudência desta Corte considera válida a utilização da técnica da fundamentação per relationem, em que o magistrado adota trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir. Tal prática não acarreta omissão, não implica ausência de fundamentação nem gera nulidade” (AgInt no AREsp 855.179/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 05/06/2019)

A r. sentença está excelentemente fundamentada e deve ser mantida, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce deste voto:

“.....

No mérito, examinado o feito, especialmente o conjunto probatório acostado aos autos, entendo assistir razão à parte autora.

Consoante se infere da pretensão deduzida na inicial, busca a ECT a condenação da Ré, Papelaria MarCenter Ltda – ME, ao pagamento de valores decorrentes de irregularidades financeiras e não financeiras apuradas em procedimentos administrativos, que detalho a seguir. No processo administrativo NUP 53101.002540/2015-41 apurou a infringência reiterada pela Ré da cláusula 10.1 do Contrato de Permissão, tendo acumulado, no período de 01/04/2014 a 31/10/2014, débito a título de DDO – Depósito Diário Obrigatório no valor de R\$ 107.774,91 (cento e sete mil, setecentos e setenta e quatro reais e noventa e um centavos) e de produtos faturados e não pagos, no importe de R\$ 43.743,56 (quarenta e três mil, setecentos e quarenta e três reais e cinquenta e seis centavos).

Sustenta a ECT que, para cada pagamento não efetuado nas datas estabelecidas em contrato ou realizado de forma parcial nas prestações de conta quinzenais, a Ré foi notificada, contudo, não apresentou defesa.

No tocante à irregularidade apurada em 21/10/2014 no processo administrativo NUP 53172.003368/2015-17, afirma enquadrar-se na cláusula 20.5 do Contrato de Permissão, a qual estabelece que, com a extinção do contrato de permissão, cessam todas as operações da ACC e o direito de uso de qualquer marca ou símbolo relacionado à ECT.

Tal irregularidade foi apurada através do Sistema SPE – Sistema de Postagem Eletrônica, que acusou a emissão de 224 telegramas no período de 21/10/2014 a 18/11/2014 sem o correspon-

dente pagamento, perfazendo, à época, o valor de R\$ 4.182,08 (quatro mil, cento e oitenta e dois reais e oito centavos). A ECT afirma que, não obstante notificada, a Ré não se defendeu. A ECT também aponta a ocorrência de irregularidades não financeiras, que ensejaram a aplicação de multas.

No processo administrativo NUP 53172.008074/2014-92, a ECT apurou, através de funcionários que compareceram na ACC em 09/05/2014, que a Agência funcionava sem as condições essenciais para o exercício regular das atividades de permissão e atendimento ao público, em razão da constante falta de energia no imóvel, fato omitido pela permissionária, em violação à Cláusula Quarta, item 4.1 do Contrato de Permissão, enquadrando-se na tabela de irregularidades não financeiras, item 26.4.

Alega que a defesa não prosperou pois, de acordo com informações colhidas junto ao administrador do imóvel (Nova Gasômetro S/A), no período de 24/04/2014 a 16/05/2014, ocorreu falta de energia ininterrupta que, somado às condições precárias do local, não davam condições para o atendimento de clientes, fato não comunicado à ECT. Ademais, verificou-se por amostragem incorporações de dados de postagem, encaminhamento e contabilização de objetos postais oriundos da Ré junto aos sistemas informatizados da ECT em 09 e 10/05/2014 sugerindo que, com a falta de energia elétrica, a ACC teria realizado o atendimento e a captação de objetos fora do âmbito da agência, ou seja, em local não autorizado pela ECT, culminando na aplicação da multa.

A Ré interpôs recurso administrativo sustentando que possuía formulários de Certificado de Postagem Manual, bem como gerador móvel, que era utilizado pela papelaria onde a Agência estava instalada. O recurso foi indeferido.

No processo administrativo NUP 53172.003367/2015-64, a ECT apurou a infringência ao contrato de permissão pela Ré ao manter a funcionária Regislaine Conceição dos Santos sem vínculo trabalhista, situação que se enquadra na tabela de irregularidades não financeiras no item 10.3.

Destaca que a Ré ofereceu defesa admitindo que a funcionária trabalhava no estabelecimento irregularmente e que, segundo ela, a pedido da própria cooperadora, devido à instabilidade que envolvia a realocação da ACC. A defesa foi indeferida, com a manutenção da multa aplicada com base no item 19.4.6 do Contrato de Permissão.

No processo administrativo NUP 3172.003364/2015-21 a ECT constatou, em 16/09/2014, irregularidade por infringência à cláusula terceira, item 3.4.3.1 do Contrato de Permissão, que estabelece o pagamento dos serviços pelos clientes exclusivamente por meio de dinheiro em espécie ou cheque.

Por fim, no processo administrativo NUP 3172.003547/2015-46, a ECT alega que, no dia 22/09/2014, foi realizada uma postagem teste de um objeto SEDEX para averiguar suposta prestação irregular de serviços. Constatou-se, na ocasião, o cometimento de conduta infra-legal, haja vista que, mesmo não tendo etiqueta identificadora de SEDEX, coletou e postou o objeto em outra Agência dos Correios, a AGF Bueno. Da situação narrada, a ECT afirma a ocorrência de irregularidades previstas na cláusula terceira, itens 3.2 e 3.4 do Contrato de Permissão para Operação de ACC I, bem como o Manual de Comercialização e Atendimento (MANCAT), Módulo 16, Capítulo 2, item 2.1, alíneas h.II, h.III e o Manual de Administração de Recursos, Operações e Controle Financeiro, Módulo 4, Capítulo 4, item 2, subitens 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.4, e o item 21.5 da Tabela de Irregularidades Não Financeiras.

Instada a apresentar defesa, a Ré admitiu a irregularidade cometida, alegando ter procedido de tal forma para manter o bom atendimento da Agência, não tendo recebido nenhuma vantagem financeira. A ECT manteve a multa, com o indeferimento da defesa.

Como se vê, todos os valores em cobrança decorrem de processos administrativos nos quais a parte Ré foi notificada para apresentar defesa, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. As cobranças e sanções estão fundamentadas no Contrato de Permissão firmado entre as partes, não se havendo falar em irregularidades.

A Ré, de outra parte, assevera que a ECT omitiu a ocorrência de fatos relevantes oriundos da descoberta de acúmulo de gases nas fundações do Shopping MartCenter, que fora construído sobre aterro sanitário, local onde funcionava a Agência Franqueada.

Aponta que a ECT estava ciente da precariedade das instalações, que teria prejudicado a prestação dos serviços. Nesse sentido, os constantes cortes de energia (em virtude de risco de explosão), implicaram descumprimento de cláusula contratual que exige o funcionamento da agência em condições ideais.

Afirma que, diante da situação de risco de desmoronamento e de explosão do prédio, bem como o mau funcionamento das instalações elétricas e hidráulicas, houve o fechamento de diversas lojas do Shopping, a restrição de acesso do público ao local e, por fim, a total interdição do Shopping. Assim, solicitou à ECT a mudança de endereço da ACC, instalada na Rua Chico Pontes nº 1500, para o imóvel de nº 1150, localizado na mesma rua, portanto, sem influência na área de outras agências dos Correios, conforme cláusula 16 do Contrato de Permissão; que o pedido de mudança foi indeferido pela ECT, tendo sido mantida a ACC Chico Pontes no Shopping Mart Center, ocasionando a infringência às normas contratuais e a imposição de multas, no período compreendido entre abril e outubro de 2014, que culminou na revogação compulsória do contrato. De acordo com os documentos acostados aos autos, após vistoria e avaliação da GEREN/DR/SPM para análise da alegação da Permissionária da ocorrência de caso fortuito ou força maior, a ECT concluiu, em outubro de 2014, pela impossibilidade da mudança de endereço requerida pela Permissionária e a extinção compulsória do contrato (ID 13633661, fls. 210/217):

“Considerando os motivos elencados no parecer técnico apresentado pela Permissionária, que demonstra potencial risco à saúde, riscos estruturais e condição de ruína, fica comprovada a inviabilidade técnica de permanência da ACC Chico Pontes no local, o que vem a corroborar a aplicação do disposto no Contrato de Permissão nº 034/2002, Cláusula Vigésima, subitem 20.3 alínea h:

“20.3. A revogação compulsória, independentemente de notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial, poderá ocorrer quando: (...) h) ocorrer caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovado, impeditivo da execução do contrato”

Portanto, tendo em vista todo o exposto e com base no subitem 20.3 alínea “h- do Contrato de Permissão, informamos que foi indeferido pleito para mudança de endereço e aplicado a sanção cabível, isto é: Revogação Compulsória do Contrato de Permissão nº 034/2002 Caso fortuito ou força maior. Lembrando que, neste caso, afasta-se a penalidade de não participar da licitação no período de 02 (dois) anos. Fica desde já concedido o prazo de 05 (cinco) dias úteis, a partir do recebimento desta, para interposição de Recurso Administrativo dirigido ao Diretor Regional da ECT, à decisão ora tomada, conforme cláusula contratual 20 .15.1. Lembramos que, de acordo com o subitem 20.6 do referido contrato, em caso de extinção da permissão, qualquer quantia devida à ECT será considerada vencida e cobrada imediatamente” A despeito da previsão para a mudança de endereço da Agência no Contrato de Permissão, conforme defendido pela parte Ré, a decisão proferida no caso em apreço cumpriu as disposições do Contrato de Permissão firmado entre as partes.

Nesse sentido, o Contrato de Permissão é claro ao estabelecer que a mudança de endereço somente poderia ser autorizada dentro da “região-alvo”, bem como prevê a possibilidade de indeferimento da mudança de endereço, a critério da ECT:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA — DA MUDANÇA DE ENDEREÇO DA ACC I

(...)

16.1.5. A ECT, a seu critério, poderá deferir ou indeferir o pedido de mudança de endereço.

(...)

16.2. A mudança de endereço da ACC I, tanto por iniciativa da Permissionária, quanto por sugestão da ECT, somente poderá ser autorizada dentro da região-alvo descrita no subitem 22.2, deste Contrato de Permissão.

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA - DA LICITAÇÃO

22.1. O presente instrumento contratual teve sua origem na Concorrência nº 004/2002 item 5, à qual fica vinculado.

22.2. A descrição da região-alvo para a qual a Permissionária foi a vencedora na Concorrência mencionada no subitem 22.1 é: Shopping Mart Center - Rua Chico Pontes, nº 1500 - Vila Guilherme.”

Com o indeferimento da mudança de endereço e a impossibilidade de permanência da ACC no local alvo da licitação, a ECT resolveu extinguir a Permissão, amparada na cláusula vigésima, subitem 20.3, alínea h, *in verbis*:

20.3. A revogação compulsória, independentemente de notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial, poderá ocorrer quando:

h) ocorrer caso fortuito ou força maior, regularmente comprovado, impeditivo da execução do contrato;

Por conseguinte, não diviso a ilegalidade na conduta da ECT, cuja atuação se deu em conformidade com o Contrato de Permissão firmado entre as partes.

Por outro lado, a Ré infringiu diversas cláusulas contratuais, que culminaram nos valores em cobrança nos processos administrativos elencados na inicial, limitando-se a alegar genericamente que elas se deram em razão do indeferimento da mudança de endereço pela ECT, argumento que não merece prosperar.

Por conseguinte, improcedem os pedidos formulados pela Papelaria MarCenter Ltda – ME em reconvenção.

Demonstrada a legalidade da decisão que indeferiu a mudança de endereço, não há direito à indenização por perdas e danos em face da ECT, haja vista que ela não foi a responsável pelos incidentes que culminaram na extinção compulsória do Contrato de Permissão.

.....”

A leitura da r. sentença mostra que o d. Juízo perscrutou com intensidade a controvérsia posta em desate, deixando claro que a ré infringiu diversas cláusulas contratuais, que culminaram nos valores em cobrança. Houve faturamento de produtos e falta de pagamento, *emissão de telegramas após o encerramento do contrato de permissão* e sem o correspondente pagamento, *omissão da concessionária quanto a fatos relevantes que impediam o regular exercício de suas atividades no local*, manutenção de funcionária sem vínculo trabalhista, irregularidade quanto à forma de pagamento dos serviços e prestação irregular de serviços, sendo certo que destas irregularidades a ré não pode se eximir simplesmente alegando caso fortuito/força maior.

Por fim, a r. sentença ainda assentou que (i) a mudança de endereço não é um direito da concessionária, ficando a critério da ECT, por força do disposto na cláusula décima sexta, item 16.1.5, e (ii) a extinção da permissão encontra amparo na cláusula 20.3, “h”, do contrato firmado entre as partes (“caso fortuito ou força maior, regularmente comprovado, impeditivo da execução do contrato”), inexistindo ilegalidade na conduta da ECT, cuja atuação se deu em conformidade com o Contrato de Permissão firmado entre as partes.

Resta claro que não houve omissão quanto ao alegado caso fortuito, pois os fatos acima assentados revelam infrações – p.ex, *emissão de telegramas após o encerramento do contrato de permissão* e sem o correspondente pagamento, *omissão da concessionária quanto a fatos relevantes que impediam o regular exercício de suas atividades no local* - que nada têm a ver com o vazamento de gás, usado aqui como subterfúgio para tentar eximir a agravante de suas responsabilidades contratuais, o que é manifestamente descabido.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes

em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Aliás, “No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Pelo exposto, *nego provimento ao agravo interno*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5003415-28.2017.4.03.6130

Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
Apelada: HURSAN COMERCIAL LTDA - ME
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 29/03/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO. MULTAS. ANTT. VEÍCULO ALIENADO. MULTAS POSTERIORES À ALIENAÇÃO. ANULAÇÃO. PRECEDENTES STJ.

1. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que comprovada a transferência da propriedade do veículo, ainda que não comunicada ao órgão de fiscalização de trânsito, deve-se afastar a responsabilidade do antigo proprietário pelas infrações cometidas após a alienação, mitigando a regra do artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro.

2. Na espécie, infere-se dos documentos carreados aos autos, que a apelada alienou o veículo ônibus M.BENZ/OH 1635L, ANO 1995/1996, cor branca, Renavam 653765967, placas MPJ1025, à Kethyllane Rodrigues Soaes Silva, em 04/08/2015, fato confirmado pela autorização para transferência de propriedade de veículo, com reconhecimento de firma por autenticidade, conforme certidão do 4º Tabelião de Notas de Osasco (Id. 143508662).

3. É certo que por se tratar de bem móvel, é de se presumir que após o ato de compra e venda houve a tradição do veículo a seu novo proprietário e, considerando as infrações são posteriores a data da venda do veículo, escorreita a r. sentença que anulou o auto de infração e a correspondente multa, visto que em consonância com a jurisprudência pátria.

4. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e a Des. Fed. MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário, ajuizada por *Hursan Comercial Ltda.* em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT, objetivando a anulação da multa aplicada pela ré em relação à autoria, com a anulação dos auto de infração de trânsito nº 2798406, bem como a correspondente multa, tornando definitiva a baixa do protesto.

Narra a autora que foi surpreendida com notificação do Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Osasco, quando então veio a ter conhecimento de lançamento em seu CNPJ de multa de trânsito emitida pela ré. Afirma que buscando informações, levantou-se a lavratura de multa ocorrida em 11/01/2016, relativa ao veículo M.BENZ/OH 1635L, ANO 1995/1996, placas MPJ1025.

Aduz que efetuou a transferência do referido veículo em 04/08/2015 em nome do comprador, com o devido reconhecimento de firma em cartório. Alega que ao tempo da infração o veículo não mais lhe pertencia não podendo, portanto, ser responsabilizado por tal, de modo que não assiste razão à ré manter a autuação em seu nome, nem mesmo inscrever lhe o junto ao Serasa/CADIN.

O pedido de tutela antecipada foi deferido (Id. 143508670).

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou procedente a ação com fulcro no art. 487, inciso I do Código de Processo Civil, para anular o Auto de Infração nº 2798406, bem como a correspondente multa, tornando definitiva a baixa do protesto nº 63200. Condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados no patamar mínimo aplicável a cada uma das faixas estipuladas pelo art. 85, §3º, incisos I a V, do mesmo Diploma Legal, observando-se o disposto nos §§ 4º e 5º do mesmo artigo (Id 143509135).

Apela a ANTT, requerendo a reforma da r. sentença, alegando que o simples preenchimento e autenticação da Autorização para Transferência de Veículo não é suficiente para comprovar a ocorrência da transferência, não eximindo o proprietário de infrações futuras, nos termos do art. 134, da Lei nº 9.503/1997 – CTB (Id 143509138).

Sem contrarrazões, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

Trata-se de recurso de apelação manejado contra a r. sentença que julgou procedente ação que anulou os atos administrativos praticados pela ANTT consistentes na lavratura dos Autos de Infração.

Pois bem. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que comprovada a transferência da propriedade do veículo, ainda que não comunicada ao órgão de fiscalização de trânsito, deve-se afastar a responsabilidade do antigo proprietário pelas infrações cometidas após a alienação, mitigando a regra do artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro.

Nesse sentido, colaciono precedentes da Corte Superior:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MULTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS PROPRIETÁRIOS DO VEÍCULO. ART. 134 DO CTB. RESPONSABILIDADE MITIGADA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRAR DO ANTIGO PROPRIETÁRIO ESTANDO COMPROVADO QUE AS INFRAÇÕES QUE ENSEJARAM A PENALIDADE NÃO FORAM POR ELE COMETIDAS. PRECEDENTES. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DE LEI. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte já decidiu que, comprovada a transferência da propriedade do veículo, afasta-se a responsabilidade do antigo proprietário pelas infrações cometidas após a alienação,

mitigando-se, assim, o comando do art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro (AgRg no REsp 1.204.867/SP, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJe 06.09.2011).

2. Afigura-se inaceitável a argumentação relacionada à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB) e do enunciado 10 da Súmula vinculante do STF, pois não há declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal suscitado, tampouco o seu afastamento, mas apenas inaplicabilidade na hipótese dos autos, segundo a exegese que lhe foi emprestada.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 438.156, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 06/06/2014)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. MULTAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ALIENANTE. INTERPRETAÇÃO MITIGADA DO ART. 134 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PRECEDENTES DO STJ. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO DISPOSITIVO. INEXISTÊNCIA.

1. Conforme jurisprudência desta Corte, “Comprovada a transferência da propriedade do veículo, afasta-se a responsabilidade do antigo proprietário pelas infrações cometidas após a alienação, mitigando-se, assim, o comando do art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro” (AgRg no REsp 1.024.8687/SP, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, Segunda Turma, DJe de 6/9/11).

2. A decisão impugnada, ao contrário do que alega a agravante, não declarou a inconstitucionalidade do art. 134 do CTB, tendo tão somente indicado a adequada exegese do referido dispositivo legal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.378.941, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 24/09/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. MULTAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ALIENANTE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 134 DO CTB. RELATIVIZAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Há nos autos prova de que a ora agravada transferiu a propriedade do veículo antes da ocorrência dos fatos geradores das obrigações, ou seja, as infrações de trânsito ocorreram quando o veículo já estava em propriedade do novo comprador.

2. O art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que, no caso de transferência de propriedade de veículo, deve o antigo proprietário encaminhar ao órgão de trânsito, dentro do prazo legal, o comprovante de transferência de propriedade, sob pena de se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas.

3. Ocorre que tal regra sofre mitigação quando ficar comprovado nos autos que as infrações foram cometidas após aquisição do veículo por terceiro, mesmo que não ocorra a transferência, nos termos do art. 134 do CTB, afastando a responsabilidade do antigo proprietário. Precedentes. Súmula 83/STJ.

4. Mostra-se despropositada a argumentação de inobservância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB) e do enunciado 10 da Súmula vinculante do STF, pois, ao contrário do afirmado pelo agravante, na decisão recorrida, não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitados, tampouco o seu afastamento, mas apenas a sua exegese. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 299.103, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 30/08/2013)

No mesmo sentido, é o entendimento desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. APELAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. ANTT. VEÍCULO ALIENADO. MULTAS POSTERIORES À ALIENAÇÃO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que comprovada a transferência da propriedade do veículo, ainda que não comunicada ao órgão de fiscalização de

trânsito, deve-se afastar a responsabilidade do antigo proprietário pelas infrações cometidas após a alienação, atenuando, assim, a regra do artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro.

2. No caso, os documentos - ID 23649380 e ID 23649379 comprovam que o veículo em questão foi alienado em 21/07/2014 para VANESSA SANTOS DE SOUZA, mediante assinatura do respectivo documento de transferência com firma reconhecida no mesmo dia.

3. Considerando que as infrações são posteriores a essa data, correta a sentença de primeiro grau, sendo parte ilegítima a excipiente.

4. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5008129-35.2018.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/06/2019)

Na espécie, infere-se dos documentos carreados aos autos, que a apelada alienou o veículo ônibus M.BENZ/OH 1635L, ANO 1995/1996, cor branca, Renavam 653765967, placas MPJ1025, à Kethyllane Rodrigues Soaes Silva, em 04/08/2015, fato confirmado pela autorização para transferência de propriedade de veículo, com reconhecimento de firma por autenticidade, conforme certidão do 4º Tabelião de Notas de Osasco (Id. 143508662).

Ora, é certo que por se tratar de bem móvel, é de se presumir que após o ato de compra e venda houve a tradição do veículo a seu novo proprietário e, considerando as infrações são posteriores a data da venda do veículo, escoreita a r. sentença que anulou os autos de infração e as correspondentes multas, visto que em consonância com a jurisprudência pátria.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5002151-50.2019.4.03.6115

Apelante: DENNIS BRANDAO

Apelada: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/03/2022

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO. REPOSICIONAMENTO AO FINAL DA LISTA DE APROVADOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO E AOS DEMAIS CANDIDATOS.

1. Aprovado em terceiro lugar no concurso público para provimento de cargo de professor adjunto A-DE da USFCAR, área de engenharia mecatrônica, o impetrante pleiteou o direito de reposicionamento para o final da lista de aprovação.
2. Embora não exista previsão legal ou editalícia, tampouco é tal prática vedada pelo ordenamento. Visto que a realocação ou reposicionamento do candidato para lugar posterior àquele em que foi aprovado no concurso público não viola os princípios que orientam o acesso a cargos, funções e empregos públicos, e, portanto, não acarreta prejuízo à Administração nem a outros candidatos, pois o impetrante renuncia à posse imediata, sem que lhe seja assegurado além do que mera expectativa de ser posteriormente nomeado, caso existente vaga e se ainda válido o concurso em que aprovado, evidencia-se que o direito pode ser reconhecido, porquanto a supremacia do interesse público não significa que o interesse privado, quando compatível ou não colidente com o da própria Administração, deva ser desconsiderado.
3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para assegurar o reposicionamento do impetrante para o final da lista de aprovados no Concurso Público de Provas e Títulos para Professor Adjunto A-DE, da Universidade Federal de São Carlos, área de Engenharia Mecatrônica, do Departamento de Engenharia Mecânica/CCET, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que denegou mandado de segurança impetrado objetivando determinar às autoridades coatoras que realoquem o impetrante para o final da lista de classificados do Concurso Público de Provas e Títulos para Professor Adjunto A-DE da UFSCar, área de engenharia mecatrônica, conforme edital 10/2019 e processo 23112.000479/2019-31, ou, na impossibilidade, seja suspensa sua nomeação até decisão definitiva.

Alegou-se, em suma, que: (1) é possível o atendimento do pedido de ser remanejado ao final da fila de classificação do concurso público, ainda que não houvesse previsão no edital ou lei expressa para tanto, conforme jurisprudência indicada; e (2) tal medida não acarreta nenhum prejuízo para a Administração Pública, nem conflita com qualquer outro direito.

Houve contrarrazões.

O parecer ministerial foi pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, o impetrante foi aprovado em terceiro lugar no concurso público para provimento de cargo de professor adjunto A-DE da USFCAR, área de engenharia mecatrônica, porém, em razão de questões de ordem familiar, requereu reposicionamento para o final da lista de aprovação.

A sentença denegou a ordem, por entender que não existe previsão legal nem no edital para permitir a prática de reposicionamento do candidato ao final da lista de aprovados, não bastando mero interesse pessoal ou familiar, nem a falta de prejuízo à Administração.

Não obstante a falta de previsão legal ou editalícia para a prática, é certo que a realocação ou reposicionamento do candidato para lugar posterior àquele em que foi aprovado no concurso público não viola os princípios que orientam o acesso a cargos, funções e empregos públicos. O impetrante não pretende ser nomeado antes de outro melhor posicionado no concurso público, mas, ao contrário, quer postergar a sua nomeação na lista de aprovados, o que, enquanto vigente e válido o certame, não configura burla ao princípio do concurso público.

Por ser compatível o interesse público com o do particular, sem qualquer prejuízo ou lesão a princípio que rege a Administração Pública, é que a jurisprudência tem acolhido tal pretensão, conforme já decidiu esta Turma:

Ap 0000549-37.2017.4.03.6000, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 Judicial 1 25/04/2018:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EBSEH. EMPRESA PÚBLICA. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. LEI 9.289/96. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CLASSIFICAÇÃO. REPOSICIONAMENTO. FIM DE FILA. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. Caso em que a impetrante, após ter logrado bom êxito em ser classificada em 3º lugar no Concurso Público nº 9/2015 promovido pela EBSEH, para a vaga no cargo de Médico Anestesiologista, teve indeferido o pleito realizado administrativamente de seu deslocamento para o final da lista dos aprovados do concurso, sob a alegação de falta de amparo legal no Edital Normativo do certame.

2. Inicialmente, afasto o pedido de reconhecimento das prerrogativas inerentes ao tratamento concedido à Fazenda Pública à EBSEH. Isso porque a Lei 9.289/96 confere isenção de pagamento de custas processuais apenas aos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e às suas respectivas autarquias e fundações (art. 4º, I), não se aplicando às empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que prestadoras de serviços públicos.

3. Na hipótese, a autora logrou aprovação em concurso público, para o emprego de Médico Anestesiologista, e, quando foi convocada para assumi-lo, requereu à Administração Pública o seu reposicionamento ao final da lista dos candidatos aprovados.
4. A parte ré indeferiu o requerimento, ao fundamento de que o edital fixou a improrrogabilidade da data da contratação e não previu a hipótese de “fim de lista”.
5. No caso, considerando ser o edital omissivo sobre a possibilidade de deslocamento de candidato aprovado para o final da lista de classificados, não se vislumbra que o reposicionamento da candidata (devidamente aprovada e classificada em 3º lugar), para o final da lista, seja capaz de ensejar prejuízo à Administração Pública, tampouco aos demais candidatos que lograram aprovação no certame.
6. Ao contrário, o candidato que, convocado apresenta pedido de adiamento da posse - abrindo mão da ordem de classificação e sendo reposicionado no final da lista de aprovados, renuncia o direito adquirido de ser empossado no cargo, suportando o risco de inexistir vagas futuras para sua colocação. Já os candidatos com classificação inferior, com o reposicionamento do outro para o final da lista, acabam por assumir melhor posição, aumentando suas chances de serem empossados.
7. Dessarte, conclui-se que não viola o princípio da legalidade, nem agride o edital, a opção do reposicionamento da candidata no final da lista de aprovados do concurso público, situação que não causa qualquer prejuízo à Administração, que poderá contratar os candidatos aprovados em classificação inferior à da autora.
8. Apelação desprovida.”

Com efeito, o reposicionamento gera renúncia à nomeação imediata e cria para o impetrante mera expectativa de direito à nomeação posterior, condicionada à existência de vaga a ser provida e da própria validade do concurso.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para assegurar o reposicionamento do impetrante para o final da lista de aprovados no Concurso Público de Provas e Títulos para Professor Adjunto A-DE, da Universidade Federal de São Carlos, área de Engenharia Mecatrônica, do Departamento de Engenharia Mecânica/CCET.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5015811-25.2020.4.03.6100

Apelante: THABATA ALESSANDRA RAMOS CARUZO
 Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 09/03/2022

EMENTA

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PANDEMIA DA COVID-19. LIBERAÇÃO INTEGRAL DE VALORES DA CONTA VINCULADA AO FGTS. IMPOSSIBILIDADE. I - Hipótese objeto da MP nº 946/2020 autorizando não a liberação indiscriminada de valores mas o montante de até R\$ 1.045,00 de contas vinculadas ao FGTS. II – Impossibilidade de levantamento integral do saldo. Precedentes. III- Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação de obrigação de fazer objetivando “*que seja a Autora autorizada a realizar o saque dos valores constantes nas contas vinculadas, quais sejam: (i) R\$51.571,44 na conta nº 9970519268137/854 – SP, decorrente do vínculo com a empresa AFFYMETRIX BIOTECH LTDA; (ii) R\$411,20 na conta nº 9920612512712/280 – RJ, decorrente do vínculo com a empresa GENOMICA BRASIL CONSULTORIA E INTERMEDIA; (iii) R\$12.385,33, na conta nº 9970503047438/1140 – SP, decorrente do vínculo com a empresa QUEST DIAGNOSTICS DO BRASIL SC LTDA, expedindo-se, para tanto, os alvarás respectivos; ou, caso assim não entenda V. Exa, requer seja autorizado o saque até o limite de R\$6.220,00 em cada conta vinculada, conforme estabelecido no o Decreto nº 5.113/2004, que regulamenta o art. 20, inciso XVI, da Lei no 8.036/90 ou ainda, subsidiariamente, caso ainda assim não seja este o entendimento de V. Exa., requer seja autorizado o saque mensal da quantia estabelecida na MP 946/20, qual seja, de R\$1.045,00*” (ID 153892183).

A sentença proferida julgou improcedente o pedido, condenando aparte autora ao pagamento de verba honorária no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (ID 153892221).

Recorre a parte autora, pugnando pela reforma da sentença (ID 153892224).

Com contrarrazões (ID 153892228), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Debate-se nos autos sobre a possibilidade de levantamento de valores da conta vinculada ao FGTS tendo em vista a situação de calamidade pública decorrente do estado pandêmico.

O artigo 20 da Lei nº 8.036/1990 traz as hipóteses que autorizam a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS, *in verbis*:

“Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.197-43, de 2001)

I-A - extinção do contrato de trabalho prevista no art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:

a) o mutuário conte com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes;

b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de 12 (doze) meses;

c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80 (oitenta) por cento do montante da prestação;

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 11.977, de 2009)

a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;

b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos fora do regime do FGTS; (Redação dada pela Lei nº 13.932, de 2019)

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna. (Incluído pela Lei nº 8.922, de 1994)

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção. (Incluído pela Lei nº 9.491, de 1997) (Vide Decreto nº 2.430, 1997)

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

Regulamento Regulamento

a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal; (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública; e (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento. (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea i do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção. (Redação dada pela Lei nº 12.087, de 2009)

XVIII - quando o trabalhador com deficiência, por prescrição, necessite adquirir órtese ou prótese para promoção de acessibilidade e de inclusão social. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

XIX - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de imóveis da União inscritos em regime de ocupação ou aforamento, a que se referem o art. 4º da Lei nº 13.240, de 30 de dezembro de 2015, e o art. 16-A da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, respectivamente, observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

a) o mutuário deverá contar com o mínimo de três anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes; (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) ou ainda por intermédio de parcelamento efetuado pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU), mediante a contratação da Caixa Econômica Federal como agente financeiro dos contratos de parcelamento; (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

c) sejam observadas as demais regras e condições estabelecidas para uso do FGTS. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

XX - anualmente, no mês de aniversário do trabalhador, por meio da aplicação dos valores constantes do Anexo desta Lei, observado o disposto no art. 20-D desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

XXI - a qualquer tempo, quando seu saldo for inferior a R\$ 80,00 (oitenta reais) e não houver ocorrido depósitos ou saques por, no mínimo, 1 (um) ano, exceto na hipótese prevista no inciso I do § 5º do art. 13 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019) (Vigência)

XXII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for, nos termos do regulamento, pessoa com doença rara, consideradas doenças raras aquelas assim reconhecidas pelo Ministério da Saúde, que apresentará, em seu sítio na internet, a relação atualizada dessas doenças. (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019) (Vigência)”

Diante da decretação do estado de calamidade pública em decorrência da pandemia da Covid-19 reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, foi editada a Medida Provisória n. 946/20 autorizando o saque de até R\$ 1.045,00 de contas vinculadas ao FGTS por trabalhador:

“Art. 6º Fica disponível, para fins do disposto no inciso XVI do *caput* do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, aos titulares de conta vinculada do FGTS, a partir de 15 de junho de 2020 e até 31 de dezembro de 2020, em razão do enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, o saque de recursos até o limite de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais) por trabalhador.

§ 1º Na hipótese de o titular possuir mais de uma conta vinculada, o saque de que trata o *caput* será feito na seguinte ordem:

I - contas vinculadas relativas a contratos de trabalho extintos, com início pela conta que tiver o menor saldo; e

II - demais contas vinculadas, com início pela conta que tiver o menor saldo.

§ 2º Não estarão disponíveis para o saque de que trata o *caput* os valores bloqueados de acordo com o disposto no inciso I do § 4º do art. 20-D da Lei nº 8.036, de 1990.

§ 3º Os saques de que trata o *caput* serão efetuados conforme cronograma de atendimento, critérios e forma estabelecidos pela Caixa Econômica Federal, permitido o crédito automático para conta de depósitos de poupança de titularidade do trabalhador previamente aberta na nessa instituição financeira, desde que o trabalhador não se manifeste negativamente, ou o crédito em conta bancária de qualquer instituição financeira, indicada pelo trabalhador, desde que seja de sua titularidade.

§ 3º-A A atribuição prevista no § 3º estende-se às contas de poupança social digital que receberem recursos oriundos das contas vinculadas do FGTS. (Incluído pela Medida Provisória nº 982, de 2020)

§ 4º O trabalhador poderá, na hipótese do crédito automático de que trata o § 3º, até 30 de agosto de 2020, solicitar o desfazimento do crédito, conforme procedimento a ser definido pelo agente operador do FGTS.

§ 5º A transferência para outra instituição financeira prevista no § 3º não poderá acarretar cobrança de tarifa pela instituição financeira”.

Observa-se que a situação dos autos, que visa ao levantamento integral dos valores, carece de previsão normativa, e a existente na hipótese o que dispõe é a liberação até o valor de R\$ 1.045,00.

Destaco, a propósito, julgados desta Corte deliberando sobre o tema:

APELAÇÃO. FGTS. LIBERAÇÃO DE SALDO DE CONTA VINCULADA. COVID-19. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- Desde sua criação pela Lei nº 5.107/1966, depois pela Lei nº 7.839/1989 e, agora, pela Lei nº 8.036/1990, o montante depositado em conta vinculada do FGTS tem múltiplas finalidades sociais, especialmente dar amparo financeiro ao trabalhador (em situações tais como desemprego involuntário) e criar volume de recursos para financiar políticas públicas em diversas áreas (p. ex., financiamentos habitacionais, saneamento e infraestrutura socioeconômica).

- Em razão dessas finalidades sociais que harmonizam pretensões individuais (privadas) com objetivos públicos (no interesse coletivo e difuso), o ordenamento jurídico tem delimitado as hipóteses de movimentação do FGTS mediante listas positivadas em atos normativos. É nesse ambiente que emergem atos normativos como as válidas previsões do art. 20 da Lei nº

8.036/1990 (com alterações), com seus correspondentes regulamentos (Decreto nº 99.684/1990) e demais aplicáveis (incluindo resoluções do Conselho Curador do FGTS), notadamente o contido no art. 6º da MP nº 946/2020.

- Porque as hipóteses de saque foram abstratamente positivadas, pelo titular da competência normativa, dentro de limites da discricionariedade concedidos pela ordem jurídica, o Poder Judiciário deve respeitá-las, contudo, harmonizando aspectos particulares que os autos revelem (desde que também protegidos pelo sistema jurídico). Por isso, o Poder Judiciário pode avaliar, no caso concreto, se há justificativas jurídicas igualmente protegidas pelo Estado de Direito que permitam ao trabalhador sacar o FGTS.

- É certamente emergente e preocupante a situação enfrentada no Brasil diante do avanço da pandemia causada pelo novo coronavírus (que gera a COVID-19), com inegáveis prejuízos nas esferas de particulares (pessoas físicas, pessoas jurídicas, universalidades e entes despersonalizados) e de entes estatais, sobretudo com danos humanitários expressivos. Sociedade e Estado têm interesses e deveres jurídicos convergentes nesse contexto de emergência, uma vez que a solidariedade emerge como primado do sistema jurídico brasileiro (art. 3º, I, da Constituição da República), realçada nesse período extraordinário, com repercussões em diversas áreas do ordenamento positivado.

- Por outro lado, é de se destacar que a liberação indiscriminada dos saldos constantes nos depósitos do FGTS acabaria por comprometer a própria sustentabilidade do fundo, acarretando nefastas consequências para toda a coletividade. Não é insignificante o montante de saque liberado pelo art. 6º da MP nº 946/2020, pois também preserva o FGTS (com suas múltiplas destinações sociais), merecendo também registro o fato de a MP nº 927/2020 ter prorrogado o recolhimento dessa mesma contribuição no contexto emergencial da pandemia.

- No caso dos autos, não restou cabalmente demonstrada a imperiosa necessidade de imediato levantamento dos valores, de tal modo que a situação da parte autora não se mostra diferente daquela vivida por milhões de brasileiras e de brasileiros (muitos dependentes de políticas públicas financiadas com recursos do próprio FGTS). No mesmo sentido, de se salientar que, conforme documentação acostada aos autos, o apelante aderiu à modalidade saque-aniversário (id 168011982), modalidade essa que não permite o levantamento do saldo integral da conta fundiária no caso de demissão sem justa causa.

- Nesse período extraordinário, os imperativos do Estado de Direito devem ser ainda mais realçados, para que o ordenamento jurídico não seja fragmentado por pretensões que desorganizam os propósitos de igualdade vistos pelo conjunto de necessidades emergentes da sociedade e do Estado.

- Recurso desprovido. (TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005762-13.2020.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal JOSE CARLOS FRANCISCO, julgado em 21/10/2021, DJEN DATA: 27/10/2021);

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEVANTAMENTO DE VALORES EM CONTA DO FGTS. CALAMIDADE PÚBLICA DECORRENTE DA PANDEMIA DO COVID-19. LIMITE DE R\$ 1.045,00. MEDIDA PROVISÓRIA 946/20. RECURSO DESPROVIDO.

I. No caso em apreço, a questão versa sobre o levantamento integral do saldo existente em conta vinculada ao FGTS, em razão da crise ocasionada pelo COVID 19. A Lei 8.036/90 assim dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: “Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: (...) XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições: a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal; b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de

estado de calamidade pública; e c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento.” Por sua vez, o Decreto 5.113/2004 regulamenta o dispositivo acima transcrito: “Art. 2º Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se desastre natural: I - vendavais ou tempestades; II - vendavais muito intensos ou ciclones extratropicais; III - vendavais extremamente intensos, furacões, tufões ou ciclones tropicais; IV - tornados e trombas d’água; V - precipitações de granizos; VI - enchentes ou inundações graduais; VII - enxurradas ou inundações bruscas; VIII - alagamentos; e IX - inundações litorâneas provocadas pela brusca invasão do mar. Parágrafo único. Para fins do disposto no inciso XVI do *caput* do art. 2º da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, considera-se também como natural o desastre decorrente do rompimento ou colapso de barragens que ocasiona movimento de massa, com danos a unidades residenciais. (Redação dada pelo Decreto nº 8.572, de 2015)”

II. Com efeito, vislumbra-se que a situação de calamidade pública decorrente de pandemia não foi contemplada como hipótese que autorize o levantamento de valores. No entanto, é mister ressaltar que, diante do atual cenário e do reconhecimento do estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo 06/2020, foi editada a Medida Provisória n. 946/20 que autoriza o saque de até R\$ 1.045,00 de contas vinculadas ao FGTS por trabalhador.

III. Destaca-se que, a adoção de determinadas medidas de política pública devem ser analisadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, que poderão avaliar a sua viabilidade e razoabilidade. Neste contexto, verifica-se que a Administração Pública já regulamentou a liberação de valores do FGTS em razão do COVID 19, não cabendo ao Poder Judiciário definir novas hipóteses e limites de movimentação sem suporte no ordenamento jurídico. Desta feita, em que pese toda a situação narrada quanto à necessidade dos recursos em conta vinculada ao FGTS e do momento vivido pelo País, não se verifica presentes os requisitos para o levantamento integral dos valores do FGTS.

IV. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000378-12.2020.4.03.6122, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 25/09/2021, Intimação via sistema DATA: 28/09/2021).

Destarte, fica mantida a sentença de improcedência.

Diante do insucesso do recurso interposto é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, § 11 do CPC, pelo que, ressalvados os limites indicados no referido dispositivo legal, majoro em 2% (dois por cento) os honorários advocatícios fixados na sentença, acréscimo que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no §2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria repetitiva, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5022182-05.2020.4.03.6100

Apelante: ALOISIO LOPES PRIULI

Apelado: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 29/03/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. CASSAÇÃO DO DIREITO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NULIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA NÃO VERIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.
2. Observa-se que durante o processo administrativo o Apelante encontrava-se devidamente representado por advogado, não havendo que se falar em prejuízo à defesa.
3. O Conselho Federal de Medicina e o Conselho Regional de Medicina detêm a prerrogativa para fiscalizar o exercício profissional e impor as sanções cabíveis aos médicos que incidirem em condutas contrárias à ética profissional, nos termos da Lei nº 3.268/1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045/1958.
4. Extraí-se da leitura dos autos, que o Processo Ético-Profissional 11.632-128/2014 tramitou sob a égide do devido processo legal, com a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo sido precedido da Sindicância para a investigação do suposto ato de infração ao Código de Ética Médica.
5. Inexistente qualquer ilegalidade ou ilegitimidade a macular a decisão do CFM que impôs ao Apelante a pena de cassação do exercício profissional, deve ser mantida não comportando a sua nulidade neste âmbito de controle jurisdicional.
6. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram a Des. Fed. MÔNICA NOBRE e o Des. Fed. MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação declaratória de nulidade da pena disciplinar aplicada com pedido de tu-

tela antecipada proposta por ALOISIO LOPES PRIULI em face do CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, visando a obter provimento jurisdicional que declare a nulidade da decisão que impôs ao autor a penalidade de cassação do exercício profissional.

Em síntese, o Apelante sustenta ser médico e que *“a sindicância N.84.961/10 instaurada em 2010 deu origem ao processo disciplinar 11.632-128/2014 com objetivo de apurar possível infração ao código ética médica, supostamente infringido pelo DR. ALOISIO LOPES PRIULI”*.

Sustenta que constituiu advogado para representá-lo no processo disciplinar, porém seu patrono não apresentou a defesa prévia e ele, autor, *“estava sem condições físicas e mentais para fazer ele mesmo a sua própria defesa”*, tendo ficado *“gravemente doente”*.

Aduz que a decisão deve ser anulada, pois *“foi avaliado de forma errônea, situações equivocadas levaram ao entendimento que não condiz com a realidade dos fatos.”*

Citado, o réu apresentou contestação e documentos (ID. 203717998).

O pedido formulado em sede de tutela antecipada restou indeferido (ID. 203718010).

Após regular processamento do feito, a r. sentença julgou improcedente o pedido formulado, extinguindo a fase cognitiva do procedimento comum, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil e condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios, os quais foram fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil (ID. 170541360).

Inconformada, a parte autora interpôs apelação na qual requer o provimento do recurso para reformar decisão que manteve a cassação do exercício profissional do médico ALOISIO LOPES PRIULI - CRM 29.778, com base na legítima defesa, direito ao contraditório, ao devido processo legal que, segundo alega, não foram respeitados.

Subsidiariamente, pleiteia a aplicação de uma pena mais branda, por sustentar ter havido inobservância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e devido processo legal (ID. 203718020).

Apresentadas as contrarrazões (ID. 203718033), subiram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

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

O provimento vergastado decidiu a questão vertida nestes autos nos seguintes termos:

“(…”

No mais, verifico que foram preenchidas as condições da ação, nada se podendo objetar quanto à legitimidade das partes e à presença do interesse processual. Estão igualmente satisfeitos os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, em virtude do que passo ao exame do *mérito*.

À vista da matéria ventilada e em razão da natureza jurídica autárquica do Conselho Regional de Medicina (isto é, pessoa jurídica de direito público integrante da Administração indireta), a incidência das normas de direito público exige do Poder Judiciário a utilização das balizas trazidas pelos princípios administrativos explícitos e implícitos.

Em outras palavras, a atividade jurisdicional deve, pautada por direitos e garantias legal e constitucionalmente assegurados, verificar, somente, questões atinentes à *legalidade em sen-*

tido amplo, sem adentrar o mérito do ato administrativo, sob pena de violação da separação dos Poderes.

Pois bem.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, assegura aos litigantes, em processo *judicial* ou *administrativo*, e aos acusados em geral, *o contraditório e ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes.

O autor, ao fundamento de que houve *prejuízo à sua defesa*, aduz que a decisão que determinou a cassação de seu exercício profissional deve ser suspensão e, ao final, anulada.

Todavia, a documentação que instruiu o presente feito, bem assim as informações trazidas pelo Conselho réu ilustram um *cenário distinto* do aludido pelo autor. Vejamos.

Segundo consta dos autos, após o recebimento de informações sobre supostas irregularidades e a realização de duas visitas *in loco* ao consultório mantido pelo autor, em que também funcionava uma “casa transitória” para usuários de drogas, fora instaurada a *sindicância n. 84961/2010*.

Nessa fase, o médico é notificado e a ele se *confere o direito* de impugnar os fatos apresentados (não há obrigação de fazê-lo), a fim de que, se insubsistentes os elementos informativos, a denúncia seja arquivada. No caso em apreço, constata-se que o autor *constituiu advogado* para desde logo representá-lo (ID 43633188 – páginas 35 e seguintes).

Não obstante a apresentação de manifestação escrita, pelas circunstâncias trazidas e pela gravidade dos fatos (tal como se infere do relato fornecido, de que havia um “responsável pela ‘PANC’ADOTERAPJA’, ‘C’HOQUETERAPIA’ e ‘PORRADOTERAPJA’” (sic) nomes estes utilizados pelo próprio segurança referindo-se às agressões praticadas por ele nos pacientes, em tom sarcástico e debochador”- ID 43633191, página 52), o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, na Sessão Plenária realizada em 18/02/2014, aprovou a *abertura de Processo Etico-Profissional* em face do autor.

A partir da instauração do referido processo, *ao autor foi conferida nova oportunidade* de afastar as infrações ético-profissionais a ele atribuídas. E, ao que se verifica, foi devidamente intimado da abertura do procedimento, da possibilidade de apresentação de defesa prévia - o que deixou de ser ofertado. O autor, ademais, participou da audiência realizada em 17/11/2015. Nesse sentido, a despeito das alegações autorais, reputo que os documentos acostados aos autos demonstram que *restou observado o devido processo legal*, não sendo imputável ao Conselho réu qualquer ato que pudesse representar óbice à apresentação de defesa técnica (escolhida pelo próprio autor), até mesmo porque, como salientado, “a nomeação pelo Conselho de defensor público [só tem cabimento] àquele que não possui advogado constituído, a fim de que o mesmo não fique indefeso” e que “no caso em pauta o Autor estava representado por seu advogado, cabia a ele desconstituí-lo, o que o fez na fase processual, tendo nomeado novo patrono que, regularmente intimado, teve acesso aos autos, solicitou cópias, mas não apresentou defesa” (ID 43633172 – página 9).

Portanto a alegação de cerceamento de defesa não encontra amparo nos autos.

Prossigo.

A alegação de que a pena de cassação do exercício profissional reveste-se de *caráter perpétuo* também não merece guarida.

Deveras, a Constituição da República, em seu art. 5º, VLVII, “b”, estabelece que não haverá penas de *caráter perpétuo*.

Sob esse aspecto, importante registrar que o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ADI n. 2975, *julgou inconstitucional o art. 137, parágrafo único, da Lei n. 8.112/90*, ao entendimento de que a norma impugnada, por impedir o retorno ao serviço público, impõe sanção de caráter perpétuo.

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/1990. 3. Direito Administrativo Disciplinar. Sanção perpétua. Impossibilidade de retorno ao serviço público. 4. Inconstitucionalidade material. Afronta ao artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição da República. Norma impugnada que, ao impedir o retorno ao serviço público, impõe sanção

de caráter perpétuo. 5. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da norma questionada, sem pronúncia de nulidade. 6. Comunicação ao Congresso Nacional, para que eventualmente delibere sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público a ser aplicável nas hipóteses do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da Lei 8.112/1990.” (ADI 2975, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021)

Dessa decisão, infere-se que a proibição de pena perpétua também se aplica no âmbito do direito administrativo sancionador, seara objeto da presente lide. E, de fato, a norma objeto de análise pela Suprema Corte impõe, no âmbito administrativo, uma sanção de caráter perpétuo, pois, além da demissão ou destituição do cargo em comissão, o servidor se vê impedido de retornar ao serviço público federal, *ainda que em outro cargo*. Nesse ponto reside a inconstitucionalidade da norma.

Contudo, aplicada a pena de demissão, o servidor não poderá retornar *ao mesmo cargo anteriormente ocupado*, por tratar-se do efetivo cumprimento da sanção, *cujos efeitos, por óbvio, se protraem indefinidamente no tempo*.

Analisando a matéria sob essa ótica, tem-se que a penalidade de *cassação do exercício profissional da medicina* não padece de inconstitucionalidade, justamente por tratar-se dos efeitos (permanentes) da sanção aplicada, a qual não extrapola aquele vínculo estabelecido com o Conselho de Medicina. Em suma, *o autor não se encontra impedido de exercer inúmeras outras profissões, mas tão somente a medicina* (cujo código de ética infringiu), na medida em que, julgado por seus pares, foi *reconhecida a sua inaptidão* para tanto.

Não se trata, portanto, de uma pena perpétua, mas sim de uma pena que produz efeitos desconstitutivos que consolidam uma situação jurídica.

Além disso, há de considerar que, cuidando-se da sanção mais grave dentre as previstas no rol do art. 22 da Lei n. 3.268/57, *revela-se proporcional* a intenção do legislador em proibir a prática médica, cujo exercício vinha se revelando irregular e atentatório aos bens que a própria Constituição da República visa a garantir, como a integridade física, a dignidade da pessoa humana e a própria vida.

Por fim, quanto ao *mérito da decisão administrativa* propriamente dito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que *o controle judicial* no processo administrativo disciplinar - PAD *deve se restringir* ao exame da *regularidade do procedimento e da legalidade* do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo. “MS 24126/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019 MS 23464/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 13/12/2019 MS 17796/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2019, DJe 19/11/2019”.

Atento a essa orientação e considerando a observância dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, tenho que *inexiste ilegalidade* a ser corrigida pela via judicial. Com tais considerações, o não acolhimento da pretensão autoral é medida que se impõe.

Posto isso, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido formulado, extinguindo a fase cognitiva do procedimento comum, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

Condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil. A incidência de correção monetária e juros de mora deverá observar o disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução CJF n. 134/10 e posteriores alterações.

P.I.

(...).”

Inicialmente, cabe ressaltar o entendimento pacificado pelas Cortes Superiores no sentido de que em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

Conforme se extrai da transcrição supra, o provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

Com efeito, conforme consta no presente feito, após o recebimento de informações sobre supostas irregularidades e a realização de duas visitas *in loco* ao consultório mantido pelo Autor, em que também funcionava uma “casa transitória” para usuários de drogas, fora instalada a sindicância n. 84961/2010. Regularmente tramitado o processo Ético-Profissional nº 11.632-128/20141, resultou na pena de cassação do registro profissional.

Ocorre que diversamente do alegado nas razões recursais destes autos, observa-se que durante o processo administrativo o Apelante encontrava-se devidamente representado por advogado, não havendo que se falar em prejuízo à defesa.

Não obstante, verifica-se a existência de inúmeras oportunidades concedidas ao recorrente para apresentar manifestação por escrito, tendo ele apresentado duas manifestações escritas, acerca dos fatos (fls. 22 e 23 e 57 do processo ético-profissional), observa-se que ele constituiu advogado para representá-lo, conforme comprovam os documentos de procuração e requerimentos para vista dos autos, obtenção de cópias e dilação de prazo, que inclusive foram concedidos na fase administrativa (ID. 203718002 e seguintes).

Ademais, consta nos autos que mesmo após a nomeação pelo Apelante de novo patrono para defendê-lo, acompanhado por advogado, na audiência do processo ético-profissional realizada no dia 17/11/2015 (ID. 203718004 - fls. 118/119), o Apelante requereu o prazo de 30 dias para juntada de novos documentos, o que lhe foi deferido, e ouvido para apresentar a sua versão sobre os fatos, apenas se limitou a declarar o seguinte:

“(...) que não tem nada para acrescentar; que ficou muito tempo afastado devido a problemas de saúde, conforme constam nos autos, e que teve problemas de hipotensão arterial que prejudicam sua capacidade de concentração; que sai sempre com acompanhante, que inclusive ficou afastado do trabalho muito tempo, e que agora fechou o consultório, vendeu o apartamento em que morava e está de mudança (...)”.

Cabe ressaltar que em face do julgamento que resultou na pena de cassação do exercício profissional do Apelante junto ao Pleno do Conselho Regional de Medicina, houve inclusive a interposição recursal pela advogado de ALOISIO LOPES PRIULI, ao Pleno II do CREMESP, mas que restou sem sucesso, tendo em vista que a decisão prolatada pela Câmara Extra I foi mantida.

Ressalta-se que o Conselho Federal de Medicina e o Conselho Regional de Medicina detêm a prerrogativa para fiscalizar o exercício profissional e impor as sanções cabíveis aos médicos que incidirem em condutas contrárias à ética profissional, nos termos da Lei nº 3.268/1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045/1958.

Extrai-se da leitura dos autos, que o Processo Ético-Profissional 11.632-128/2014 tramitou sob a égide do devido processo legal, com a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo sido precedido da Sindicância para a investigação do suposto ato de infração ao Código de Ética Médica.

A decisão administrativa proferida pelo CRM e mantida, em sede recursal, pelo CFM (ID. 203718009 - fls. 321/323), que aplicou a penalidade de cassação do exercício profissional do Apelante, não está eivada de qualquer ilegalidade ou nulidade a ser sanada, uma vez que proferida após a análise do conjunto probatório. Ademais, encontra-se devidamente fundamentada, com a imposição de pena disciplinar prevista na legislação pertinente (artigos 8º, 10, 11 e 17), por infração ao Código de Ética Médica.

O CFM decidiu com base nas provas coligidas no processo administrativo, dando a valoração que considerou pertinente, em total obediência aos princípios inerentes à legalidade e legitimidade.

Assim, entendo pela inexistência de qualquer ilegalidade ou ilegitimidade a macular a decisão do CFM que impôs ao Apelante a pena de cassação do exercício profissional, a qual deve manter-se hígida, não comportando a sua nulidade neste âmbito de controle jurisdicional.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação interposta.

É o voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

Direito Civil



APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0021022-74.2013.4.03.6100

Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
Apelados: VALTER MODICA, NEIDE GOMES MODICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Disponibilização do Acórdão: DJEN 28/03/2022

EMENTA

APELAÇÃO. CIVIL. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. RENOVAÇÃO. REVISÃO. HOMOLOGAÇÃO DO VALOR OBTIDO EM PERÍCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA. HONORÁRIOS MAJORADOS.

I - O pleito renovatório de contrato de locação foi formulado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos com fundamento no art. 51 e art. 71, da Lei nº 8.245/91, enquanto o pedido revisional tem esteio no art. 68 da mesma legislação. Não houve resistência por parte do réu em relação ao pedido de renovação da avença, restringindo-se a controvérsia aos valores a serem praticados no novo contrato, nos termos do art. 72, II da Lei nº 8.245/91.

II - O contrato foi assinado em maio de 2009 pelo valor de R\$ 2.982,29 com o prazo de duração de 5 anos. Com a presente ação, ajuizada em 18/11/2013, a ECT pretende que o valor a ser praticado com a renovação do contrato seja de R\$ 2.700,00. A parte ré, em contestação apontou o valor de R\$ 7.500,00 como o montante adequado à valorização do imóvel. Foi proferida decisão fixando o aluguel provisório em R\$ 3.925,80.

III - Produzido o laudo técnico, o perito do juízo apontou o valor de R\$ 4.230,00 posicionado para junho/2014 como o valor adequado à renovação do contrato, fundamentando minuciosamente a metodologia dos cálculos realizados, além de prestar todos os esclarecimentos requeridos. Em razões de apelação, a ECT insiste na impugnação da perícia, reiterando as razões já esclarecidas pelo profissional de confiança do juízo e refutadas em sentença.

IV - Denota-se das alegações apresentadas pelas partes e das provas produzidas nos autos que a intenção da ECT é obter a redução do valor devido a título de aluguel para um montante inferior ao inicialmente contratado, mesmo depois do transcurso de quatro anos de sua vigência. Para tanto, a empresa pública alude a uma suposta desvalorização do imóvel em decorrência da crise que atingiu o país, que teria provocado a diminuição da demanda por imóveis para locação comercial. A alegação genérica não foi comprovada pela perícia e abstrai por completo a localização privilegiada e as características particulares do imóvel.

V - Na ausência de comprovação de quaisquer circunstâncias extraordinárias, é contraintuitiva a ideia de que o valor do aluguel poderia diminuir com o passar dos anos. Com efeito, o pleito revisional formulado nestas condições, caso procedente, poderia revelar inclusive a própria desídia da empresa pública, na hipótese de contratar aluguel de imóvel acima do valor de mercado que deveria ser diminuído após anos de sua vigência. É de se destacar que se a crise que assola o país atinge seu crescimento e inúmeros indicadores econômicos, não teve o condão de provocar efeito deflacionário nos preços praticados em seu mercado interno. Ao contrário, os índices comumente

utilizados para a correção dos valores devidos a título de aluguel revelaram forte viés de alta.

VI - Para além das especulações abstratas, os valores apresentados pelas partes revelaram ostensiva subvalorização ou supervalorização conforme seus respectivos interesses que não sobreviveram ao escrutínio da prova técnica produzida pelo profissional de confiança do juízo. O valor obtido em perícia, como era de se esperar, não revelou grande disparidade em relação aos valores já praticados pelas partes com a devida atualização.

VII - Neste contexto, exceto pela sucumbência recursal, não merece reforma a sentença, inclusive em relação aos honorários advocatícios fixados nos termos definidos pelo novo CPC, notadamente quando não havia controvérsia em relação ao pleito renovatório e o pleito revisional revelou-se sem fundamento. Sendo questionável a necessidade de ajuizamento da ação, não podem as partes furtarem-se a cumprir os efeitos do princípio da causalidade na proporção de suas respectivas sucumbências.

VIII - Apelação improvida. Honorários advocatícios majorados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e, considerando que os honorários foram fixados em 10% do proveito econômico obtido pela parte Autora com ação, devidos à proporção de metade em favor de cada parte (autora e réus), majorou a condenação da ECT ao pagamento de honorários advocatícios para 6% do referido proveito econômico, nos termos do art. 85, § 11 do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que extinguiu o processo, nos termos do art. 487, incisos I e III, “a”, do CPC para (i) homologar o reconhecimento jurídico do pedido, de procedência do pedido de renovação do contrato de locação não residencial nº 36/2009, celebrado entre as partes, por mais 5 anos, a contar do término do contrato anterior (02/06/2014); (ii) julgar parcialmente procedente o pedido de revisão do aluguel do imóvel, fixando o valor do aluguel no importe de R\$ 4.230,00, posicionado para junho/2014, nos termos do laudo perícia, nos termos estabelecidos no contrato de locação, retroativos à data da citação dos réus. Considerando que, no tocante ao pedido de renovação do contrato de locação não-residencial não houve resistência, e, no tocante ao pedido revisional de locação ambas as partes decaíram, houve sucumbência parcial e recíproca. Com fulcro no art. 85, § 3º, I, do CPC, os honorários advocatícios foram fixados em 10% (dez por cento), sobre o proveito econômico obtido pela parte autora com a presente ação, devidos à proporção de metade em favor de cada parte (autora e réus). Custas deverão ser partilhadas, em igual proporção.

A ação de conhecimento, sob o procedimento comum, foi ajuizada por EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, em face de VALTER MODICA E NEIDE GOMES MODICA, por meio da qual objetiva a parte autora provimento jurisdicional que declare o direito à renovação do contrato de locação comercial, nas mesmas condições, e por igual pra-

zo ao contrato em vigor, e seja determinada, ainda, a revisão do aluguel, para o valor de R\$ 2.700,00. Na remota hipótese da não renovação do contrato, requereu que fosse a ré condenada ao pagamento de indenização, para ressarcimento dos prejuízos com a mudança, e pela perda do lugar, em valores a serem apurados, por ocasião da liquidação de sentença, conforme previsto no art. 52, § 3º e art. 75, ambos da Lei nº 8.245/91. Relatou a parte autora, em síntese, que os réus são proprietários do imóvel situado na Avenida Nossa Senhora das Mercês, nº 1.464, Vila das Mercês, São Paulo/SP, com área construída de 144 m², e, na condição de locatária, firmou com os requeridos Contrato de Locação, registrado sob o nº 36/2009, além do Primeiro Termo de Aditamento, tendo como objeto o referido imóvel, em contrato com prazo de vigência de 5 anos (60 meses), a começar em 02/06/2009, e termo final em 02/06/2014, conforme cópia do aludido contrato e termo aditivo, salientando-se que no referido imóvel foi instalada a Agência de Correios - Vila das Mercês, estando atendido, assim, o requisito da tempestividade da demanda (art. 51, § 5º, da Lei de Locações). Aduziu que o art. 51, da Lei nº 8.245/91 estabelece os requisitos necessários para a renovação do contrato de locação, sendo que, conforme documentos, a parte autora celebrou com os requeridos contrato escrito de locação, pelo prazo de 5 anos, e continua a exercer o mesmo ramo de atividade, qual seja, a prestação de serviço postal. Assim, pontuou que restam comprovados todos os requisitos legais para a interposição da ação renovatória de locação, a teor do disposto no art. 71, da Lei nº 8.245/91. Quanto a prova do exato cumprimento do contrato em curso, junta a parte autora os comprovantes de pagamento de alugueres quitados, bem como, os comprovantes de pagamento de serviços de luz e água, destacando que, com relação à prova de quitação dos impostos e taxas que incidem sobre o imóvel, conforme cláusula 6.1.3 do contrato, tais encargos são de incumbência dos locadores. Esclareceu que o valor de aluguel ora proposto, está de acordo com o valor de mercado, segundo laudo de avaliação, realizado por empresa especializada, não acarretando qualquer perda aos requeridos, os quais, aduz, sequer apresentaram argumentos para a recusa da renovação. Discorreu, ainda, sobre o pedido de revisão dos aluguéis, aduzindo que, na cláusula quarta, item 4.1 do contrato, ficou estabelecido o aluguel de R\$ 2.982,29, com reajuste anual pelo INPC, sendo que o valor corrigido do aluguel, vigente até o momento, é de R\$ 3.925,80, sendo que o último pagamento do aluguel deverá ocorrer até o dia 20 de junho de 2014. Salientou a parte autora que é uma empresa pública federal, regida pelos princípios constitucionais e administrativos, devendo zelar pelo Erário. E, ainda, que suas contas são acompanhadas pelo Tribunal de Contas da União; ou seja, qualquer gasto deve ser justificado, comprovado documentalmente, motivado, e incluso em orçamento e, ainda neste caso, seguir as normas legais previstas na Lei 8.666/93. Salienta que na última pesquisa realizada, obteve o valor de R\$ 18,66 o metro quadrado.

Citados por Carta Precatória, os réus apresentaram contestação. Aduziram que concordam com a renovação da locação. Todavia, em relação ao valor pretendido, de R\$ 2.700,00, salientaram que referido valor está muito abaixo do valor de mercado, não refletindo a realidade vigente do mercado, inclusive, com inexplicável pedido de redução do valor atualmente pago. Esclareceram que o último reajuste do aluguel da requerente foi no mês de junho/2013, no valor de R\$ 3.925,80, sendo que, ao contrário do alegado pela parte autora, o aluguel ainda está defasado. Informaram que, conforme avaliação de imobiliárias da região, o valor do aluguel de mercado varia entre R\$ 7.300,00 e R\$ 7.920,00. Salientaram que a agência de Correios Vila das Mercês, instalada no imóvel, está localizada em região com todos os serviços públicos, inclusive, várias linhas de ônibus, agências bancárias, prédios de condomínios, escolas, igreja, posto de saúde, e até, policial. Apontaram como parâmetro de valores locatícios de imóveis semelhantes, alugueres no importe de R\$ 8.120,00. Informam juntar quatro

avaliações de imobiliárias da região. Para fins de conciliação, informaram optar pela média de R\$ 7.500,00, a vigorar a partir do primeiro mês do contrato a ser renovado, sem prejuízo do valor a ser fixado em prova pericial, se maior, caso necessária. Pugnaram pela fixação do aluguel provisório, no importe de 80% do valor pretendido, ou seja, R\$ 6.000,00, a teor do disposto no § 4º, do art. 72, da Lei do Inquilinato. Caso não aceita a proposta de R\$ 7.500,00, requereram a produção de prova pericial. Impugnaram o laudo de avaliação da parte autora, por ser unilateral, baseado em pesquisa de mercado totalmente divorciada da realidade dos fatos, pois os imóveis nele citados estão localizados em outra região (bairro de São João Clímaco - Sacomã/Ipiranga), não podendo ser comparados com o imóvel dos réus, na Vila das Mercês. Pugnaram pela renovação do contrato, contudo, pelo valor locativo de R\$ 7.500,00, a fixação do aluguel provisório, na forma pleiteada, e, alternativamente, caso não renovado o contrato, que seja fixado prazo para desocupação do imóvel, com a condenação da parte autora no ônus sucumbencial. Pugnaram, por fim, pela concessão da prioridade na tramitação do feito, dada a condição de idosos.

Em réplica, aduziu a ECT que os réus juntaram documentos que não são hábeis a fundamentar o valor locatício que pretendem, por serem genéricos, não indicarem os critérios adotados para a aferição do valor apontado. O mesmo ocorrendo em relação aos contratos de aluguel que juntaram aos autos, que não servem para embasar o valor pretendido. Aduziu que o contrato sequer está assinado, não tendo valor documental, além de a metragem do imóvel ser diversa da metragem do imóvel objeto dos autos. E os demais contratos sequer informam a metragem dos imóveis alugados. Por sua vez, aduziu ter juntado laudo elaborado por empresa de Consultoria e Engenharia, com a especificação de todos os critérios adotados para avaliação do valor do imóvel, segundo o mercado. Pugnou pela fixação do valor justo do aluguel, nos termos da revisão pleiteada na inicial, aduzindo que, quanto a renovação do contrato não há qualquer divergência, uma vez que a parte autora demonstrou preencher os requisitos para o seu deferimento. Pugnou, assim, pela procedência da presente “ação renovatória, com pedido de revisão de aluguel”, a fim de que o valor do aluguel seja fixado em R\$ 2.700,00.

Foi proferida decisão, que, ante a disparidade dos valores pleiteados pelas partes, fixou o valor do aluguel provisório no importe de R\$ 3.925,80, o mesmo montante estipulado no contrato, por ocasião da propositura da ação, valor que deverá prevalecer, até julgamento final da ação. Outrossim, foi determinada a realização de prova pericial, a fim de dirimir questões de fato.

Laudo pericial juntado. A parte autora (ECT) manifestou-se, discordando do laudo pericial, aduzindo que a simples retroação do valor obtido pelo perito, aplicando-se índice de correção monetária, não é suficiente para aferir o valor de mercado dos aluguéis praticados na região em que se encontra o imóvel, e que houve falha em sua elaboração, aduzindo que o perito judicial usou como base de comparação imóveis que não têm as mesmas características do imóvel locado, requerendo o afastamento do trabalho pericial, e que prevaleça o laudo que juntou com a inicial, ou, ainda, a realização de nova prova pericial. A parte ré manifestou-se. Informou discordar do laudo, igualmente, uma vez que o trabalho realizado não espelha o real valor de mercado do imóvel avaliando. Pontuou que o novo valor de mercado, na renovação do contrato, deve ser para o mês de junho/2014, data em que, inclusive, passou a vigorar o valor do aluguel provisório (R\$ 3.925,80), que, corrigido, perfaz o valor de R\$ 4.164,498, ao passo que o perito judicial apurou os valores locatícios para março/2015 e dezembro/2013 (data da citação dos réus), devendo ser apurado o valor para o mês de junho/14. Informou os imóveis que estão ao lado do imóvel sub judice, que é de padrão médio, localizando em ponto excelente, ao lado de três agências bancárias. Aduziu que o perito judicial não citou nenhum

imóvel localizado na Praça André Nunes, ou nas proximidades da Avenida Nossa Senhora das Mercês, onde está situada a parte autora, que possui inúmeros comércios. Aduziu que os imóveis citados pelo perito estão longe do centro comercial da Vila das Mercês, que fica na Praça André Nunes e Avenida Padre Arlindo Vieira. Que todos os imóveis usados como paradigma estão localizados há mais de 800/1000 metros do local vistoriado, e, portanto, fora do centro comercial da Vila das Mercês. Que, ademais, há duas imobiliárias próximas à loja dos Correios, “Gonçalo Imóveis”, e “Kavaleski Imóveis”, que não foram consultadas pelo perito. Assim, impugnou o laudo requerendo novas vistorias e diligências, em locais mais próximos, principalmente, no “Centro Comercial da Vila das Mercês”, na confluência entre a Praça André Nunes e Avenida Padre Arlindo Vieira, a fim de apurar-se o valor de mercado para o mês de renovação do contato, em junho/2014.

O perito judicial manifestou-se. A parte ré informou continuar a não concordar com as conclusão e esclarecimentos do perito judicial, por entender que o trabalho pericial não espelha o real valor de mercado do imóvel avaliando, conforme manifestação anterior. Aduziu que o perito judicial desprezou as avaliações das imobiliárias próximas da loja dos Correios, ou seja, da “Gonçalo Imóveis”, no valor de R\$ 7.300,00, da “Kavaleski Imóveis”, no valor de R\$ 7.488,00, da Imobiliária Eloy, no valor de R\$ 7.500,00, e RR Imóveis, no valor de R\$ 7.920,00, além de não levar em conta os contratos de locação juntados aos autos, de imóveis nas mediações. A parte autora aduziu que o laudo pericial não atendeu os requisitos necessários para atender as diretrizes previstas na NBR 14654-2: avaliação de imóveis urbanos, com a análise da realidade de mercado, para que, dessa maneira, chegue ao valor do aluguel de imóvel justo para ambas as partes. Assim, ratificou todos os termos e petições já constantes dos autos. .

Foi proferida a sentença ora apelada.

Em razões de apelação, a ECT sustenta que faz jus às prerrogativas da Fazenda Pública, tais como a concessão de prazos em dobro, isenção de custas processuais e intimação pessoal. Assenta que a perícia judicial não observou as diretrizes previstas na NBR 14653-2. Refere que o setor imobiliário enfrentou uma crise nos últimos anos que ainda persiste, razão pela qual o percentual de vacância e o fator oferta ou desconto nas negociações envolvendo imóveis comerciais aumentou sobremaneira chegando a superar 15% em muitos casos. Aponta a impossibilidade de se comparar o valor locatício de imóvel com área de 144 m², utilizando-se como paradigma imóveis que possuam áreas totalmente díspares, variando desde 59,16 m² até 585,83 m². Subsidiariamente, requer a diminuição da condenação em honorários, por reputar que os valores fixados são excessivos.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O pleito renovatório de contrato de locação foi formulado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos com fundamento no art. 51 e art. 71, da Lei nº 8.245/91, enquanto o pedido revisional tem esteio no art. 68 da mesma legislação. Não houve resistência por parte do réu em relação ao pedido de renovação da avença, restringindo-se a controvérsia aos valores a serem praticados no novo contrato, nos termos do art. 72, II da Lei nº 8.245/91.

O contrato foi assinado em maio de 2009 pelo valor de R\$ 2.982,29 com o prazo de duração de 5 anos (ID 216496062, 19 de 244 e seguintes).

Com a presente ação, ajuizada em 18/11/2013, a ECT pretende que o valor a ser praticado com a renovação do contrato seja de R\$ 2.700,00. A parte ré, em contestação apontou o valor de R\$ 7.500,00 como o montante adequado à valorização do imóvel.

Foi proferida decisão fixando o aluguel provisório em R\$ 3.925,80.

Produzido o laudo técnico, o perito do juízo apontou o valor de R\$ 4.230,00 posicionado para junho/2014 como o valor adequado à renovação do contrato, fundamentando minuciosamente a metodologia dos cálculos realizados, além de prestar todos os esclarecimentos requeridos (ID 216496062, 165 de 244 e seguintes, 213 de 344 e seguintes).

Em razões de apelação, a ECT insiste na impugnação da perícia, reiterando as razões já esclarecidas pelo profissional de confiança do juízo e refutadas em sentença.

Denota-se das alegações apresentadas pelas partes e das provas produzidas nos autos que a intenção da ECT é obter a redução do valor devido a título de aluguel para um montante inferior ao inicialmente contratado, mesmo depois do transcurso de quatro anos de sua vigência.

Para tanto, a empresa pública alude a uma suposta desvalorização do imóvel em decorrência da crise que atingiu o país, que teria provocado a diminuição da demanda por imóveis para locação comercial. A alegação genérica não foi comprovada pela perícia e abstrai por completo a localização privilegiada e as características particulares do imóvel.

Na ausência de comprovação de quaisquer circunstâncias extraordinárias, é contraindicativa a ideia de que o valor do aluguel poderia diminuir com o passar dos anos. Com efeito, o pleito revisional formulado nestas condições, caso procedente, poderia revelar inclusive a própria desídia da empresa pública, na hipótese de contratar aluguel de imóvel acima do valor de mercado que deveria ser diminuído após anos de sua vigência.

É de se destacar que se a crise que assola o país atinge seu crescimento e inúmeros indicadores econômicos, não teve o condão de provocar efeito deflacionário nos preços praticados em seu mercado interno. Ao contrário, os índices comumente utilizados para a correção dos valores devidos a título de aluguel revelaram forte viés de alta.

Como já apontado anteriormente, para além das especulações abstratas, os valores apresentados pelas partes revelaram ostensiva subvalorização ou supervalorização conforme seus respectivos interesses que não sobreviveram ao escrutínio da prova técnica produzida pelo profissional de confiança do juízo. O valor obtido em perícia, como era de se esperar, não revelou grande disparidade em relação aos valores já praticados pelas partes com a devida atualização.

Neste contexto, exceto pela sucumbência recursal, não merece reforma a sentença, inclusive em relação aos honorários advocatícios fixados nos termos definidos pelo novo CPC, notadamente quando não havia controvérsia em relação ao pleito renovatório e o pleito revisional revelou-se sem fundamento. Sendo questionável a necessidade de ajuizamento da ação, não podem as partes furtarem-se a cumprir os efeitos do princípio da causalidade na proporção de suas respectivas sucumbências.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, na forma da fundamentação acima.

Considerando que os honorários foram fixados em 10% do proveito econômico obtido pela parte Autora com ação, devidos à proporção de metade em favor de cada parte (autora e réus), é de rigor majorar a condenação da ECT ao pagamento de honorários advocatícios para 6% do referido proveito econômico, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0000193-04.2015.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: LEONOR SOLANO GONZALEZ

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/03/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ESTRANGEIRO. PEDIDO DE TRANSFORMAÇÃO DO REFÚGIO EM CARÁTER PERMANENTE. DECISÃO ADMINISTRATIVA. ANULAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. PREJUÍZO AO INTERESSADO. LEI Nº 9.784/99. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. DEVER DE OBSERVÂNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A presente ação anulatória foi ajuizada com o escopo de tornar sem efeito o ato administrativo guerreado - que intimou a requerente por meio do Diário Oficial da União para que efetuassem o seu registro de permanência perante o Departamento da Polícia Federal em São Paulo, dentro do prazo de 90 (noventa) dias -, e obstar a deportação da autora, assegurando-lhe a expedição de documento de regularização migratória que ateste o *status* de refugiada da requerente, ora apelada.

2. Insta mencionar, no caso em comento, que a despeito do ato de concessão de entrada, prorrogação ou obtenção de permanência de estrangeiro no Brasil ser de competência exclusiva do Poder Executivo, enquanto ato administrativo que é, não escapa ao crivo do Judiciário quanto ao controle de legalidade, competência, finalidade, forma.

3. Compulsando os autos, verifica-se que a autora, nacional da Colômbia (nascida em 20 de janeiro de 1959), ingressou no país em 21/11/2001, está inscrita no CPF sob nº 229.178.168-56, RNE V350749-D, é portadora da CTPS nº 011532/Série 00256-SP, e exerce atividade como professora de espanhol desde 21 de janeiro de 2008 (data de admissão), residindo na Rua Amaral Guerra, 154, Vila São Francisco, São Paulo, capital (Id 93327840). Observa-se, à vista do formulário socioeconômico anexado aos autos, que a autora se encontra assistida pela Defensoria Pública da União (DPU).

4. Na oportunidade, relatou que é socióloga e antes de vir ao Brasil, em seu país de origem, morava no departamento de CAUCA, com seu marido, bombeiro, à época, que foi candidato a prefeito da cidade em 2001; mas os paramilitares queriam que os bombeiros apoiassem o grupo, mas eles eram neutros e não apoiavam nem as FARC's, nem os paramilitares. Ocorreu que, em setembro de 2001, as FARC's dominaram o departamento de CAUCA e mataram muitos policiais. Em 23 de janeiro de 2002, a requerente formalizou seu pedido de refúgio político (em razão de problemas com a guerrilha em Bogotá, Colômbia) ao Departamento da PF (Superintendência Regional em São Paulo), havendo sido reconhecido, em 21 de agosto de 2002, o *status* de refugiada da autora, cuja condição "continua a ostentar", conforme Certidão da autoridade competente do Ministério da Justiça – CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados, acostada aos autos (Id 93327840). Outrossim, verifica-se que, no dia

16/11/2012, a requerente pleiteou, junto ao Departamento de Polícia Federal em São Paulo, a transformação do pedido de refúgio concedido em permanente (Id 93327840).

5. Ocorre que ao comparecer ao referido departamento, em agosto de 2013, a requerente foi informada, pela autoridade competente, de que o prazo havia se esgotado, e teria de realizar novo pedido. Em maio de 2014, a assistida retornou à Polícia Federal no intuito de regularizar a sua situação migratória, principalmente mantendo sua história de refugiada política, mas a Polícia Federal realizou a permanência da assistida com base no acordo MERCOSUL, de permanência temporária.

6. Cumpre salientar, no caso em exame, que a autora, ora apelada, objetiva o reconhecimento da nulidade do ato administrativo guerreado, para a regularização migratória de sua permanência no Brasil, em caráter *definitivo*, e com base no *status de refugiada* (por motivo político), conforme ela havia requerido quando de sua chegada ao país, e obtido o deferimento, ainda que em caráter temporário à época de sua chegada.

7. No tocante ao ato administrativo impugnado, ressalte-se que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, é taxativa no sentido de assegurar ao administrado o direito à ciência da tramitação dos processos administrativos em que é parte interessada e ter conhecimento das decisões proferidas, em observância ao princípio da publicidade e do devido processo legal administrativo, permitindo-se ao interessado o contraditório e a ampla defesa.

8. Ademais, no que se refere à comunicação dos atos, o Órgão competente, perante o qual tramita o processo administrativo, *deve intimar o interessado para ciência da decisão ou a efetivação de diligências*, sob pena de nulidade do ato administrativo.

9. Observa-se, portanto, que a Lei nº 9.784/99 é clara ao determinar a “forma” de comunicação das decisões administrativas ao interessado, dispondo expressamente sobre como deve ser feita a intimação do administrado para a ciência da decisão ou para fins de diligências a serem cumpridas, tudo em observância ao princípio da publicidade, esse insculpido no art. 37 da Constituição Federal/88, e da transparência, que devem reger os atos da Administração Pública.

10. Vale mencionar, que a publicação da decisão administrativa no Diário Oficial da União, conforme alegado pela requerida, ora apelante, não suprime a forma de comunicação definida em lei, conforme mencionado, e que constitui direito do administrado, conforme mencionado.

11. No caso, restou demonstrado o não cumprimento da “forma” legalmente prevista para a comunicação da decisão administrativa à requerente, ora apelada, em prejuízo da administrada, sendo de rigor, portanto, a anulação do ato guerreado.

12. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da UNIÃO FEDERAL (AGU), devendo ser mantida a r. sentença recorrida tal como lançada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL (AGU) em face de r. sentença que julgou procedente o pedido da autora.

A ação ordinária subjacente foi ajuizada por LEONOR SOLANO GONZALEZ, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela *inaudita altera parte* para que seja determinado, à requerida, a expedição de documento regulatório migratório temporário à requerente, a fim de obstar a possibilidade de deportação da autora ou de seus familiares, até decisão final nos autos da presente demanda, e, ao final, seja julgada procedente a presente ação, anulando-se o ato administrativo guerreado, e oportunizando à requerente a apresentação da documentação necessária para finalizar o procedimento de regularização migratória, independentemente de prazo, salvo em caso de regular intimação via carta ou pessoalmente, e confirmada a liminar pleiteada. Requereu, ainda, a autora, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 4º, da Lei nº 1.060/50. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) à data da propositura da ação (Id 93327840).

Aduziu, a autora, natural da Colômbia, que ingressou regularmente no Brasil em 21/11/2001, e em 2002 realizou pedido de refúgio político, que foi deferido em 21/08/2002.

Informou, a requerente, que em novembro de 2012 requereu a transformação do pedido de refúgio provisório em permanente, considerando o tempo que já estava vivendo no país.

Relatou, então, que no ano de 2013, quando compareceu à Polícia Federal com o intuito de obter informações sobre o pedido feito, foi informada de que o prazo de 90 dias para se apresentar e concretizar a regularização migratória definitiva havia fluído, devendo ser realizado novo pedido.

O MM. Juízo de origem deferiu o pedido de justiça gratuita, mas indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, sem prejuízo de nova apreciação na hipótese d juntada de novos documentos e informações (Id 93327840).

Citada, a UNIÃO (AGU) apresentou contestação, pugnando pela improcedência do pedido da requerente (Id 93327840).

Regularmente intimada, a autora apresentou réplica (Id 93327840).

O MM. Juiz de origem julgou procedente o pedido da autora e extinguiu o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do CPC/2015, para anular o ato administrativo que intimou a autora o Diário Oficial da União, bem como para determinar a reabertura do prazo para que a autora possa apresentar a documentação necessária para finalização do procedimento de regularização migratória perante a Polícia Federal. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de dano irreparável, o magistrado concedeu a tutela, nos termos do art. 497, do CPC, para determinar que a ré reabra imediatamente o prazo de 90 dias para que a Autora possa apresentar a documentação necessária para finalização do procedimento de regularização migratória, devendo a autora ser intimada pessoalmente. Sem condenação em honorários advocatícios, tendo em vista que a DPU atua no presente processo em face da União Federal (Id 93327840).

A UNIÃO FEDERAL (AGU) interpôs apelação, sustentando, em suma, a legalidade e regularidade da atuação administrativa, e requereu o provimento do recurso para que seja reformada a r. sentença recorrida, ante a ausência de amparo jurídico ao pedido da autora (Id 93327840).

Com contrarrazões da autora (Id 93327840), requerendo o não provimento do apelo da UNIÃO FEDERAL (AGU) subiram os autos a esta Corte.

Inicialmente, os autos foram distribuídos ao Gabinete do Excelentíssimo Desembargador Federal Peixoto Júnior, da Primeira Seção.

Considerando que a matéria em debate se enquadra na competência da Segunda Seção, o feito foi redistribuído e, sendo encaminhado para a esta C. Terceira Turma, sorteado a essa relatoria, restando conclusos (Id 21000664).

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

A presente ação anulatória foi ajuizada com o escopo de tornar sem efeito o ato administrativo guerreado - que intimou a requerente por meio do Diário Oficial da União para que efetuassem o seu registro de permanência perante o Departamento da Polícia Federal em São Paulo, dentro do prazo de 90 (noventa) dias -, e obstar a deportação da autora, assegurando-lhe a expedição de documento de regularização migratória que ateste o *status* de refugiada da requerente, ora apelada.

Insta mencionar, no caso em comento, que a despeito do ato de concessão de entrada, prorrogação ou obtenção de permanência de estrangeiro no Brasil ser de competência exclusiva do Poder Executivo, enquanto ato administrativo que é, não escapa ao crivo do Judiciário quanto ao controle de legalidade, competência, finalidade, forma.

Compulsando os autos, verifica-se que a autora, nacional da Colômbia (nascida em 20 de janeiro de 1959), ingressou no país em 21/11/2001, está inscrita no CPF sob nº 229.178.168-56, RNE V350749-D, é portadora da CTPS nº 011532/Série 00256-SP, e exerce atividade como professora de espanhol desde 21 de janeiro de 2008 (data de admissão), residindo na Rua Amaral Guerra, 154, Vila São Francisco, São Paulo, capital (Id 93327840).

Observa-se, à vista do formulário socioeconômico anexado aos autos, que a autora se encontra assistida pela Defensoria Pública da União (DPU).

Na oportunidade, relatou que é socióloga e antes de vir ao Brasil, em seu país de origem, morava no departamento de CAUCA, com seu marido, bombeiro, à época, que foi candidato a prefeito da cidade em 2001; mas os paramilitares queriam que os bombeiros apoiassem o grupo, mas eles eram neutros e não apoiavam nem as FARC's, nem os paramilitares. Ocorreu que, em setembro de 2001, as FARC's dominaram o departamento de CAUCA e mataram muitos policiais.

Em 23 de janeiro de 2002, a requerente formalizou seu pedido de refúgio político (em razão de problemas com a guerrilha em Bogotá, Colômbia) ao Departamento da PF (Superintendência Regional em São Paulo), havendo sido reconhecido, em 21 de agosto de 2002, o *status* de refugiada da autora, cuja condição "continua a ostentar", conforme Certidão da autoridade competente do Ministério da Justiça – CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados, acostada aos autos (Id 93327840).

Outrossim, verifica-se que, no dia 16/11/2012, a requerente pleiteou, junto ao Departamento de Polícia Federal em São Paulo, a transformação do pedido de refúgio concedido em permanente (Id 93327840).

Ocorre que ao comparecer ao referido departamento, em agosto de 2013, a requerente foi informada, pela autoridade competente, de que o prazo havia se esgotado, e teria de realizar novo pedido.

Em maio de 2014, a assistida retornou à Polícia Federal no intuito de regularizar a sua situação migratória, principalmente mantendo sua história de refugiada política, mas a Polícia Federal realizou a permanência da assistida com base no acordo MERCOSUL, de permanência temporária.

Cumprе salientar, no caso em exame, que a autora, ora apelada, objetiva o reconhecimento da nulidade do ato administrativo guerreado, para a regularização migratória de sua permanência no Brasil, em caráter *definitivo*, e com base no *status de refugiada* (por motivo político), conforme ela havia requerido quando de sua chegada ao país, e obtido o deferimento, ainda que em caráter temporário à época de sua chegada.

No tocante ao ato administrativo impugnado, ressalte-se que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, é taxativa no sentido de assegurar ao administrado o direito à ciência da tramitação dos processos administrativos em que é parte interessada e ter conhecimento das decisões proferidas, em observância ao princípio da publicidade e do devido processo legal administrativo, permitindo-se ao interessado o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, no que se refere à comunicação dos atos, o Órgão competente, perante o qual tramita o processo administrativo, *deve intimar o interessado para ciência da decisão ou a efetivação de diligências*, sob pena de nulidade do ato administrativo.

Nesse aspecto, assim dispõe o art. 27, §§ 3º e 5º, da Lei nº 9.784/1999, Confira-se:

“Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

(...)

§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

(...)

§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade”.

Observa-se, portanto, que a Lei nº 9.784/99 é clara ao determinar a “forma” de comunicação das decisões administrativas ao interessado, dispondo expressamente sobre como deve ser feita a intimação do administrado para a ciência da decisão ou para fins de diligências a serem cumpridas, tudo em observância ao princípio da publicidade, esse insculpido no art. 37 da Constituição Federal/88, e da transparência, que devem reger os atos da Administração Pública.

Vale mencionar, que a publicação da decisão administrativa no Diário Oficial da União, conforme alegado pela requerida, ora apelante, não suprime a forma de comunicação definida em lei, conforme mencionado, e que constitui direito do administrado, conforme mencionado.

No caso, restou demonstrado o não cumprimento da “forma” legalmente prevista para a comunicação da decisão administrativa à requerente, ora apelada, em prejuízo da administrada, sendo de rigor, portanto, a anulação do ato guerreado.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da UNIÃO FEDERAL (AGU), devendo ser mantida a r. sentença recorrida tal como lançada.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0008034-16.2016.4.03.6100

Apelante: ROBERTO TEIXEIRA
 Apelada: UNIÃO FEDERAL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 05/05/2022

EMENTA

CONSTITUCIONAL. CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO MANDAMENTAL E CONDENA-TÓRIA. EXCLUSÃO DE CONTEÚDO INDEVIDO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO JUDICIÁRIO. OPERAÇÃO “LAVA JATO”. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. AJUFE. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VIOLAÇÃO A LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. DIVULGAÇÃO INDEVIDA DE CONTEÚDO INTERCEPTADO. LESÃO A PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE DO OFENDIDO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. REPARAÇÃO. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANOS MORAIS. RETIRADA DE CONTEÚDO INDEVIDAMENTE VEICULADO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. PERTINÊNCIA SUBJETIVA DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO RESPONSÁVEIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Afastada a alegação de nulidade por ausência de prestação jurisdicional na apreciação dos embargos de declaração opostos em face da sentença recorrida. Os embargos de declaração são inadequados à modificação do pronunciamento judicial proferido, devendo a parte inconformada valer-se dos recursos cabíveis para lograr tal intento. Evidenciada a oposição dos referidos embargos como tentativa de promover o reexame da causa, escorreita a rejeição.
2. O ingresso da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) no presente feito deu-se na qualidade de assistente simples da União Federal (art. 121 do CPC), ao fundamento de que o objeto da demanda se refere a ato judicial típico, ligado às prerrogativas da magistratura. Havendo o magistrado prolator dos provimentos jurisdicionais sobre os quais se fundamenta a pretensão deduzida nos autos sido posteriormente exonerado, a pedido, do cargo de juiz federal, resta configurada a perda superveniente de interesse processual da AJUFE em intervir no feito, porquanto não mais subsiste interesse jurídico da referida entidade de classe em que a sentença seja favorável a uma das partes, devendo o polo passivo ser ocupado apenas pela União Federal.
3. O ordenamento jurídico brasileiro consagra o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, bem como resguarda a inviolabilidade das correspondências e comunicações, assegurando, ainda, o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, inc. V, X e XII, da Constituição da República). Da mesma forma, as normas infraconstitucionais protegem os direitos da personalidade em face de lesão ou ameaça, bem como asseguram a reparação por perdas e danos (art. 12 do Código Civil). Tais comandos normativos, que resguardam o direito à re-

paração por atos violadores de interesses jurídicos patrimoniais ou extrapatrimoniais, são concretizados, em âmbito legal, pelo conjunto normativo que rege a disciplina da responsabilidade civil, cujos pressupostos – conduta humana, dano e nexo de causalidade – encontram-se previstos pelo Código Civil (art. 186 e 927) e cujos fundamentos se subdividem entre a responsabilidade subjetiva calcada na culpa e a responsabilidade objetiva embasada na teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, da Constituição) e da atividade (art. 927, parágrafo único, e art. 931, ambos do Código Civil).

4. A Lei 9.296/96, em plena conformidade com o princípio da proporcionalidade, estabelece que a interceptação de comunicações telefônicas somente será admitida, através de decisão devidamente fundamentada (art. 5º), nas hipóteses em que houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão e a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis (art. 2º). O aludido diploma normativo dispõe, ainda, que deve ser preservado, em qualquer hipótese, o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (art. 8º), bem como que a gravação que não se mostrar estritamente pertinente à prova deverá ser inutilizada por decisão judicial (art. 9º).

5. Eventual provimento judicial que autorize a violação do sigilo das comunicações em desconformidade com os limites constitucionais ou com o regramento legal que disciplina a matéria consubstanciará medida lesiva a direito fundamental de estatura constitucional, cuja tutela é passível de ocorrer por meio da determinação de restauração do bem jurídico ao seu *status quo ante* ou, caso isso não seja possível, através da fixação de compensação pecuniária.

6. O STF, no julgamento do HC 164.493/PR e da Reclamação nº 23.457/PR, reconheceu a ilegalidade da medida de interceptação telefônica deflagrada perante o Juízo da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, nos autos do “Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR”, e que atingiu, dentre outros alvos, o telefone celular do advogado Roberto Teixeira e o ramal-tronco do escritório de advocacia “Teixeira, Martins & Advogados”.

7. No julgamento do HC 164.493/PR (Rel. Min. Edson Fachin, Redator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes), o STF pronunciou-se no sentido de que houve quebra da imparcialidade por parte do então juiz federal Sérgio Fernando Moro, no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”, e enumerou, dentre os fatos indicativos da parcialidade do então magistrado, a quebra de sigilo telefônico e a divulgação das conversas realizadas pelo advogado Roberto Teixeira.

8. A interceptação telefônica do ramal-tronco do escritório de advocacia “Teixeira, Martins & Advogados” mostrou-se desprovida de amparo legal, havendo sido realizada e renovada sem a devida apreciação e fundamentação judicial. Ademais, a violação do sigilo de todas as conversas realizadas pelos advogados integrantes do escritório interceptado, ao longo de todo o período em que perdurou a medida, consubstancia violação às prerrogativas constitucionais e legais da defesa.

9. O STF julgou parcialmente procedente a Reclamação 23.457/PR para reconhecer a violação de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, b, da Constituição da República) e cassar as decisões proferidas em 16/03/2016 e 17/03/2016, nos autos do “Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR”, as quais determinaram o levantamento do conteúdo de conversas interceptadas; bem como para reconhecer a nulidade do conteúdo de conversas colhidas após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas.

A referida decisão monocrática não apenas consignou a incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR para deliberar sobre medida de interceptação telefônica em que constava o envolvimento de interlocutores com prerrogativa de foro, como também asseverou a ilegalidade da violação à norma de sigilo das diligências, rechaçando a invocação do interesse público como fundamento válido para divulgação do teor das conversações telefônicas interceptadas.

10. As razões expostas pelo STF no julgamento do HC 164.493/PR e da Reclamação nº 23.457/PR indicam fundamentos inequívocos da ilegalidade dos atos sobre os quais recai o pleito indenizatório apresentado neste feito.

11. Demonstrada a indevida violação ao sigilo das comunicações do advogado Roberto Teixeira, no exercício da atividade profissional, por medida de interceptação telefônica realizada em desconformidade com os limites constitucionais e as normas estabelecidas pela legislação de regência, assim como a ilegalidade da divulgação das conversações telefônicas interceptadas, resta caracterizada a lesão a direitos extrapatrimoniais do Requerente, impondo-se reparação.

12. O levantamento indevido do sigilo das conversas interceptadas repercutiu na esfera da personalidade do Autor e transcendeu o mero aborrecimento, violando o patrimônio imaterial do Requerente, no âmbito das suas relações de direito privado.

13. No que se refere ao arbitramento do valor a título de compensação por danos morais, é firme a orientação jurisprudencial no sentido de que, nesses casos, o montante indenizatório deve ser determinado segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado.

14. Considerando as circunstâncias específicas do caso concreto, em especial o levantamento indevido do sigilo das interceptações telefônicas, que inviabilizou o uso do número do telefone móvel do Autor, notadamente em sua atividade profissional, bem como a extensão do dano moral imposto, a posição social do agressor, atento às circunstâncias fáticas e repercussão social do caso, arbitra-se o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por revelar-se razoável e suficiente à compensação pretendida, sem importar no indevido enriquecimento da parte.

15. A determinação da compensação à vítima, pelos danos sofridos, tem por escopo, para além da reparação do direito violado, também a reafirmação da responsabilidade primária da jurisdição interna pela tutela dos direitos humanos e pela prevenção à responsabilidade internacional do Estado, notadamente em face dos deveres de proteção às garantias judiciais, à honra e à dignidade, os quais possuem assento convencional na Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedente da Corte IDH, no caso denominado “Escher e Outros vs. Brasil”.

16. Em relação à pretensão de retirada do conteúdo das conversas interceptadas da rede mundial de computadores, o pedido deve ser deduzido diretamente em face dos provedores de conteúdo responsáveis pela veiculação do material, não possuindo a União Federal pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da lide, razão pela qual, neste ponto, o feito ser extinto sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva *ad causam* (art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil). Precedentes do STJ.

17. Em consonância com o princípio da causalidade, condena-se a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, § 3º, inc. I, do Código de Processo Civil.

18. Dado parcial provimento ao recurso de apelação para julgar parcialmente procedente a pretensão autoral e condenar a União Federal ao pagamento de compensação

pecuniária por danos morais à parte autora, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sobre o qual deverá incidir correção monetária, pelo índice IPCA-E, e juros de mora de 0,5% ao mês (ADI 4.425 e RE 870.947/SE), ambos a partir da data do acórdão; e determinada a extinção do feito, sem resolução do mérito, em relação à AJUFE, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação para julgar parcialmente procedente a pretensão autoral e condenar a União Federal ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais à parte autora, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sobre o qual deverá incidir correção monetária, pelo índice IPCA-E, e juros de mora de 0,5% ao mês (ADI 4.425 e RE 870.947/SE), ambos a partir da data do acórdão, e determinou a extinção do feito, sem resolução de mérito, em relação à AJUFE, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por ROBERTO TEIXEIRA contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de São Paulo/SP (ID 107782700 – p. 790 e ss.), que, em sede de ação condenatória cumulada com obrigação de fazer ajuizada contra a União Federal, julgou improcedente o pedido de compensação pecuniária por danos morais, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil, e extinguiu o processo sem julgamento de mérito, na forma do art. 487, inc. I, do diploma processual civil, em relação ao pedido de retirada da rede mundial de computadores do conteúdo de interceptações telefônicas efetivadas no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”. A parte autora foi condenada ao pagamento de custas, bem como de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Em suas razões recursais (ID 107782702 – p. 866 e ss.), aduz o Apelante, preliminarmente, a nulidade da sentença recorrida, sob a alegação de que não houve a devida análise dos embargos declaratórios opostos, caracterizando violação ao art. 1022, inc. II, do Código de Processo Civil. No mérito, reafirma a ilegalidade da interceptação telefônica e da publicação dos diálogos, sustentando, em síntese, que: a alegação de condição de investigado do interceptado constitui manobra para justificativa posterior das ilegalidades cometidas no sentido de monitorar conversas entre advogado e cliente; a inviolabilidade da comunicação telefônica do advogado no exercício de sua profissão encontra amparo constitucional e na Lei 8.906/94; a quebra do sigilo das suas comunicações telefônicas deu-se na qualidade de advogado que presta assessoria jurídica a clientes na aquisição de um imóvel, vale dizer, na prática de ato privativo da advocacia, distante de configurar indício de crime, em flagrante ofensa aos artigos 133 e 5º, inciso XII, da CF, art. 7º, inc. II, do Estatuto da OAB, assim como ao art. 2º, inc. I, da Lei 9.296/96; não foi observado o sigilo das gravações e transcrições de interceptações telefônicas nos moldes previstos no art. 8º da Lei n 9.296/96 e nos termos da jurisprudência do STF; bem como que o indevido levantamento do sigilo de conversas telefônicas interceptadas por

magistrado federal, em violação manifesta à legislação de regência, enseja a responsabilidade objetiva da União Federal.

Com contrarrazões (ID 107782703 – p. 907 e ss.), subiram os autos a esta Egrégia Corte Regional.

Em 16/12/2021, o Apelante peticionou novamente nos autos, juntando documentos (ID 239185834).

É o breve *relatório*.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA: Tempestivo, *recebo* o recurso de apelação em seus regulares efeitos (art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil).

A matéria devolvida ao exame desta Corte será examinada com base na fundamentação que passo a analisar topicamente.

Da nulidade da sentença

Alega o Apelante que não houve a devida análise dos embargos de declaração opostos em face da sentença recorrida, restando caracterizada nulidade por ausência de prestação jurisdicional.

Não lhe assiste razão.

Consoante se verifica da análise dos autos, o Juízo *a quo*, ao analisar os embargos opostos pelo Autor, rejeitou-os sob o fundamento de inexistência de omissão e por entender que a pretensão deduzida pelo Embargante consubstanciaria tentativa de obter a modificação do pronunciamento judicial através de via inadequada para rediscussão da matéria (ID 107782702 – p. 855 e ss.).

Com efeito, os embargos de declaração são inadequados à modificação do pronunciamento judicial proferido, devendo a parte inconformada valer-se dos recursos cabíveis para lograr tal intento.

Evidenciada a oposição dos referidos embargos como tentativa de promover o reexame da causa, escoreita a rejeição.

Ademais, não há de se confundir fundamentação concisa com a ausência dela, não se exigindo do juiz a análise pormenorizada de cada uma das argumentações lançadas pelas partes, podendo ele limitar-se àquelas de relevância ao deslinde da causa, atendendo, assim, ao princípio basilar insculpido no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. Nesse sentido:

“O art. 93, IX, da Constituição Federal não determina que o órgão julgante se manifeste sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas sim que ele explice as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento”.

(RE 1.047.242 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 08/08/2017)

Nesses termos, *rejeito* a preliminar de nulidade.

Da intervenção da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE

De início, verifico que o ingresso da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) no presente feito se deu na qualidade de assistente simples da União Federal (art. 121 do CPC), ao fundamento de que o objeto da demanda se refere a ato judicial típico, ligado às prerrogativas

da magistratura, o que justifica o interesse da aludida entidade de classe de âmbito nacional. A inclusão foi deferida em decisão prolatada em 07/07/2017 (ID 107782699 – p. 653).

No entanto, posteriormente, o magistrado prolator dos provimentos jurisdicionais sobre os quais se fundamenta a pretensão deduzida nestes autos, Sérgio Fernando Moro, veio a ser exonerado, a pedido, do cargo de juiz federal, em ato publicado em 19/11/2018.

Por conseguinte, resta configurada a perda superveniente de interesse processual da AJUFE em intervir no feito na qualidade de assistente simples (art. 17 do CPC), porquanto não mais subsiste interesse jurídico da referida entidade de classe em que a sentença seja favorável a uma das partes, devendo o polo passivo ser ocupado apenas pela União Federal.

Assim, determino a extinção do feito, sem resolução de mérito, em relação à AJUFE, nos termos do art. 485, inc. VI, do CPC.

Como consequência da extinção da ação em relação à AJUFE, ficam prejudicadas as alegações formuladas em sede de memoriais, incluindo a nulidade por ausência de não observância do contraditório, decorrente da juntada de documentos, os quais dizem respeito a decisões que reconheceram a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, suspeição do magistrado e cópia de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, até porque são fatos públicos e notórios, reiteradamente divulgados pelos meios de comunicação.

Passo ao exame do *mérito*.

Do mérito

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, bem como resguarda a inviolabilidade das correspondências e comunicações, assegurando, ainda, o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, inc. V, X e XII, da Constituição da República). Da mesma forma, as normas infraconstitucionais protegem os direitos da personalidade em face de lesão ou ameaça, bem como asseguram a reparação por perdas e danos (art. 12 do Código Civil).

Tais comandos normativos, que resguardam o direito à reparação por atos violadores de interesses jurídicos patrimoniais ou extrapatrimoniais, são concretizados, em âmbito legal, pelo conjunto que rege a disciplina da responsabilidade civil, cujos pressupostos – conduta humana, dano e nexo de causalidade – encontram-se previstos pelo Código Civil (art. 186 e 927) e cujos fundamentos se subdividem entre a responsabilidade subjetiva calcada na culpa e a responsabilidade objetiva embasada na teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, da Constituição) e da atividade (art. 927, parágrafo único, e art. 931, ambos do Código Civil).

No que tange, especificamente, ao sigilo das comunicações telefônicas, a Constituição ressalva tal direito fundamental apenas nas hipóteses estabelecidas pela lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, por força de decisão judicial (art. 5º, inc. XII). Verifica-se, portanto, em relação a tal garantia, a denominada “reserva legal qualificada” – assim compreendidas as hipóteses em que “a Constituição remete para a lei apenas a delimitação de um aspecto específico do âmbito de um determinado direito fundamental, cabendo então à lei executar essa delimitação” (J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira apud Virgílio Afonso da Silva, in Cláudio Pereira de Souza Neto/Daniel Sarmento/Gustavo Binenbojm (orgs.), “Vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: p. 607). *Veja-se que a medida limitadora, em lei, deve preservar a extensão e alcance do conteúdo essencial do preceito constitucional.*

A matéria veio a ser regulamentada, em sede infraconstitucional, pela Lei 9.296/96, a qual dispõe sobre as normas e os limites para interceptação do fluxo de comunicações em sistemas

de informática e telemática para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. A referida lei, em plena conformidade com o princípio da proporcionalidade, estabelece que a interceptação de comunicações telefônicas somente será admitida, através de decisão devidamente fundamentada (art. 5º), nas hipóteses em que houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão e a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis (art. 2º). O aludido diploma normativo dispõe, ainda, que deve ser preservado, em qualquer hipótese, o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (art. 8º), bem como que a gravação, que não se mostrar estritamente pertinente à prova, deverá ser inutilizada por decisão judicial (art. 9º).

Em evidência, eventual provimento judicial que autorize a violação do sigilo das comunicações em *desconformidade* com os limites constitucionais ou com o regramento legal que disciplina a matéria consubstanciará medida lesiva a direito fundamental de estatura constitucional, cuja tutela é passível de ocorrer por meio da restauração do bem jurídico ao seu status quo ante ou, caso isso não seja possível, através da fixação de compensação pecuniária. Ademais, em vista da relevância do direito fundamental atingido em tal hipótese, a inviolabilidade das comunicações telefônicas configura, com o advento da Lei 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), bem jurídico objeto de tutela penal, nos termos do art. 10 da aludida Lei nº 9.296/96, que dispõe ser crime a realização de interceptação de comunicações telefônicas com objetivos não autorizados em lei.

Nessa senda, ainda que administrativamente, impende sublinhar a Resolução nº 217/16 do CNJ, relativa à interceptação telefônica, regulamentando o monitoramento e determinando as normas cogentes a serem seguidas pelos agentes públicos para a interceptação telefônica e reafirmando o sigilo e a proibição de divulgação do seu teor por magistrados e servidores.

No caso em tela, o Autor deduz pretensão em face da União Federal, pleiteando a obtenção de provimento jurisdicional de natureza condenatória e mandamental, para que seja imposta compensação pecuniária pela lesão a direito decorrente da indevida violação, por força de decisão judicial exarada no âmbito de persecução penal, do sigilo de suas comunicações telefônicas, na condição de advogado, bem como para que seja determinada obrigação de fazer à Ré, consistente na retirada da rede mundial de computadores do conteúdo das interceptações telefônicas, para que cessem os efeitos do ato ilícito.

O recurso comporta *parcial provimento*.

O Autor, Roberto Teixeira, ajuizou a presente demanda de reparação por danos morais cumulada com obrigação de fazer, na qual sustenta ter ocorrido interceptação telefônica ilegal nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Argumenta ter sido monitorado na qualidade de advogado no exercício de sua profissão, bem como afirma que o indevido levantamento do sigilo das conversas interceptadas acarretou-lhe graves repercussões em sua vida profissional e pessoal, impondo-se reparação.

Segundo a inicial, o então Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, lotado, à época, na 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, autorizou, no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”, a interceptação das comunicações telefônicas realizadas a partir do número do celular do Autor e de outros interlocutores, com a finalidade de monitorar atos e estratégias de defesa do seu cliente, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Aduz o Requerente que, após conclusão das diligências, o referido magistrado, agente da ré, determinou o indevido levantamento do sigilo das conversas telefônicas interceptadas, tornando públicos diálogos realizados com o ex-Presidente e com terceiros, em manifesta afronta ao art. 8º da Lei 9.296/96.

Segundo consta dos autos, a interceptação telefônica do celular do Autor foi determinada em 26/02/2016, pelo prazo de 15 dias, e prorrogada posteriormente, pelo mesmo período, sob a justificativa de que Roberto Teixeira, “pessoa notoriamente próxima a Luiz Inácio Lula da Silva, representou Jonas Suassuna e Fernando Bittar na aquisição do sítio de Atibaia, inclusive minutando as escrituras no escritório de advocacia” (ID 107782692 – p. 6), o que, segundo o Autor, comprova que a referida interceptação deu-se na qualidade de advogado de pessoa investigada, posto a inexistência de qualquer indício da prática de crime.

O Apelante refere que, entre os dias 26/02/2016 e 16/03/2016, foram monitoradas conversas com o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, seu cliente, e com terceiros, dentre estes, outros clientes do seu escritório de advocacia, com a clara pretensão de “espionagem e perseguição”.

Destaca que a insuficiência na motivação da decisão que deferiu a interceptação telefônica em questão já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Medida Cautelar na Reclamação nº 23.457/PR.

Aduz, ainda, que o então juiz federal que presidia o procedimento de quebra de sigilo telefônico determinou, de forma inadvertida e não criteriosa, o levantamento do sigilo das conversas interceptadas, em clara afronta aos dispositivos legais que regem a matéria.

Vejamos.

Em relação à quebra de sigilo telefônico do celular do Autor, verifica-se haver sido a medida fundamentada em suspeita de eventual participação do Recorrente no delito de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998) – posteriormente não confirmada –, sob o argumento de que Roberto Teixeira haveria assessorado a aquisição de dois imóveis contíguos, situados no Município de Atibaia/SP, por interpostas pessoas, dos quais o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva seria, supostamente, o real proprietário.

Extraí-se da motivação da decisão do então juiz federal Sérgio Fernando Moro que a suspeita foi embasada no fato das propriedades terem sido adquiridas por dois sócios do filho do ex-Presidente, na mesma data, com cheques emitidos por apenas um deles, cujas minutas das escrituras foram elaboradas pelo advogado do ex-Presidente, ora Autor, assim como pelo fato de que o imóvel teria sofrido reformas realizadas por sociedades empresárias relacionadas à prática de crimes de corrupção envolvendo a sociedade de economia mista Petrobrás. Confira-se (ID 107782692 – p. 5/6):

“(…) Outro dos imóveis consiste em sítio em Atibaia/SP.

Referido imóvel seria composto por dois sítios contíguos, Santa Bárbara e Santa Denise.

O sítio matrícula 19.720 do registro de Imóveis de Atibaia foi adquirido, em 29.10.2010, por Jonas Leite Suassuna Filho.

O sítio de matrícula 55.422 do Registro de Imóveis de Atibaia foi adquirido, em 29.10.2010, ou seja, na mesma data, por Fernando Bittar.

Jonas Suassuna coadministra com Fábio Luis Lula da Silva, filho do Ex-Presidente, a empresa BR4 Participações LTDA. Fernando Bittar, por sua vez, é sócio com Fábio na já referida G4 Entretenimento e Tecnologia Digital Ltda.

O advogado Roberto Teixeira, pessoa notoriamente próxima a Luis Inácio Lula da Silva, representou Jonas e Fernando na aquisição, inclusive minutando as escrituras e recolhendo as assinaturas no escritório de advocacia dele.

Mensagem eletrônica apresentada pelo MPF na fl. 46 da representação, sugere a utilização de Jonas e Fernando como pessoas interpostas. A mensagem enviada, em 28.10.2010, por Roberto Teixeira a Aguinaldo Ranieri, com cópia para Fernando Bittar e Meire Satarelli, tem o seguinte conteúdo:

‘Conforme solicitado, segue minuta das escrituras de ambas as áreas. Falei ontem com o Adalton e a área maior está sendo posta em nome do sócio do Fernando Bittar. Qualquer dúvida favor retornar.’

Para aquisição de duas áreas, segundo o MPF, teriam sido utilizados cheques somente de Jonas Suassuna.

O sítio em Atibaia, após a aquisição, passou a sofrer reformas significativas.

Foram colhidas provas, segundo o MPF, de que essas reformas foram providenciadas e custeadas pelos já referidos José Carlos Bumlai, pela Odebrecht e pela OAS, todos envolvidos em esquema criminoso da Petrobrás. (...)”

Portanto, a autorização judicial da interceptação do celular do Apelante haveria se fundamentado na suposta existência de indícios da participação de Roberto Teixeira na fase de ocultação do delito de lavagem de dinheiro imputado ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, posto ter providenciado e viabilizado os registros desses imóveis em nome de interpostas pessoas, em tese, no intuito de dissimular a natureza ilícita dos mesmos.

Tais fundamentos expostos na decisão autorizadora da interceptação, contudo, mostraram-se insubsistentes e a ilegalidade da medida veio a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

De início, é relevante notar que, de fato, no que concerne à determinação de interceptação telefônica do número do advogado de pessoa investigada no âmbito de persecução penal, tal medida não constitui, por si, ato ilícito.

Efetivamente, a Lei 8.906/94 assegura a inviolabilidade do sigilo das conversas mantidas entre o investigado e seu advogado (art. 7º, inc. II). Tal prerrogativa da defesa, contudo, não é absoluta, comportando relativização nos casos em que se verificar a existência de indícios da autoria de delitos por parte do advogado, hipótese em que este profissional pode passar a figurar como investigado e, portanto, passível de sofrer medidas restritivas à sua esfera de intimidade e privacidade, na forma e nos limites das hipóteses legais e do comando judicial que autorizar o respectivo meio de obtenção de prova (nesse sentido: STJ, RHC 51.487/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), 5ª Turma, j. 23/06/2015).

Por outro lado, em conformidade com a jurisprudência do STF (HC 129.706/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 28/6/2016), a deflagração indevida de interceptação telefônica, em dissonância com os requisitos e os limites da legislação de regência, que enseje violação a direitos e garantias fundamentais dos investigados e seus advogados, será inválida e poderá ter por efeito três consequências processuais: cassação ou invalidação do ato judicial que determinou a medida; invalidação dos atos processuais subsequentes ao ato atentatório e com ele relacionados (art. 573, § 1º, do CPP); afastamento do magistrado, caso se demonstre que, ao assim agir, atuava de forma parcial.

No que concerne, especificamente, aos fatos ensejadores da pretensão indenizatória deduzida nos presentes autos, veio a ser reconhecida pelo STF, no julgamento do HC 164.493/PR e da Reclamação nº 23.457/PR, a *ilegalidade* da medida de interceptação telefônica deflagrada perante o Juízo da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR nos autos do “Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR”, e que atingiu, dentre outros alvos, o telefone celular do advogado Roberto Teixeira e do escritório de advocacia “Teixeira, Martins & Advogados”.

As razões expostas pelo STF no julgamento das ações acima mencionadas – em que restou reconhecida a suspeição do juiz Sérgio Moro e determinada a invalidação dos atos judiciais proferidos no “Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos nº 5006205-

98.2016.4.04.7000/PR” – referem-se aos mesmos fatos sobre os quais recaem a pretensão indenizatória deduzida neste feito, razão pela qual a sua apreciação se faz pertinente ao deslinde da causa.

No julgamento do HC 164.493/PR (Rel. Min. Edson Fachin, Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes), o STF pronunciou-se no sentido de que houve quebra da imparcialidade por parte do então juiz federal Sérgio Fernando Moro, servidor da ré, no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”. Desta decisão, emergiu o comando de nulidade de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado no âmbito da Ação Penal nº 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR, incluindo os atos praticados na fase pré-processual.

Nesse julgamento, a Colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal enumerou, dentre os fatos indicativos da parcialidade do então magistrado, a quebra de sigilo telefônico e a divulgação das conversas tratadas na presente demanda, em acórdão assim ementado:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PARCIALIDADE JUDICIAL E SISTEMA ACUSATÓRIO. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE EXAME DA SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO SUPERVENIENTE DO MIN. EDSON FACHIN, NOS AUTOS DO *HABEAS CORPUS* 193.726-DF, QUE RECONHECEU A INCOMPETÊNCIA DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR COMO PEDRA DE TOQUE DO DIREITO PROCESSUAL PENAL. ANTECEDENTES DA BIOGRAFIA DE UM JUIZ ACUSADOR. DESNECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS DIÁLOGOS OBTIDOS NA OPERAÇÃO SPOOFING. ELEMENTOS PROBATÓRIOS POTENCIALMENTE ILÍCITOS. EXISTÊNCIA DE 7 (SETE) FATOS QUE DENOTAM A PERDA DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO DESDE A ÉPOCA DA IMPETRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. ART. 101 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM EM *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA PARA ANULAR TODOS OS ATOS DECISÓRIOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA AÇÃO PENAL 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (TRIPLEX DO GUARUJÁ), INCLUINDO OS ATOS PRATICADOS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL.

1. Conhecimento da matéria em *Habeas Corpus*. É possível o exame da alegação de parcialidade do magistrado em sede de *Habeas Corpus* se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos do remédio colateral, restar evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial das decisões das instâncias inferiores. Precedentes: RHC-AgR 127.256, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 10.3.2016; RHC 119.892, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.10.2015; HC 77.622, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 29.10.1999.

2. Questão de ordem de prejudicialidade da impetração. A Segunda Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Ministro Edson Fachin, decidindo que a decisão proferida pelo Relator, nos autos dos Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* 193.726, em 8.3.2021, não acarretou a prejudicialidade do *Habeas Corpus* 164.493, vencido, nesse ponto, tão somente o Ministro Edson Fachin. A decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin nos autos do *Habeas Corpus* 193.726 ED não gerou prejuízo do *Habeas Corpus* 164.493-DF, porquanto (i) cuida-se de decisão individual do Relator; (ii) não há identidade entre os objetos do *Habeas Corpus* 193.726 e do *Habeas Corpus* 164.493, já que neste se discute a suspeição do magistrado e naquele se aponta a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, o que não se limita ao debate sobre a validade dos atos decisórios praticados pelo ex-Juiz Sérgio Moro; e (iii) a questão da suspeição precede a discussão sobre incompetência, nos termos do art. 96 do Código de Processo Penal.

3. Imparcialidade como pedra de toque do processo penal. A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva

seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva; é prevista em diversas fontes do direito internacional como garantia elementar da proteção aos direitos humanos (Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Europeia de Direitos Humanos), além de ser tal garantia vastamente consagrada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Duque Vs. Colombia, 2016) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Castillo Algar v. Espanha, 1998, e Morel v. França, 2000).

4. Antecedentes da biografia de um Juiz acusador. O STF já avaliou, em diversas ocasiões, alegações de que o ex-magistrado Sergio Fernando Moro eria ultrapassado os limites do sistema acusatório. No julgamento do *Habeas Corpus* 95.518/PR, no qual se questionava a atuação do Juiz na chamada Operação Banestado, a Segunda Turma determinou o encaminhamento das denúncias à Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diante da constatação de que o juiz havia reiteradamente proferido decisões contrárias a ordens de instâncias superiores, bem como adotado estratégias de monitoramento de advogados dos réus. Na ocasião, reconheceu o Min. Celso de Mello que “o interesse pessoal que o magistrado revela em determinado procedimento persecutório, adotando medidas que fogem à ortodoxia dos meios que o ordenamento positivo coloca à disposição do poder público, transforma a atividade do magistrado numa atividade de verdadeira investigação penal. É o magistrado investigador”. (HC 95.518, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 19.3.2014). A Segunda Turma já decidiu que o ex-Juiz Sergio Moro abusou do poder judicante ao realizar, de ofício, a juntada e o levantamento do sigilo dos termos de delação do ex-ministro Antônio Palocci às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018 (HC 163.943 AgR, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 4.8.2020, DJe 10.9.2020). O STF reconheceu explicitamente a quebra da imparcialidade do magistrado, destacando que, ao condenar o doleiro Paulo Roberto Krug, ainda no âmbito da chamada Operação Banestado, o ex-Juiz Sergio Moro “se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório” (RHC 144.615 AgR, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 25.8.2020, DJe 27.10.2020).

5. Desnecessidade de utilização dos diálogos obtidos na Operação Spoofing. Os diálogos apreendidos na Operação Spoofing, que, nos últimos doze meses, foram objeto de intensa veiculação pelos portais jornalísticos, destacam conversas entre acusadores e o julgador – Procuradores da República e o ex-Juiz Sergio Moro. As conversas obtidas sugerem que o julgador definia os limites da acusação e atuava em conjunto com o órgão de acusação. O debate sobre o uso dessas mensagens toca diretamente na temática das provas ilícitas no processo penal. O Supremo Tribunal Federal já assentou que o interesse de proteção às liberdades do réu pode justificar relativização à ilicitude da prova. Todavia, a conclusão sobre a parcialidade do julgador é aferível tão somente a partir dos fatos narrados na impetração original, sendo desnecessária a valoração dos elementos de prova de origem potencialmente ilícita pela defesa, que nem sequer constam dos autos deste *Habeas Corpus*.

6. Existência de 7 (sete) fatos que denotam a parcialidade do magistrado. As alegações suscitadas neste HC são restritas a fatos necessariamente delimitados e anteriores à sua impetração.

6.1. O primeiro fato indicador da parcialidade do magistrado consiste em decisão, de 4.3.2016, que ordenou a realização de uma espetacular condução coercitiva do então investigado, sem que fosse oportunizada previamente sua intimação pessoal para comparecimento em juízo, como exige o art. 260 do CPP. Foi com o intuito de impedir incidentes desse gênero que o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida de instrução criminal forçada, ante o comprometimento dos preceitos constitucionais do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação. (ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14.6.2018, DJe 22.5.2019). No caso concreto, a decisão que ordenou a condução coercitiva não respeitou as balizas legais e propiciou uma

exposição atentatória à dignidade e à presunção de inocência do investigado. 6.2. *O segundo fato elucidativo da atuação enviesada do juiz consistiu em flagrante violação do direito constitucional à ampla defesa do paciente.* O ex-juiz realizou a quebra de sigilos telefônicos do paciente, de seus familiares e até mesmo de seus advogados, com o intuito de monitorar e antecipar as estratégias defensivas. Tanto a interceptação do ramal-tronco do escritório de advocacia Teixeira, Martins & Advogados quanto a interceptação do telefone celular do advogado Roberto Teixeira perduraram por quase 30 (trinta dias), de 19.2.2016 a 16.3.2016. Durante esse período, foram ouvidas e gravadas todas as conversas havidas entre os 25 (vinte e cinco) advogados integrantes da sociedade, bem como entre o advogado Roberto Teixeira e o paciente. 6.3. *O terceiro fato indicativo da parcialidade do juiz traduz-se na divulgação de conversas obtidas em interceptações telefônicas do paciente com familiares e terceiros. Os vazamentos se deram em 16.3.2016, momento de enorme tensão na sociedade brasileira, quando o paciente havia sido nomeado Ministro da Casa Civil da Presidência da República. Houve intensa discussão sobre tal ato e ampla efervescência social em crítica ao cenário político brasileiro.* Em decisão de 31.3.2016, o Min. Teori Zavascki, nos autos da Reclamação 23.457, reconheceu que a decisão do ex-Juiz que ordenou os vazamentos violou a competência do STF, ante ao envolvimento de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, e ainda se revelou ilícita por envolver a divulgação de trechos diálogos captados após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas. *O vazamento das interceptações, além de reconhecidamente ilegal, foi manipuladamente seletivo.* 6.4. O quarto fato indicativo da quebra de imparcialidade do magistrado aconteceu em 2018, quando o magistrado atuou para que não fosse dado cumprimento à ordem do Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Rogério Favreto, que concedera ordem de *habeas corpus* para determinar a liberdade do ex-Presidente Lula (HC 5025614- 40.2018.4.04.0000 – Doc. 30), de modo a possibilitar-lhe a participação no “processo democrático das eleições nacionais, seja nos atos internos partidários, seja na ações de pré-campanha”. Mesmo sem jurisdição sobre o caso e em período de férias, o ex-Juiz Sergio Moro atuou intensamente para evitar o cumprimento da ordem, a ponto de telefonar ao então Diretor-Geral da Polícia Federal Maurício Valeixo e sustentar o descumprimento da liminar, agindo como se membro do Ministério Público fosse, com o objetivo de manter a prisão de réu em caso em que já havia se manifestado como julgador. 6.5. O quinto fato indicativo da quebra de imparcialidade do magistrado coincide com a prolação da sentença na ação penal do chamado Caso Triplex. Ao proferir a sentença condenatória, o ex-Juiz Sergio Moro fez constar claramente diversas expressões de sua percepção no sentido de uma pretensa atuação abusiva da defesa do paciente. O próprio julgador afirmou que, em sua percepção, a defesa teria atuado de modo agressivo, com comportamentos processuais inadequados, visando a ofender-lhe. Diante disso, alega que “em relação a essas medidas processuais questionáveis e ao comportamento processual inadequado, vale a regra prevista no art. 256 do CPP (‘a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la’)” (eDOC 7, p. 35). 6.6. O sexto fato indicador da violação do dever de independência da autoridade judiciária consiste na decisão tomada pelo magistrado, em 1º.10.2018, de ordenar o levantamento do sigilo e o traslado de parte dos depoimentos prestados por Antônio Palocci Filho em acordo de colaboração premiada para os autos da Ação Penal 5063130- 17.2016.4.04.7000 (instituto Lula). Quando referido acordo foi juntado aos autos da referida ação penal, a fase de instrução processual já havia sido encerrada, o que sugere que os termos do referido acordo nem sequer estariam aptos a fundamentar a prolação da sentença. Além disso, os termos do acordo foram juntados cerca de 3 (três) meses após a decisão judicial que o homologou, para coincidir com a véspera das eleições. Por fim, tanto a juntada do acordo aos autos quanto o levantamento do seu sigilo ocorreram por iniciativa do próprio juiz, isto é, sem qualquer provocação do órgão acusatório. A Segunda Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental no HC 163.493, reconheceu a ilegalidade tanto do levantamento do sigilo quanto do traslado para os autos de ação penal de

trechos de depoimento prestado por delator, em acordo de colaboração premiada (HC 163.943 AgR, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 10.9.2020). 6.7. O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, que há muito despontava como principal adversário político do paciente. Sergio Moro decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva. O ex-juiz foi diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente. A extrema perplexidade com a aceitação de cargo político no Governo que o ex-magistrado ajudou a eleger não passou despercebida pela comunidade acadêmica nacional e internacional.

7. Ordem de *habeas corpus* concedida. O reconhecimento da suspeição do magistrado implica a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado, no âmbito da Ação Penal 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do art. 101 do Código de Processo Penal”. – g.n.

De fato, a imparcialidade do magistrado é um dos sustentáculos do devido processo legal, que, além do respaldo constitucional, encontra também guarida em tratados internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, e em cujo art. 8º há menção expressa à imparcialidade, ao pontuar que todo indivíduo tem o direito de ser ouvido por um “juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei”.

Neste ponto, mostra-se pertinente a transcrição do seguinte excerto do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes (Relator do acórdão), no julgamento do HC 164.493/PR (Rel. Min. Edson Fachin), em vista da relevância de seus fundamentos para o deslinde da demanda em tela:

“O segundo fato elucidativo da atuação enviesada do juiz constitui flagrante violação do direito constitucional à ampla defesa do paciente. O ex-juiz realizou a quebra de sigilos telefônicos do paciente, de seus familiares e até mesmo de seus advogados, tudo com o intuito de monitorar e antecipar as suas estratégias defensivas.

Em 19.02.2016, a autoridade judicial, atendendo a pedido do Ministério Público Federal, determinou a interceptação telefônica de diversas pessoas relacionadas ao paciente, inclusive de conversas entre o réu e seus advogados. (eDOC 25).

A interceptação também atingiu o ramal-tronco do escritório de advocacia “Teixeira, Martins & Advogados”, de modo que todos os 25 (vinte e cinco) advogados do escritório e seus respectivos clientes foram grampeados. Essas interceptações foram prorrogadas por sucessivos atos confirmatórios e ampliativos nas datas de 20.02.2016; 26.02.2016; 29.02.2016; 03.03.2016; 04.03.2016 e 07.03.2016.

A interceptação do ramal do escritório de advocacia teria partido de uma informação supostamente equivocada contida na petição de quebra de sigilo telefônico apresentada ao juízo pelo Ministério Público Federal.

Na referida petição, o MPF indicou o terminal telefônico (11) 3060-3310 como sendo vinculado à pessoa jurídica L.I.L.S Palestras, Eventos e Publicações Ltda. Assim, o acolhimento do pedido de quebra do sigilo telefônico pelo juízo em 19.02.2016 estaria baseado na necessidade de se colher provas para apuração dos fatos investigados no âmbito da Operação Lava-Jato. Em 23.02.2016, somente quatro dias após o deferimento da interceptação telefônica do ramal-tronco do escritório de advocacia, a operadora de telefonia Vivo Telefônica encaminhou ao juízo ofício contendo a relação individualizada dos estabelecimentos a que correspondiam os números telefônicos cuja interceptação havia sido determinada. No referido ofício, consta que o terminal telefônico (11) 3060-3310 atribuído pelo MPF ao instituto L.I.L.S., na realidade, seria de titularidade da sociedade “Teixeira, Martins & Advogados”.

Destaca-se, portanto, que, no dia 23.02.2016, o juízo tomou conhecimento – ou pelo menos poderia ter se cientificado – de que o terminal telefônico interceptado correspondia, na realidade, à sede do escritório de advocacia que patrocinava o paciente, então investigado na Operação Lava-Jato. A autoridade judicial, no entanto, não tomou nenhuma providência quanto à comunicação da operadora de telefonia.

Em 26.02.2016, em nova decisão, o juízo determinou ainda que fosse grampeado o terminal telefônico 11 98144-777, pertencente ao telefone celular do advogado Roberto Teixeira.

Na decisão judicial do dia 26.02.2016, a interceptação teria sido motivada pelo fato de o advogado ser “pessoa notoriamente próxima a Luís Inácio Lula da Silva” e também pelo fato de o advogado “ter representado Jonas Suassuna e Fernando Bittar na aquisição do sítio de Atibaia, inclusive minutando as escrituras e recolhendo as assinaturas no escritório de advocacia dele”.

Na data de 07.03.2016, a autoridade judicial recebeu novo ofício da operadora de telefonia, novamente indicando que a interceptação telefônica determinada em 19.02.2016 estaria recaindo sobre terminal telefônico da sede da sociedade “Teixeira, Martins & Advogados”.

Em 16.03.2016, em uma nova decisão do juízo de primeiro grau, determinou-se a cessação das interceptações telefônicas da sociedade de advogados e do celular do advogado Roberto Teixeira. Ressalta-se que foi somente nessa decisão de 16.03.2016 que o juízo parece ter fundamentado a interceptação do celular do patrono do paciente.

(...)

Tanto a interceptação do ramal-tronco do escritório de advocacia “Teixeira, Martins & Advogados” quanto a interceptação do telefone celular de Roberto Teixeira, portanto, perduraram por quase 30 (trinta dias), de 19.02.2016 a data de 16.03.2016. Durante esse período, foram ouvidas e gravadas todas as conversas havidas entre os 25 (vinte e cinco) advogados integrantes da sociedade, bem como entre o advogado Roberto Teixeira e o paciente.

A alegação da defesa é de que essas interceptações permitiram que o magistrado pudesse monitorar os atos e a estratégia de defesa do ex-presidente, configurando um grave atentado às garantias constitucionais da inviolabilidade das comunicações telefônicas e da ampla defesa.

(...)

Dessas informações, portanto, é possível concluir que o magistrado, embora tenha sido comunicado pelas operadoras de telefonia em 23.02.2016 e em 07.03.2016 de que o terminal telefônico interceptado pertencia ao escritório de advocacia “Teixeira, Martins & Advogados”, não analisou esses ofícios.

(...)

Observa-se, assim, que a interceptação telefônica do celular do Advogado Roberto Teixeira e do ramal-tronco do escritório de advocacia, é admitida com estranha naturalidade por parte do julgador com base no suposto argumento de que o número da sede do referido escritório teria sido equivocadamente vinculada à LILS Palestra pelo MPF.

A conduta do magistrado de interceptar os advogados do paciente para ter acesso antecipado aos seus movimentos processuais – por si só – seria causa suficiente para reconhecer a violação da independência judicial e a contaminação de todo os atos praticados pelo juiz.

Se ainda fôssemos avançar para compreender os significados, no mundo real, da violação do sigilo cliente-advogado, tenderíamos a ver que a interceptação dos patronos permitiu de fato que o magistrado e a Força-Tarefa de Curitiba se antecipassem às ações do paciente, deixando o sem saída defensiva em diversas oportunidades.

(...)

Não há, portanto, nenhuma dúvida de que os passos do paciente e suas discussões de estratégias processuais eram friamente monitorados pelo magistrado, o que subverte totalmente a sua posição de isenção quanto às teses defensivas.

Assim, há clareza na conclusão de que a arbitrária quebra do sigilo telefônico dos advogados do paciente macula a imparcialidade do excepto para julgamento da ação penal em que o ex-Presidente Lula figurava como réu”.

Como se pode extrair das razões que fundamentaram o juízo de convencimento firmado na decisão exarada pelo STF na ação em que se apreciou a suspeição do juiz Sérgio Moro no âmbito da ação penal nº 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR, a interceptação do ramal-tronco do escritório de advocacia “Teixeira, Martins & Advogados” foi realizada, supostamente, por um equívoco no conteúdo das informações veiculadas da petição de quebra de sigilo telefônico apresentada pelo Ministério Público Federal ao Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR.

Segundo relatado, o terminal telefônico do escritório de advocacia haveria sido erroneamente associado à pessoa jurídica “L.I.L.S Palestras, Eventos e Publicações Ltda.” – alvo das investigações – e, por conseguinte, foi incluído nas diligências de interceptação e suas sucessivas prorrogações realizadas no período compreendido entre 20/02/2016 e 07/03/2016. Não houve, portanto, qualquer fundamento legal a amparar a referida medida contra o escritório “Teixeira, Martins & Advogados”. Observa-se, ainda, que, nem mesmo após o encaminhamento de ofício ao juízo pela operadora de telefonia, em que constava a relação individualizada dos estabelecimentos a que correspondiam os números telefônicos (*ID 107782687 – p. 10/13*), o suposto equívoco foi sanado, havendo a interceptação do escritório de advocacia sido indevidamente renovada sucessivas vezes.

Em seguida, foi determinada, em decisão exarada em 26/02/2016, a interceptação do terminal telefônico pertencente ao telefone celular do próprio advogado Roberto Teixeira, sob o fundamento da existência de indícios de seu envolvimento da prática de delitos, os quais, contudo, não vieram a se confirmar.

Incontroverso, portanto, que a interceptação telefônica do ramal-tronco do escritório de advocacia “Teixeira, Martins & Advogados” mostrou-se desprovida de amparo legal, havendo sido realizada e renovada sem a devida apreciação e fundamentação judicial. Ademais, a violação do sigilo de todas as conversas realizadas pelos advogados integrantes do escritório interceptado, ao longo de todo o período de quase trinta dias em que perdurou a medida, consubstancia notória violação às prerrogativas constitucionais e legais da defesa.

Por outro lado, a legalidade da interceptação dos telefones do advogado Roberto Teixeira também foi objeto de apreciação pelo STF nos autos da Reclamação nº 23.457/PR, ajuizada pela então Presidente da República Dilma Rousseff, em face de decisão proferida nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR, em trâmite perante o Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR.

Em decisão monocrática proferida em 13/06/2016, o Rel. Min. Teori Zavascki julgou parcialmente procedente a Reclamação para reconhecer a violação de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, b, da Constituição da República) e cassar as decisões proferidas em 16/03/2016 e 17/03/2016 nos autos do “Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR”, as quais determinaram o levantamento do conteúdo de conversas interceptadas; bem como para reconhecer a nulidade do conteúdo de conversas colhidas após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas. É relevante notar que a referida decisão monocrática não apenas consignou a incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR para deliberar sobre medida de interceptação telefônica em que constava o envolvimento de interlocutores com prerrogativa de foro, *como também asseverou a ilegalidade da violação à norma de sigilo das diligências, rechaçando a invocação do interesse público como fundamento válido para divulgação do teor das conversações telefônicas interceptadas.* Confira-se:

“(...) 9. Procede, ainda, o pedido da reclamante para, cautelarmente, sustar os efeitos da decisão que suspendeu o sigilo das conversações telefônicas interceptadas. São relevantes os fundamentos que afirmam a ilegitimidade dessa decisão. Em primeiro lugar, porque emitida por juízo que, no momento da sua prolação, era reconhecidamente incompetente para a causa, ante a constatação, já confirmada, do envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro, inclusive a própria Presidente da República. Em segundo lugar, porque a divulgação pública das conversações telefônicas interceptadas, nas circunstâncias em que ocorreu, comprometeu o direito fundamental à garantia de sigilo, que tem assento constitucional. O art. 5º, XII, da Constituição somente permite a interceptação de conversações telefônicas em situações excepcionais, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Há, portanto, quanto a essa garantia, o que a jurisprudência do STF denomina reserva legal qualificada. A lei de regência (Lei 9.269/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. Contra essa ordenação expressa, que – repita-se, tem fundamento de validade constitucional – é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade”.

Interposto agravo regimental contra a referida decisão monocrática, o recurso veio a ser parcialmente conhecido e não provido, nos termos da decisão proferida, por unanimidade, pelo Plenário do STF, em 23/03/2017 (DJE 17/04/2017). *O acórdão transitou em julgado em 13/05/2017 (DJE 27/09/2017).*

Nesse contexto, exsurge, portanto, a ilegalidade da medida de interceptação telefônica e divulgação do conteúdo das conversações interceptadas no âmbito do “Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR”, envolvendo o advogado Roberto Teixeira e seus clientes.

A argumentação adotada pelo juízo de primeiro grau, em sentença, no sentido de que o interesse público tem primazia sobre interesses privados, a justificar a divulgação de teor da interceptação, não procede.

De início, remarque-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem entendendo de maneira firme que “o art. 8º da Lei 9.296/96 determina que *o sigilo das gravações telefônicas deverá ser sempre preservado*” (STJ, RMC 15.917, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.6.2007), com nítida opção, em caso de confronto, pela intimidade e privacidade do cidadão (art. 5º, inc. X, da CF).

O sigilo do monitoramento telefônico, ao revés do que afirma a sentença em relação ao Autor, deveria sim ser mantido e não divulgado o seu teor, inclusive nos meios midiáticos, preservando-se a intimidade do interceptado (art. 5º, LX, da CF), mormente nos diálogos gravados sobre assuntos privados e pessoais do Requerente, não se divisando espaço, portanto, para discussões acerca de que interesses públicos serviriam para autorizar a divulgação de diálogos telefônicos interceptados.

O jurista Pedro Serrano, sobre o tema relativo a interceptações, embora alusivo a outras pessoas, arreda a publicidade do ato judicial (art. 93, IX, da CF) e assenta a prevalência da intimidade e privacidade:

“(...) São públicos os atos processuais em geral, obviamente. Mas não os atos que impliquem ingresso na intimidade das pessoas”, avalia. “O que se qualifica como intimidade? Uma

conversa entre duas pessoas. A conversa entre Dilma e Lula era íntima. Não se pode alegar que não era. Então não se enquadra nessa hipótese do artigo constitucional citado. O direito à intimidade precede o dever de publicidade. O direito à intimidade é uma exceção à regra geral da publicidade”, diz o advogado. (...)” cf. www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/03/

Demonstrada, portanto, a indevida violação ao sigilo das comunicações do advogado Roberto Teixeira, no exercício da atividade profissional, por medida de interceptação telefônica realizada em desconformidade com os limites constitucionais e as normas estabelecidas pela legislação de regência, assim como a ilegalidade da divulgação das conversações telefônicas interceptadas (art. 8º da Lei 9.296/96), resta caracterizada a lesão a direitos extrapatrimoniais do Requerente, impondo-se reparação.

No que tange à repercussão do indevido levantamento do sigilo das interceptações na esfera dos direitos de personalidade do Autor, verifica-se que, segundo exposto pelo Apelante, a divulgação pela imprensa do número de seu celular e dos diálogos interceptados, repercutiu negativamente na sua vida privada e profissional. Segundo relata, a divulgação do conteúdo das interceptações motivou diversos atos de ameaças e insultos contra o Requerente, bem como deu ensejo a recusas e cancelamentos de contratos de seu escritório de advocacia, com queda substancial do volume de clientes.

Quanto ao ponto, a prova testemunhal produzida – em especial, o testemunho do gerente administrativo do escritório de advocacia do Autor – revelou que o mesmo passou a receber incontáveis mensagens através do aplicativo Whatsapp, contendo ameaças e xingamentos, além de fotos com teor ofensivo. A testemunha referiu, ainda, que houve a necessidade de trocar a linha de celular de longa data, com implicações de ordem profissional, visto que também era usado para contato com clientes. Segundo consta dos autos, o número da linha de celular do Autor estava habilitado desde 05/07/2010 (ID 107782695 – p. 475).

Encontram-se devidamente demonstradas, portanto, as repercussões do ato ilícito sobre a esfera de direitos da personalidade do Recorrente.

Nesta ordem de ideias, considero que o levantamento do sigilo das conversas interceptadas – uma das condutas maculadas pela seletividade do ex-magistrado Sérgio Fernando Moro, conforme entendimento do STF – repercutiu na esfera da personalidade do Autor e transcendeu o mero aborrecimento, violando o patrimônio imaterial do Requerente, no âmbito das suas relações de direito privado.

Por oportuno, registro que, em relação ao levantamento do sigilo aqui tratado, embora a Procuradoria Regional da República, nos processos nº 5051013.42.2016.4.04.0000 e 5051467-22.2016.4.04.0000, tenha promovido o arquivamento das notícias crimes por atipicidade, tal fato não obsta a caracterização do ilícito civil e o reconhecimento do direito à reparação.

Deste modo, considero devida a compensação pecuniária por danos morais.

No que se refere ao arbitramento do valor a título de indenização por danos morais, é firme a orientação jurisprudencial no sentido de que, nesses casos, a compensação pecuniária deve ser determinada segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado, nos seguintes moldes, *in verbis*:

“A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos

critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso”.

(STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* RT 776/195)

Considerando as circunstâncias específicas do caso concreto, em especial o levantamento indevido do sigilo das interceptações telefônicas, que inviabilizou o uso do número do telefone móvel do Autor, notadamente em sua atividade profissional, bem como a extensão do dano moral imposto, atento às circunstâncias fáticas e repercussão social do caso, assim como a posição do agressor e ainda sopesando a a posição da Turma relativa à matéria, tenho que o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) revela-se razoável e suficiente à compensação pretendida, sem importar no indevido enriquecimento da parte, razões pelas quais fixo a indenização neste patamar.

O valor indenizatório deve ser adimplido pela União, conforme dicção do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, diante da ilegalidade da conduta do seu então agente político, sem prejuízo de, ulteriormente, buscar a ré ressarcimento junto ao seu servidor público. A conduta do agente da ré, em franca violação aos comandos legais e com sua parcialidade reconhecida pela Suprema Corte, denota que suas decisões refugiam à mero atos judiciais tomados no decorrer do processo e visavam outros intentos, ao largo do processo em testilha, agindo com dolo para prejudicar terceiros, fazendo incidir a norma do art. 143, inc. I do CPC (antigo art. 133 do CPC/73).

Colaciono lição de Theotonio Negão, acerca do tema:

“(…) Diversamente das anteriores (CF/69, art. 107), a CF de 1988 não limitou a responsabilidade do Estado pelos danos causados apenas pelos seus funcionários a terceiros; atualmente, o Estado responde pelos danos de seus agentes, conceito que abrange todos aqueles que exercem função estatal, em caráter permanente ou não, e em que se incluem os membros do Poder Judiciário. Nesse sentido (...) : STF - 2a T, RE 228997-2-SP, Min. Neri da Silveira, DJU 14.04.02)” Código de Processo Civil e legislação processual em vigor - Theotonio Negrão ... et all- 48 ed. -Saraiva, 2017, comentário ao art. 143).

Sobre o valor indenizatório deve incidir correção monetária pelo índice IPCA-E, ante a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, neste ponto, e juros de mora de 0,5% ao mês (ADI 4.425 e RE 870.947/SE), ambos a partir da data do acórdão.

Da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através de ato editado em 07/01/2022 (Recomendação nº 123), recomendou aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo a motivação da presente decisão, portanto, em vista da natureza da matéria afeta à demanda, considerar as normas do regime jurídico de proteção internacional dos direitos humanos.

O Brasil possui a prevalência dos direitos humanos dentre os princípios regentes das relações internacionais (art. 4º, inc. II, da Constituição da República), bem como encontra-se vinculado, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), nos termos do Decreto nº 678/92, e à competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em todos

os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, conforme o Decreto nº 4.463/2002.

Observa-se que a CADH adota o princípio da subsidiariedade própria ou procedimental, estabelecendo, em seu art. 46, que a admissão, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de uma petição ou comunicação que contenha denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado Parte, está condicionada, em regra, à comprovação de interposição e esgotamento dos recursos da jurisdição interna.

Nota-se, portanto, que, no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, os Estados possuem responsabilidade primária pela tutela de direitos dessa natureza, assim como por assegurar a reparação na hipótese de sua violação. Por outro lado, eventual omissão das instâncias internas na proteção dos direitos humanos pode dar ensejo ao reconhecimento da responsabilidade do Estado perante tribunais internacionais a cuja jurisdição se encontre vinculado, devendo a jurisdição interna atuar de forma primária e preventiva em relação aos processos de responsabilidade internacional.

No que tange aos direitos relacionados à matéria veiculada nos presentes autos, é relevante notar a existência de precedente na jurisprudência da Corte IDH, no caso denominado “Escher e Outros vs. Brasil”, em que foi reconhecida a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação de direitos humanos em decorrência de interceptações telefônicas deflagradas ilicitamente em desfavor de membros do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. No referido caso, o Brasil foi condenado pela violação dos deveres de proteção a garantias judiciais, à honra, à dignidade e à liberdade de associação (artigos 1.1, 8.1, 11, 16 e 25.1 da CADH).

No presente caso, busca-se, igualmente, a reparação pela violação de direitos em decorrência da realização e divulgação ilícita do conteúdo de interceptações telefônicas, de modo que a determinação da compensação à vítima, pelos danos sofridos, tem por escopo, para além da reparação do direito violado, também a reafirmação da responsabilidade primária da jurisdição interna pela tutela dos direitos humanos e pela prevenção à responsabilidade internacional do Estado, notadamente em face dos deveres de proteção às garantias judiciais, à honra e à dignidade, os quais possuem assento convencional no Pacto de São José da Costa Rica.

Da retirada do conteúdo da rede mundial de computadores

No que concerne ao pedido de “promoção da retirada de todo o conteúdo das conversas interceptadas envolvendo o autor dos sites de pesquisa na Rede Mundial de Computadores, como Google, Live Search e Bing” (ID 107782689 – p. 37), o Juízo *a quo* considerou a União Federal como parte ilegítima, sob o fundamento de que a Ré não pode ser responsabilizada por divulgações oriundas da imprensa.

Neste capítulo, a sentença *não comporta reforma*.

A disponibilização do conteúdo na rede mundial de computadores não pode ser imputada exclusiva e diretamente à União Federal.

Segundo entendimento firmado pela jurisprudência do STJ acerca da matéria, é possível a determinação da retirada de conteúdo eminentemente privado indevidamente veiculado na rede mundial de computadores, em prol da tutela do direito à intimidade e à imagem, devendo tal pretensão, porém, ser deduzida em face dos provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do material indevido na internet. Excepcionalmente, é possível, ainda, a imposição de obrigação de fazer em face dos provedores de busca da internet para que promovam a desvinculação entre o nome da pessoa prejudicada - utilizado como critério exclusivo de pesquisa

- e a notícia que se pretende dissociar dos resultados (nesse sentido: REsp 1.660.168-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. do Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 08/05/2018).

Ademais, nos termos do art. 19 da Lei 12.965 (Marco Civil da Internet), a determinação de indisponibilização de conteúdo indevido “deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material” (§ 1º). Em consonância com a interpretação conferida pela jurisprudência acerca do referido dispositivo, o reconhecimento da responsabilidade dos provedores de hospedagem e de conteúdo dependerá da indicação, pela parte interessada, do respectivo URL em que se encontra o material apontado como impróprio. Nesse sentido, esclareceu a Min. Nancy Andrighi, no voto proferido no julgamento da Rcl 5.072 (STJ, Segunda Seção, DJe 04/06/2014):

“(…) 32. Na realidade, apenas mediante indicação do URL (sigla que corresponde à expressão Universal Resource Locator, que em português significa localizador universal de recursos. Trata-se de um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado site ou página) específico da página onde se encontra o conteúdo considerado ilegal ou ofensivo é que seria possível ao provedor de pesquisa controlar com eficiência a sua exclusão dos resultados da busca virtual, assegurando a eficácia da medida ao longo do tempo.

33. Entretanto, conhecendo o URL da página, a vítima terá como identificar o próprio responsável pela inclusão do conteúdo ilegal, ou pelo menos o provedor utilizado para hospedagem do respectivo site que, por sua vez, poderá indicar o IP (sigla que corresponde à expressão Internet Protocol, um número único, exclusivo, que individualiza cada computador na rede e por meio do qual cada máquina se identifica e se comunica) do autor do ilícito.

34. Diante disso, poderá agir diretamente contra essa pessoa, o que torna absolutamente dispensável a imposição de qualquer obrigação ao provedor de busca, pois, uma vez obtida a supressão da página de conteúdo ofensivo, ela será automaticamente excluída dos resultados de pesquisa.”

No caso, embora a publicização do teor das interceptações telefônicas haja sido determinada por força de decisão judicial, a sua divulgação se deu através de diversos veículos de imprensa que, na qualidade de provedores de conteúdo, foram responsáveis pela disponibilização do material indevido na internet. Portanto, em conformidade com a legislação de regência e com o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, a pretensão de retirada do conteúdo das interceptações telefônicas impugnadas da rede mundial de computadores deve ser deduzida diretamente em face dos provedores de conteúdo responsáveis pela veiculação do material indevido, ou, excepcionalmente, contra os provedores de busca da internet, para que promovam a desvinculação entre o nome do Autor, utilizado como critério exclusivo de pesquisa, e as notícias que se busca dissociar dos resultados.

A União Federal, contudo, não possui pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da lide em relação a tal pretensão, devendo, neste ponto, o feito ser extinto sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva *ad causam* (art. 485, inc. VI, do CPC).

Dos encargos da sucumbência

Na hipótese, cabível a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

Em consonância com o princípio da causalidade, sendo o recurso de apelação parcialmente provido para reformar a sentença recorrida e julgar parcialmente procedente a pretensão autoral, acolhendo-se parte substancial do pedido, impõe-se a inversão do ônus sucumbencial, para que a Ré seja condenada ao pagamento de honorários advocatícios.

Nesses termos, condeno a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, § 3º, inc. I, do Código de Processo Civil.

Dispositivo

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso de apelação para julgar parcialmente procedente a pretensão autoral e condenar a União Federal ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais à parte autora, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sobre o qual deverá incidir correção monetária, pelo índice IPCA-E, e juros de mora de 0,5% ao mês (ADI 4.425 e RE 870.947/SE), ambos a partir da data do acórdão.

Determino a *extinção do feito, sem resolução de mérito*, em relação à AJUFE, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil.

Mantido o segredo de Justiça apenas no que diz respeito às interceptações telefônicas e ao eventual sigilo de documentos.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5004230-53.2020.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: M. R. D. M.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/03/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO IDOSO E À PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PAGO AO IDOSO. EXCLUSÃO. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.741/03. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA). STF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 20 DA LEI Nº 8.742/93, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ISOLADA. ANÁLISE DA MISERABILIDADE EM CONJUNTO COM DEMAIS FATORES. IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO INCONTROVERSO. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. PROPRIEDADE COMO MEIO DE SUBSISTÊNCIA. FONTE DE RENDA DA FAMÍLIA. RENDIMENTOS SUFICIENTES PARA FAZER FRENTE AOS GASTOS ESSENCIAIS. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INVERSÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. DEVER DE PAGAMENTO SUSPENSO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA.

1 – O art. 203, V, da Constituição Federal instituiu o benefício de amparo social, assegurando o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2 - A Lei nº 8.742/93 e seus decretos regulamentares estabeleceram os requisitos para a concessão do benefício, a saber: pessoa deficiente ou idoso com 65 anos ou mais e que comprove possuir renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.

3 - Pessoa com deficiência é aquela incapacitada 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 uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, na dicção do art. 20, §2º, com a redação dada pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.

4 - A Lei Assistencial, ao fixar a renda *per capita*, estabeleceu uma presunção da condição de miserabilidade, não sendo vedado comprovar a insuficiência de recursos para prover a manutenção do deficiente ou idoso por outros meios de prova. Precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo de controvérsia.

5 - No que diz respeito ao limite de 1/4 do salário mínimo *per capita* como critério objetivo para comprovar a condição de miserabilidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 4374/PE, reapreciou a decisão proferida em sede de

controle concentrado de constitucionalidade (ADI nº 1.232-1/DF), declarando a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

6 - Pleiteia a parte autora a concessão de benefício assistencial, uma vez que, segundo alega, é incapaz e não possui condições de manter seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

7 - O requisito impedimento de longo prazo restou incontroverso nos autos, na medida em que o INSS não impugnou o capítulo da sentença que o reconheceu.

8 - O estudo social, elaborado com base em visita realizada na casa da demandante em 09 de julho de 2019 (ID 132867452, p. 73/83), informou que o núcleo familiar é formado por esta, seus pais, uma irmã e um irmão.

9 - Residem em *“imóvel próprio, térreo, edificado em alvenaria, de padrão popular, cujo o ambiente interno está distribuído em seis cômodos, que garante o acolhimento e a proteção dos seus moradores”*.

10 - As despesas relatadas, envolvendo gastos com água, alimentação, energia elétrica, gás e medicamentos, cingiam a aproximadamente R\$ 638,00.

11 - A renda da família, segundo o informado à assistente, decorria dos rendimentos da genitora da requerente, no valor declarado de R\$ 480,00 a R\$ 720,00, pelo trabalho realizado como diarista, cuidador de idosos ou de crianças. Recebiam, ainda, R\$ 300,00 do Programa Bolsa Família, valor este que sequer pode ser considerado para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada (art. 4º, §2º, II, do Dec. 6.214/2007).

12 - Desprovida de qualquer contexto, seria possível inferir que a renda *per capita* familiar era inferior ao parâmetro jurisprudencial de miserabilidade, de metade de um salário mínimo. Por outro lado, os rendimentos obtidos são indicativos de que são suficientes para os gastos essenciais dos integrantes da família.

13 - Como já se afirmou anteriormente, para o exame da hipossuficiência econômica, o critério da renda deve ser avaliado de acordo com o conjunto probatório. Tal orientação assume ainda mais relevância no caso em apreço, eis que se está diante de situação peculiar, a ser pautada por lógica distinta. Isso porque a propriedade rural familiar foi adquirida por meio de recursos destinados à colonização e reforma agrária. Como bem assinalado no recurso do Parquet, *“assim, pressupõe-se que a propriedade sirva como meio de subsistência e, até mesmo, como fonte de renda da família que a adquiriu desta maneira”* (ID 140508278, p. 10).

14 - Nessa ótica, importante destacar as informações trazidas pela assistente social: *“observou-se que a segurança alimentar da unidade familiar, também, advém do manejo da propriedade rural que conta com a criação de pequenos animais (galináceos) e o manejo de bovinos, pertencentes aos periciados (cerca de trinta e cinco animais), bem como, realiza o cultivo de leguminosas e demais plantações que utilizam para o consumo do núcleo familiar. Ainda, observou que do rebanho bovino, realizam a sua venda esporadicamente, porém, não declarou o valor das vendas realizadas. Sobre o manejo da propriedade, cabe o esforço coletivo do genitor e seu filho Leandro para a sua manutenção.”*

15 - Por tais apontamentos, claro está que ao menos o irmão e o genitor da demandante estavam diretamente envolvidos com as atividades produtivas da propriedade, cujos benefícios eram revertidos em favor de toda a família. Além de pequenos animais e do cultivo de hortaliças, até a venda de bovinos era realizada para a manutenção da família, o que certamente contribuía para o pagamento das despesas.

16 - Portanto, pela totalidade dos elementos reunidos no estudo, não se está a negar que o núcleo familiar vivencie uma situação de simplicidade, no entanto, compreende-se que os rendimentos – também incluídos nesta rubrica tudo o que advém da produção da propriedade rural da família, da alienação dos animais e do cultivo ou mesmo da venda das hortaliças – são suficientes para fazer frente aos gastos essenciais e às necessidades básicas dos integrantes da família.

17 - Apurou-se, ainda, que eram acompanhados regularmente pela equipe volante da rede SUAS – Sistema Único de Assistência Social que atende a região, os quais, esporadicamente, fornecem-lhes uma cesta básica.

18 - Repisa-se, ainda, que as condições de habitabilidade são razoáveis e o mobiliário que garante a residência atende de modo satisfatório a requerente e a sua família.

19 - Por todo o exposto, em minuciosa análise do conjunto fático probatório, verifica-se que o núcleo familiar não se enquadra na concepção legal de hipossuficiência econômica, não fazendo, portanto, a parte autora, jus ao benefício assistencial.

20 - O benefício assistencial de prestação continuada é auxílio que deve ser prestado pelo Estado, portanto, por toda a sociedade, *in extremis*, ou seja, nas específicas situações que preencham os requisitos legais estritos, bem como se e quando a situação de quem o pleiteia efetivamente o recomende, no que se refere ao pouco deixado pelo legislador para a livre interpretação do Poder Judiciário.

21 - Ainda que o magistrado sensibilize-se com a situação apresentada pela parte autora e compadeça-se com a horripilante realidade a que são submetidos os trabalhadores em geral, não pode determinar à Seguridade a obrigação de pagamento de benefício, que independe de contribuição, ou seja, cujo custeio sairá da receita do órgão pagador - contribuições previdenciárias e sociais - e cujos requisitos mínimos não foram preenchidos, sob pena de criar perigoso precedente que poderia causar de vez a falência do já cambaleado Instituto Securitário.

22 - O legislador não criou programa de renda mínima. As Leis nº 8.742/93 e 10.741/03 vão além e exigem que o idoso se encontre em situação de risco. Frisa-se que o dever de prestar a assistência social, por meio do pagamento pelo Estado de benefício no valor de um salário mínimo, encontra-se circunspecto àqueles que se encontram em situação de miserabilidade, ou seja, de absoluta carência, situação essa que evidencia que a sobrevivência de quem o requer, mesmo com o auxílio de outros programas sociais, como fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos de saúde pela rede pública, não são suficientes a garantir o mínimo existencial.

23 - O benefício em questão, que independe de custeio, não se destina à complementação da renda familiar baixa e a sua concessão exige do julgador exerça a ingrata tarefa de distinguir faticamente entre as situações de pobreza e de miserabilidade, eis que tem por finalidade precípua prover a subsistência daquele que o requer.

24 - Inversão do ônus sucumbencial, com condenação da parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados no percentual mínimo do §3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atribuído à causa, devidamente atualizado (CPC, art. 85, §2º), observando-se o previsto no §3º do artigo 98 do CPC.

25 - Apelação do INSS provida. Sentença reformada. Ação julgada improcedente. Inversão das verbas de sucumbência. Dever de pagamento suspenso. Gratuidade da justiça.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do INSS, para reformar a r. sentença de 1º grau de jurisdição e, com isso, julgar improcedente o pedido deduzido na inicial, condenada a parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados no percentual mínimo do §3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atribuído à causa, devidamente atualizado, suspensa a sua exigibilidade por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que a fundamentou, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em ação ajuizada por M.R.D.M, representada por sua genitora MARTINELE RIBEIRO, objetivando a concessão de benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A r. sentença julgou procedente o pedido, condenando o INSS na concessão e no pagamento dos atrasados de beneplácito assistencial, desde a data do requerimento administrativo (27/02/2017), acrescidas as diferenças apuradas de correção monetária e juros de mora. Condenou-o, ainda, no pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença (ID 132867452, p. 104/108).

Em razões recursais, o INSS pugna pela reforma da sentença, ao fundamento de que a demandante não demonstrou ser hipossuficiente para fins de concessão de benefício assistencial. Subsidiariamente, pleiteia a fixação da data de início do benefício na data da juntada do laudo pericial. Por fim, prequestiona a matéria (ID 132867452, p. 119/123).

A parte autora apresentou contrarrazões (ID 132867452, p. 125/132).

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

Parecer do Ministério Público Federal (ID 238919442, p. 1), no sentido da conversão do julgamento em diligência, para a realização de novo estudo social.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

A República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana que, segundo José

Afonso da Silva, consiste em:

“um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.”

(Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 106-107).

Para tornar efetivo este fundamento, diversos dispositivos foram contemplados na elaboração da Carta Magna, dentre eles, o art. 7º, IV, que dispõe sobre as necessidades vitais básicas como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social e o art. 203, que instituiu o benefício do amparo social, com a seguinte redação:

“A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Entretanto, o supracitado inciso, por ser uma norma constitucional de eficácia limitada, dependia da edição de uma norma posterior para produzir os seus efeitos, qual seja, a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, regulamentada pelo Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995 e, posteriormente, pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.

O art. 20 da Lei Assistencial, com redação fornecida pela Lei nº 12.435/2011, e o art. 1º de seu decreto regulamentar estabeleceram os requisitos para a concessão do benefício, quais sejam: ser o requerente deficiente ou idoso, com 70 anos ou mais e que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família. A idade mínima de 70 anos foi reduzida para 67 anos, a partir de 1º de janeiro de 1998, pelo art. 1º da Lei nº 9.720/98 e, posteriormente, para 65 anos, através do art. 34 da Lei nº 10.741 de 01 de outubro de 2003, mantida, inclusive, por ocasião da edição da Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011.

Os mesmos dispositivos legais disciplinaram o que consideram como pessoa com deficiência, família e ausência de condições de se manter ou de tê-la provida pela sua família.

Pessoa com deficiência é aquela incapacitada para o trabalho, em decorrência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, na dicção do art. 20, §2º, com a redação dada pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.

O impedimento de longo prazo, a seu turno, é aquele que produz seus efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (§10).

A incapacidade exigida, por sua vez, não há que ser entendida como aquela que impeça a execução de todos os atos da vida diária, para os quais se faria necessário o auxílio permanente de terceiros, mas a impossibilidade de prover o seu sustento por meio do exercício de trabalho ou ocupação remunerada.

Neste sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, em julgado da lavra do Ministro Relator Gilson Dipp (5ª Turma, REsp nº 360.202, 04.06.2002, DJU 01.07.2002, p. 377), oportunidade em que se consignou: *“O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador”*.

No que se refere à *hipossuficiência econômica*, a Medida Provisória nº 1.473-34, de 11.08.97, transformada na Lei nº 9.720, em 30.11.98, alterou o conceito de família para considerar o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, desde que vivendo sob o mesmo teto. Com a superveniência da Lei nº 12.435/11, definiu-se, expressamente para os fins do art. 20, *caput*, da Lei Assistencial, ser a família composta pelo requerente, cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto (art. 20, §1º).

Já no que diz respeito ao limite de 1/4 do salário mínimo *per capita* como critério objetivo para comprovar a condição de miserabilidade, anoto que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 4374/PE, reapreciou a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI nº 1.232-1/DF), declarando a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

O v. acórdão, cuja ementa ora transcrevo, transitou em julgado em 19.09.2013:

“Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência

atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação - no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação - que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. *Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.* 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (Rcl 4374, GILMAR MENDES, STF)”

Entretanto, interpretando tal decisão, chega-se à conclusão de que a Lei Assistencial, ao fixar a renda *per capita*, estabeleceu uma presunção da condição de miserabilidade, não sendo vedado comprovar a insuficiência de recursos para prover a manutenção do deficiente ou idoso por outros meios de prova.

Tal entendimento descortina a possibilidade do exame do requisito atinente à hipossuficiência econômica pelos já referidos “outros meios de prova”.

A questão, inclusive, levou o Colendo Superior Tribunal de Justiça a sacramentar a discussão por meio da apreciação da matéria em âmbito de recurso representativo de controvérsia repetitiva assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA *PER CAPITA* DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

(...)

5. A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tariffação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.”

(REsp nº 1.112.557/MG, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJ 20/11/2009). (grifos nossos)

No que pertine à exclusão, da renda do núcleo familiar, do valor do benefício assistencial percebido pelo idoso, conforme disposto no art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03, referido tema revelou-se polêmico, por levantar a discussão acerca do *discrimen* em se considerar somente o benefício assistencial para a exclusão referida, e não o benefício previdenciário de qualquer natureza, desde que de igual importe; sustentava-se, então, que a *ratio legis* do artigo em questão dizia respeito à irrelevância do valor para o cálculo referenciado e, bem por isso, não havia justificativa plausível para a discriminação.

Estabelecido o dissenso inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça, o mesmo se resolveu no sentido, enfim, de se *excluir do cálculo da renda familiar todo e qualquer benefício de valor mínimo recebido por pessoa maior de 65 anos*, em expressa aplicação analógica do contido no art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.

Refiro-me, inicialmente, à Petição nº 7203/PE (Incidente de Uniformização de Jurisprudência), apreciada pela 3ª Seção do STJ em 10 de agosto de 2011 (Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura) e, mais recentemente, ao Recurso Especial nº 1.355.052/SP, processado segundo o rito do art. 543-C do CPC/73 e que porta a seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NA LEI N. 8.742/93 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AFERIÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. RENDA *PER CAPITA*. IMPOSSIBILIDADE DE SE COMPUTAR PARA ESSE FIM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO, RECEBIDO POR IDOSO.

1. Recurso especial no qual se discute se o benefício previdenciário, recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, deve compor a renda familiar para fins de concessão ou não do benefício de prestação mensal continuada a pessoa deficiente.

2. Com a finalidade para a qual é destinado o recurso especial submetido a julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC, define-se: Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda *per capita* prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008.

(REsp nº 1.355.052/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 25/02/2015, DJe 05/11/2015). (grifos nossos)

Do caso concreto.

Pleiteia a parte autora a concessão de benefício assistencial, uma vez que, segundo alega, é incapaz e não possui condições de manter seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

O requisito impedimento de longo prazo restou incontroverso nos autos, na medida em que o INSS não impugnou o capítulo da sentença que o reconheceu.

O estudo social, elaborado com base em visita realizada na casa da demandante em 09 de julho de 2019 (ID 132867452, p. 73/83), informou que o núcleo familiar é formado por esta, seus pais, uma irmã e um irmão.

Residem em “*imóvel próprio, térreo, edificado em alvenaria, de padrão popular, cujo o ambiente interno está distribuído em seis cômodos, que garante o acolhimento e a proteção dos seus moradores*”.

As despesas relatadas, envolvendo gastos com água, alimentação, energia elétrica, gás e medicamentos, cingiam a aproximadamente R\$ 638,00.

A renda da família, segundo o informado à assistente, decorria dos rendimentos da genitora da requerente, no valor declarado de R\$ 480,00 a R\$ 720,00, pelo trabalho realizado como diarista, cuidador de idosos ou de crianças. Recebiam, ainda, R\$ 300,00 do Programa Bolsa Família, valor este que sequer pode ser considerado para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada (art. 4º, §2º, II, do Dec. 6.214/2007)

Desprovida de qualquer contexto, seria possível inferir que a renda *per capita* familiar era inferior ao parâmetro jurisprudencial de miserabilidade, de metade de um salário mínimo. Por outro lado, os rendimentos obtidos são indicativos de que são suficientes para os gastos essenciais dos integrantes da família.

Como já se afirmou anteriormente, para o exame da hipossuficiência econômica, o critério da renda deve ser avaliado de acordo com o conjunto probatório. Tal orientação assume ainda mais relevância no caso em apreço, eis que se está diante de situação peculiar, a ser pautada por lógica distinta. Isso porque a propriedade rural familiar foi adquirida por meio de recursos destinados à colonização e reforma agrária. Como bem assinalado no recurso do Parquet, “*assim, pressupõe-se que a propriedade sirva como meio de subsistência e, até mesmo, como fonte de renda da família que a adquiriu desta maneira*” (ID 140508278, p. 10).

Nessa ótica, importante destacar as informações trazidas pela assistente social: “*observou-se que a segurança alimentar da unidade familiar, também, advém do manejo da propriedade rural que conta com a criação de pequenos animais (galináceos) e o manejo de bovinos, pertencentes aos periciados (cerca de trinta e cinco animais), bem como, realiza o cultivo de leguminosas e demais plantações que utilizam para o consumo do núcleo familiar. Ainda, observou que do rebanho bovino, realizam a sua venda esporadicamente, porém, não declarou o valor das vendas realizadas. Sobre o manejo da propriedade, cabe o esforço coletivo do genitor e seu filho Leandro para a sua manutenção.*”

Por tais apontamentos, claro está que ao menos o irmão e o genitor da demandante estavam diretamente envolvidos com as atividades produtivas da propriedade, cujos benefícios

eram revertidos em favor de toda a família. Além de pequenos animais e do cultivo de hortaliças, até a venda de bovinos era realizada para a manutenção da família, o que certamente contribuía para o pagamento das despesas.

Portanto, pela totalidade dos elementos reunidos no estudo, não se está a negar que o núcleo familiar vivencie uma situação de simplicidade, no entanto, compreende-se que os rendimentos – também incluídos nesta rubrica tudo o que advém da produção da propriedade rural da família, da alienação dos animais e do cultivo ou mesmo da venda das hortaliças – são suficientes para fazer frente aos gastos essenciais e às necessidades básicas dos integrantes da família.

Apurou-se, ainda, que eram acompanhados regularmente pela equipe volante da rede SUAS – Sistema Único de Assistência Social que atende a região, os quais, esporadicamente, fornecem-lhes uma cesta básica.

Repisa-se, ainda, que as condições de habitabilidade são razoáveis e o mobiliário que garante a residência atende de modo satisfatório a requerente e a sua família.

Por todo o exposto, em minuciosa análise do conjunto fático probatório, verifico que o núcleo familiar não se enquadra na concepção legal de hipossuficiência econômica, não fazendo, portanto, a parte autora, jus ao benefício assistencial.

É preciso que reste claro ao jurisdicionado que o benefício assistencial da prestação continuada é auxílio que deve ser prestado pelo Estado, portanto, por toda a sociedade, *in extremis*, ou seja, nas específicas situações que preencham os requisitos legais estritos, bem como se e quando a situação de quem o pleiteia efetivamente o recomende, no que se refere ao pouco deixado pelo legislador para a livre interpretação do Poder Judiciário.

Ainda que o magistrado sensibilize-se com a situação apresentada pela parte autora e compadeça-se com a horripilante realidade a que são submetidos os trabalhadores em geral, não pode determinar à Seguridade a obrigação de pagamento de benefício, que independe de contribuição, ou seja, cujo custeio sairá da receita do órgão pagador - contribuições previdenciárias e sociais - e cujos requisitos mínimos não foram preenchidos, sob pena de criar perigoso precedente que poderia causar de vez a falência do já cambaleado Instituto Securitário.

O legislador não criou programa de renda mínima. Até porque a realidade econômico-orçamentária nacional não suportaria o ônus financeiro disto. Frisa-se que o dever de prestar a assistência social, por meio do pagamento pelo Estado de benefício no valor de um salário mínimo, encontra-se circunspecto àqueles que se encontram em situação de miserabilidade, ou seja, de absoluta carência, situação essa que evidencia que a sobrevivência de quem o requer, mesmo com o auxílio de outros programas sociais, como fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos de saúde pela rede pública, não são suficientes a garantir o mínimo existencial.

Repito que o benefício em questão, que independe de custeio, não se destina à complementação da renda familiar baixa e a sua concessão exige do julgador exerça a ingrata tarefa de distinguir faticamente entre as situações de pobreza e de miserabilidade, eis que tem por finalidade precípua prover a subsistência daquele que o requer.

Inverso, por conseguinte, o ônus sucumbencial, condenando a parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como no pagamento dos honorários advocatícios, os quais arbitro no percentual mínimo do §3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atribuído à causa, devidamente atualizado (art. 85, §2º, do CPC).

Havendo a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto no §3º do artigo 98 do CPC, ficará a exigibilidade suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que a fundamentou.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do INSS, para reformar a r. sentença de 1º grau de jurisdição e, com isso, julgar improcedente o pedido deduzido na inicial, condenada a parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados no percentual mínimo do §3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atribuído à causa, devidamente atualizado, suspensa a sua exigibilidade por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que a fundamentou.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5017166-70.2020.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL
 Apelada: MARCIA SENATORE PEREIRA DA CRUZ NORCIA
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/03/2022

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. TRATAMENTO MÉDICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. COMPROVAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

- Os artigos 5º e 196 da Constituição Federal consagram o direito à vida e à saúde, os quais decorrem dos deveres impostos à União, Estado, Distrito Federal e Municípios pelos artigos 6º, 23, inciso II, 196 a 200 e 208 da Lei Maior na concretização de garantias fundamentais.
- É de suma importância que o médico seja respeitado nas prescrições que faz, uma vez que é quem acompanha e faz recomendações ao paciente, salvo quando a atividade contrarie os próprios conhecimentos existentes no campo da Medicina, o que não é o caso. Ademais, o encaminhamento da autora para cirurgia denota a ineficácia de outros tratamentos, de modo que deve ser cumprido.
- Os documentos acostados aos autos comprovam que a apelada é portadora de cordoma do sacro e necessita de cirurgia, a ser realizada no Hospital Beneficência Portuguesa, credenciado ao FUSEX para casos de alta complexidade.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram a Des. Fed. MARLI FERREIRA e a Des. Fed. MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

Apelação interposta pela *União* (Id. 164860920) contra sentença que, em sede de ação de rito ordinário, julgou procedente o pedido para “determinar que custeie todo o tratamento necessário em decorrência de sua neoplasia, em especial a cirurgia de Sacretomia Parcial no hospital credenciado da Fused, Hospital Beneficência Portuguesa, com o médico assistente, Dr. Alexandre Penna, CRM-SP 115.772”, fixada a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (Id. 164860916).

Alega, em síntese, que:

a) o Decreto nº 92.512/86 define as condições de atendimento e indenizações para a assistência médico-hospitalar ao militar e seus dependentes, referindo-se, também, às regulamentações específicas das Forças Singulares (Marinha, Exército e Aeronáutica);

b) o direito ao tratamento médico aos militares e seus dependentes será fornecido nas condições ou limitações impostas na legislação e regulamentação específica por expressa disposição legal (Lei nº 6.880/80, art. 50, Portaria nº 653/2005, art. 4º);

c) a contribuição ao FUSEX tem natureza tributária e a sentença criou dispêndio financeiro sem autorização normativa, confundindo-o com o SUS;

d) o procedimento administrativo observou o disposto no artigo 13, § 1º, da IR 30-38, bem como as normas de encaminhamentos aprovadas pela Portaria nº 235-DGP/2017;

e) o procedimento orçado pelo Hospital Beneficência Portuguesa ficou muito caro, acima do valor cobrado pelo Hospital Belo Horizonte, local onde deveria ter sido realizada a cirurgia, em obediência aos princípios da economicidade e da razoabilidade;

f) a opção feita pela apelada violou o princípio da isonomia.

Contrarrrazões apresentadas no Id. 164860924, nas quais a apelada requer seja desprovido o recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

Apelação interposta pela *União* (Id. 164860920) contra sentença que, em sede de ação de rito ordinário, julgou procedente o pedido para “determinar que custeie todo o tratamento necessário em decorrência de sua neoplasia, em especial a cirurgia de Sacretomia Parcial no hospital credenciado da Fusex, Hospital Beneficência Portuguesa, com o médico assistente, Dr. Alexandre Penna, CRM-SP 115.772”, fixada a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (Id. 164860916).

A Constituição Federal de 1988 estabelece:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Referidas normas consagram o direito à vida e à saúde, os quais decorrem dos deveres impostos à União, Estado, Distrito Federal e Municípios pelos artigos 6º, 23, inciso II, 196 a 200 e 208 da Lei Maior na concretização de garantias fundamentais.

É certo, outrossim, que cumpre ao Judiciário a efetivação dos direitos prescritos na Constituição Federal e nas leis. É a garantia fundamental do artigo 5º, *caput* e inciso XXXV, da Carta Magna. O artigo 2º do Estatuto Constitucional deve ser interpretado em harmonia com o acesso à jurisdição e com os dispositivos pertinentes à saúde pública (artigo 6º, inciso II, e artigos 196 a 200 da CF).

É de suma importância que o médico seja respeitado nas prescrições que faz, uma vez que é quem acompanha e faz recomendações ao paciente, salvo quando a atividade contrarie os próprios conhecimentos existentes no campo da Medicina, o que não é o caso. Ademais, o encaminhamento da autora para cirurgia denota a ineficácia de outros tratamentos, de modo que deve ser cumprido.

Os documentos acostados aos autos comprovam que a apelada é portadora de cordoma do sacro e necessita de cirurgia (Id. 164860833, Id. 164860834, Id. 164860844, Id. 164860890 e Id. 164860891), a ser realizada no Hospital Beneficência Portuguesa, credenciado ao FUSEX (Id. 164860841 - fl. 02). O relatório médico atesta que (Id. 164860833):

“Paciente Márcia Senatore da Cruz Nórcia, portadora de uma neoplasia maligna na região do sacro (cordoma do sacro). Com indicação de sacrectomia parcial, com margem oncológica. Trata-se de procedimento de porte muito grande que demanda UTI e equipe hospitalar multidisciplinar. Pela complexidade do procedimento, ele foi solicitado no Hospital Beneficência Portuguesa que tem todos os recursos necessários para que a Sr^a Márcia saia com êxito da cirurgia.
CID: C40”

O parecer médico consignou que (Id. 164860844):

“Declaro para os fins de auditoria que a Cap. MÁRCIA SENATORE DA CRUZ NÓRCIA, vinculado ao Cmdo 2º RM, PREC-CP 983152162-00, apresenta o diagnóstico de cordoma de sacro (diagnóstico através de investigação de coccidínea), em programação cirúrgica de sacrectomia, a ser realizada em OCS. Foi por mim avaliada em 29 de junho de 2020, a pedido do FUSEX, para avaliação de sacrectomia para tratamento de cordoma de sacro. Paciente apresenta dor sacrococcígea para membro inferior esquerdo, e foi submetida a biópsia óssea sacral guiada por tomografia, em 14 de maio de 2020, para esclarecimento diagnóstico por equipe assistente da Beneficência Portuguesa (OCS). Após o diagnóstico de cordoma em sacro, foi solicitada autorização para procedimento em OCS. Quanto à pertinência de tratamento oncológico clínico e cirúrgico deste caso em OCS: a neurocirurgia, sob o ponto de vista técnico neurocirúrgico não realiza este procedimento no HMASP. Portanto não possui capacidade de tratar este caso nesta OMS. Este procedimento, assim como a assistência oncológica dos cordomas sacrais deve ser feita por especialistas em patologias no sacro, e não há esta especialidade no HMASP.”

O documento Id. 164860890 consignou a urgência na realização do procedimento:

“Por se tratar de paciente com neoplasia maligna, diagnosticada por biópsia. O quanto antes for realizada a cirurgia definitiva, maiores as chances de cura da paciente.”

Note-se que é notória a necessidade da realização de cirurgia, de modo que não há que se falar em violação aos princípios da igualdade, da razoabilidade, da integralidade, da descentralização (CF, art. 198) e da universalidade. Ademais, a demora da apelante na realização do procedimento médico justificou a procura do Poder Judiciário para assegurar o exercício do direito à saúde, de modo que não há que se falar em escolha de hospital, mormente porque o Hospital Beneficência Portuguesa está credenciado para casos de alta complexidade (Id. 164860841 - fl. 02). Correta, portanto, a sentença. A legislação apontada (Dec. nº 92.512/86, Lei nº 6.880/80, art. 50, Portaria nº 653/2005, art. 4º, IR 30-38, art. 13, § 1º, Portaria nº

235-DGP/2017), bem como a natureza jurídica das contribuições ao FUSEX, não são aptas a afastar referido entendimento.

Ante o exposto, voto para negar provimento à apelação.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

5003890-35.2021.4.03.6100

Parte Autora: ADRIANA DIAS PEREIRA DO NASCIMENTO

Partes Rés: PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP, CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/03/2022

EMENTA

CONSTITUCIONAL - LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL - DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS - REGISTRO NO CONSELHO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL SOB A ÉGIDE DA LEI N 10.602/2002. EXIGÊNCIA A PARTIR DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 14.282/2021.

- O artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

- A Lei Federal nº. 10.602/02, ao dispor sobre o Conselho Profissional dos Despachantes Documentalistas, não impôs exigência para a inscrição dos profissionais.

- Em 28 de dezembro de 2021 sobreveio a Lei nº 14.282/2021 que estabeleceu condições para o exercício da profissão de despachante documentalista, que passaram a ser exigidas a partir de então.

- Remessa necessária parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa necessária para limitar os efeitos da sentença à data da vigência da Lei nº 14.282/2021, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ADRIANA DIAS PEREIRA DO NASCIMENTO em face CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO objetivando viabilizar a inscrição no Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas, sem a apresentação de “Diploma SSP”, curso de qualificação profissional ou outra exigência similar.

A r. sentença (id 196147649) julgou parcialmente procedente o pedido. Sem condenação em honorários advocatícios. Custas “ex lege”.

Sentença sujeita ao necessário reexame.

Não houve interposição de recurso voluntário pelas partes.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A Lei Federal nº. 10.602/02, ao dispor sobre o Conselho Profissional dos Despachantes Documentalistas, não impôs exigência para a inscrição dos profissionais.

A Presidência da República na declaração de veto aos diversos artigos da Lei Federal nº. 10.602/02, consignou:

“Cabe registrar que os conselhos constituem órgãos próprios de fiscalização de algumas profissões regulamentadas por lei. Não obstante o disposto no inciso XIII do art. 5º da Constituição, que assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão, inexistente no ordenamento jurídico lei a disciplinar a profissão de ‘despachante documentalista’.

Entretanto, é oportuno informar que a atividade - despachante documentalista - faz parte da Classificação Brasileira de Ocupações disponibilizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, onde se verifica que estes trabalhadores autônomos podem atuar sem qualquer supervisão, especialmente, representando o seu cliente junto a órgãos e entidades competentes.

Nada obsta a associação desses trabalhadores para o fim de estabelecer regras aplicáveis aos seus associados. Depreende-se do próprio projeto que já existem Conselhos Federal e Regionais em funcionamento (art. 7º), sem qualquer interferência do Poder Público, cuja atuação permite a defesa dos interesses dos trabalhadores filiados”.

Assim, sob a égide da Lei 10.602/2002, a exigência de diploma, curso de fiscalização ou similar para inscrição perante o Conselho Profissional dos Despachantes Documentalistas não tinha respaldo legal.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. INSCRIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 10.602/2002. APLICABILIDADE.

1. Na espécie, o presente *mandamus* foi impetrado objetivando ver reconhecido o direito líquido e certo do impetrante à inscrição perante o Conselho Regional dos *Despachantes Documentalistas* do Estado de São Paulo - CRDD/SP, sem a necessidade de apresentação do Diploma SSP, realização de curso de qualificação profissional ou especial qualificação.

2. Inexiste, no ordenamento jurídico nacional, norma que imponha condições ao exercício da profissão de despachante documentalista.

3. A Lei nº 10.602/2002, que dispõe acerca do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas, não fixou quaisquer requisitos para o exercício da atividade, de modo que a exigência de Diploma SSP, bem como a realização de curso de qualificação, fere o princípio da legalidade.

4. Acresça-se, a propósito, que o artigo 4º da Lei nº 10.602/2002 que dispunha que “o exercício da profissão de Despachante Documentalista é privativo das pessoas habilitadas pelo Conse-

lho Regional dos Despachantes Documentalistas de sua jurisdição, nos termos das normas baixadas pelo Conselho Federal”, restou vetado, demonstrando, desse modo, a impossibilidade de disciplina da profissão mediante ato normativo emanado do respectivo Conselho Federal. Precedente desta Corte Regional.

5. Remessa oficial improvida.

(TRF-3, REOMS 0014726-65.2015.4.03.6100/SP, Quarta Turma, Rel. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, DJe 16/02/2017).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. EXIGÊNCIA DE REQUISITOS. ILEGALIDADE. LEI Nº 10.602/2002.

1. O cerne da questão posta a desate consiste no exame da legalidade e regularidade das exigências de apresentação de diploma SSP, realização de cursos de qualificação ou outras similares, para a inscrição nos quadros do Conselho Regional dos *despachantes* documentalistas do Estado de São Paulo.

2. Dentre os direitos e garantias constitucionalmente assegurados, a Magna Carta consagra a liberdade de exercício profissional, em seu art. 5º, XIII, explicitando: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

3. É certo que o exercício desse direito será disciplinado por lei, que fixará as condições e requisitos de capacitação necessários ao desempenho do trabalho, ofício ou profissão, observado o interesse público existente.

4. A corroborar esse entendimento, a própria Lei Maior outorgou à União Federal a competência para disciplinar as condições para o exercício das profissões (art. 22, XVI).

5. Assim, conclui-se que a regulamentação do exercício de determinada profissão é essencial no que concerne àquelas atividades que exigem qualificação específica ou formação superior, cujo mau desempenho pode vir a gerar qualquer ato danoso, nocivo ou inconveniente ao público que delas se utilizam, situações estas que, inobstante a importância e relevância da atividade ora em questão, não são características no caso em espécie.

6. E é justamente a partir dessa regulamentação, que nasce o poder de fiscalização de determinadas profissões, como forma de coibir abusos e eventuais danos materiais, à saúde ou segurança das pessoas.

7. No caso em espécie, a criação e as atividades do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais dos despachantes documentalistas foram regulamentadas pela Lei nº 10.602/2002, nada tendo sido determinado, no entanto, em relação à obrigatoriedade de apresentação de documentos ou cursos específicos para a realização das atividades profissionais.

8. Assim, as eventuais exigências formuladas pelo Conselho para a inscrição do profissional em seus quadros, resvalam no princípio da estrita legalidade, não podendo configurar óbices ao regular exercício da profissão. Precedentes jurisprudenciais desta E. Corte.

9. Remessa necessária improvida.

(TRF-3, REOMS 2015.61.00.011313-3/SP, Sexta Turma, Rel. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, DJe /2017).

Contudo, em 28 de dezembro de 2021 sobreveio a Lei nº 14.282/2021 que dispôs no artigo 5º:

Art. 5º São condições para o exercício da profissão de despachante documentalista:

I - ter idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos ou ser emancipado na forma da lei;

II - ser graduado em nível tecnológico como despachante documentalista em curso reconhecido na forma da lei;

III - estar inscrito no respectivo conselho regional dos despachantes documentalistas.

Parágrafo único. O conselho regional dos despachantes documentalistas, em cumprimento ao inciso II deste artigo, expedirá a habilitação, respeitada a competência adquirida no curso de graduação tecnológica.

Tal norma deve ser aplicada de imediato, inclusive aos processos em curso, pelo que a partir da sua vigência passou a ser válida a exigência no Conselho para o exercício da profissão de despachante documentalista.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa necessária para limitar os efeitos da sentença à data da vigência da Lei nº 14.282/2021.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5015706-78.2021.4.03.0000

Agravante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO

Agravado: LUCAS TALES OLIVEIRA NOVAES

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 14/04/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. VESTIBULAR. VAGA PARA PESSOA PORTADORIA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. LAUDO MÉDICO. INDICAÇÃO DA PATOLOGIA. CID EQUIVOCADO. PONDERAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAÇÃO. DIREITO À EDUCAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- De acordo com o art. 205, da CRFB/1988 “a educação é direito de todos e dever do Estado”.

- No caso, o agravado foi aprovado no vestibular e contemplado no Sistema de Seleção Unificado – SisU, no 1º semestre de 2021, para ingresso no Curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de São Paulo, valendo-se do direito de cotas reservadas a alunos com deficiência comprovada.

- A verificação de erro material no atestado médico para comprovação do direito à cota de vaga (indicação de CID diferente da patologia do candidato), não é motivo suficiente para a restrição de acesso do candidato ao ensino superior, especialmente, quando consta no laudo/atestado de forma pormenorizada a descrição da deficiência.

- Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu julgar prejudicado o agravo interno e negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram o Des. Fed. MARCELO SARAIVA e o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO-UNIFESP em face da decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu o pedido de liminar, para que o agravado realize a matrícula definitiva no curso de Relações Internacionais, caso não existam outros motivos que impeçam o cumprimento da ordem, que não a comprovação de deficiência.

Alega a agravante, em síntese, que a Comissão Multifuncional de Perícia Médica da entidade, não reconheceu a parte agravada como deficiente.

Indeferido o pedido de concessão do efeito suspensivo. Contra essa decisão, a agravante interpôs agravo interno.

Sem contraminuta.

O representante do Ministério Público Federal opinou pelo não provimento de ambos os recursos interpostos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

Por primeiro, resulta prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão que examinou o pedido de atribuição de efeito suspensivo por força do julgamento deste recurso, uma vez que as questões apontadas pela agravada também são objeto deste voto, o qual é, nesta oportunidade, submetido ao colegiado, cumprindo o disposto no art. 1021 do CPC.

Cinge-se a controvérsia em declarar o direito do agravado na realização de matrícula definitiva no curso de Relações Internacionais.

O artigo 205 da Constituição Federal preceitua o direito à educação nos seguintes termos:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

No caso dos autos o agravado foi aprovado no vestibular e contemplado no Sistema de Seleção Unificado – Sisu, no 1º semestre de 2021, para ingresso no Curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de São Paulo, valendo-se do direito de cotas reservadas a alunos com deficiência comprovada.

No primeiro atestado médico apresentado consta o CID G35 (esclerose múltipla), bem como a informação de que, “está em tratamento para sua doença base e no momento apresenta mancha atáxica, *paraparesia grau III* em membros inferiores, necessitando de apoio bilateral para caminhar e possui risco de quedas.” (ID nº 164311865-pág. 20-grifei).

Ocorre que, conforme e-mail de 18 de maio de 2021, a agravante informou que “A documentação está inadequada. É preciso que o relatório / atestado apresente também o CID referente à Paraparesia, que está contemplada no Decreto nº 3.298 de 20 de Dezembro de 1999 (o documento apresenta apenas CID G35, que não está contemplado no referido edital).”

Nestes autos, verifica-se que foi juntado novo relatório médico, constando também o CID 82.1 (paraplegia espástica).

Em relação a este ponto, dispõe o art. 4º, inciso I, do Decreto nº 3.298/1999, bem como Edital nº 143/2021 do Sistema de Seleção Unificado – Sisu (1º semestre de 2021):

Decreto nº 3.298/99

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia,

triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

Edital nº 143/2021:

Envio, para banca de validação, dos documento(s) relativo(s) à deficiência conforme abaixo:

Para pessoas com deficiência Física (artigo 4, inciso I do Decreto 3298/99)

No entanto, verifica-se que nas informações prestadas pela própria agravante consta: “O impetrante realizou procedimento de pré-matrícula online nas datas estipuladas e enviou documentação para a verificação do cumprimento da Lei nº 12711/2012. Após análise dos documentos houve indeferimento no quesito de deficiência com a seguinte informação: “O laudo enviado consta o CID G35 correspondente à Esclerose múltipla, causadora da deficiência física atestada (Paraparesia grau III), entretanto, no laudo também deve constar o CID correspondente à deficiência”.

Logo, verifica-se que a própria recorrente reconhece que a doença principal foi a causa da paraparesia grau III, que já constava de forma expressa no primeiro relatório médico, apenas com ausência do CID.

Ocorre que tal formalidade burocrática não pode ser óbice para que a parte interessada corrija o erro apontado.

A recusa da instituição de ensino em efetuar a matrícula, justificada apenas pelo erro apontado e corrigido posteriormente, ofende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que impede o legítimo exercício do direito constitucional à educação por uma questão meramente formal e que as circunstâncias indicavam ser facilmente superável pela agravante.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VAGA PARA DEFICIENTE FÍSICO. LAUDO SUBSCRITO POR MÉDICO QUE ATESTA SER O CANDIDATO PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ATROFIA DE MEMBRO INFERIOR DIREITO. SEQUELA DE POLIO-MIELITE. DEFICIÊNCIA DE NATUREZA PERMANENTE, FÍSICA E IRREVERSÍVEL. LAUDO MÉDICO COM PRAZO INFERIOR A DOZE MESES. PRESCINDIBILIDADE.

1. Cuida-se de apelação contra sentença que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado contra o indeferimento do pedido de inscrição de candidato de concurso público na condição de deficiente físico, por apresentar laudo médico com prazo superior a doze meses.
2. O reconhecimento da condição de deficiente físico exige a observância das formalidades legais, em especial a comprovação por documento idôneo expedido por médico habilitado a possibilitar o candidato de efetuar sua inscrição nas vagas destinadas a deficientes físicos.
3. Na hipótese em exame, o não reconhecimento de o impetrante ser considerado deficiente físico e encaminhado para as vagas de não deficientes, não foi decorrente de imprecisão ou incorreção do conteúdo do laudo, sequer impugnado, mas tão somente do fato de o documento ter sido elaborado em prazo superior a doze meses, formalismo excessivo sem fundo valorativo, a ceifar o direito assegurado constitucionalmente de concorrer a uma das vagas destinadas aos candidatos com deficiência física no concurso público em comento.
4. O indeferimento da inscrição do impetrante Cláudio Ferreira dos Santos Filho na relação de candidatos às vagas destinadas aos portadores de deficiência atenta contra direitos expressamente consignados na Constituição Federal e no Estatuto da Pessoa com Deficiência, porquanto se trata de deficiência de natureza congênita e permanente, sendo irrelevante o fato de o laudo ter sido expedido em data superior a doze meses, pois o candidato é considerado

pessoa com deficiência na forma da Lei nº 13.146, de 2015, independentemente da data de expedição do laudo.

5. Não há qualquer questionamento nos autos da condição do candidato ser portador de deficiência física dos membros com deformidades congênitas, sequela de poliomielite.

6. *Com efeito, o conteúdo do laudo não é discutido, tampouco infirmado. O conteúdo é incontroverso. O que se questiona – data de laudo com prazo superior a doze meses - se revela insignificante diante da proteção assegurada pela Constituição Federal ao deficiente, hipótese em que se insere o impetrante, pessoa com deficiência de natureza permanente, física e irreversível, circunstâncias prescindíveis de atualização de laudo médico.*

7. Assinale-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem por finalidade precípua promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência a garantir seu bem-estar pessoal, social e econômico promovendo o respeito pela sua dignidade inerente.

8. Reforce-se, mais uma vez, o fato de não haver qualquer questionamento nos autos da condição do candidato ser portador de deficiência física dos membros com deformidades congênitas, sequela de poliomielite.

9. Por fim, como ressaltado pelo *Parquet* “permitir ao candidato, comprovadamente deficiente, o deferimento de sua inscrição às vagas reservadas, mesmo não tendo apresentado laudo médico expedido há menos de 12 meses, não significa colocá-lo em situação privilegiada em relação aos demais concorrentes, mas sim, corrigir uma simples irregularidade, para que seja concretizada a proteção da portadora de deficiência, facilitando, no caso, o seu acesso ao trabalho.”

10. Apelação a que se dá provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001043-65.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 02/05/2019, Intimação via sistema DATA: 06/05/2019-grifei)

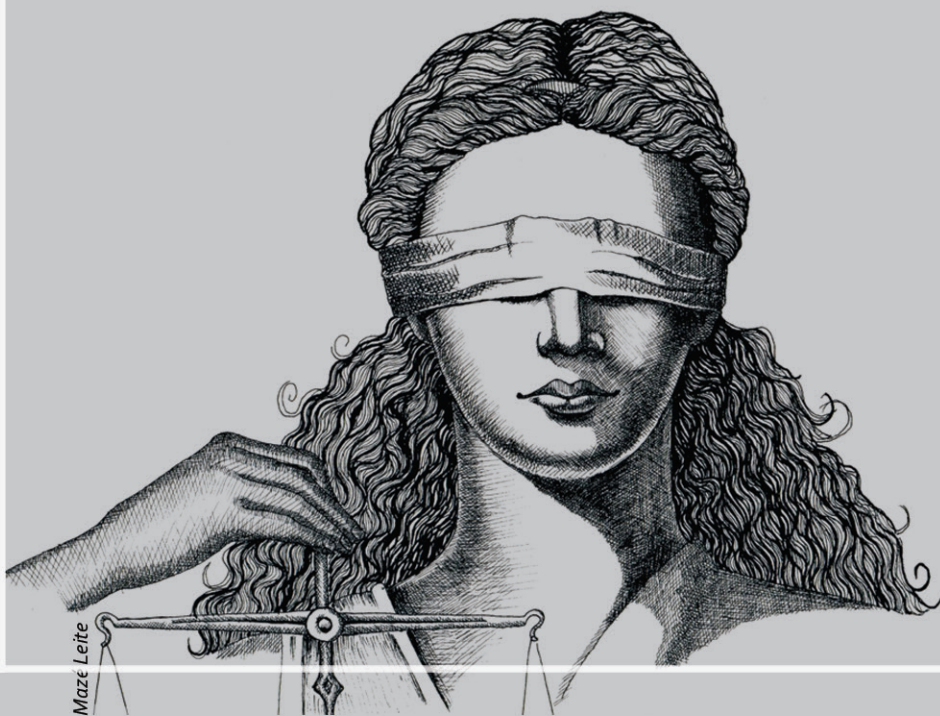
Há de se privilegiar, no caso, o exercício do direito constitucional à educação, em detrimento de outros interesses.

Ante o exposto, *julgo prejudicado o agravo interno e nego provimento ao agravo de instrumento*, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0000043-16.2013.4.03.6125

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, ONIVALDO DA CUNHA, JAY MOREIRA DOS SANTOS, MAURO CHIQUETO GIMENEZ, CLOVIS PEDRO DIAS, ISMAEL VICENTE PEREIRA

Apelados: ONIVALDO DA CUNHA, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 28/03/2022

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 50-A DA LEI Nº 9.605/98. CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE. ÁREA DE ASSENTAMENTO RURAL. DESMATAMENTO PARA SOBREVIVÊNCIA. RECEPÇÃO. CRIME ACESSÓRIO.

1. Não existe controvérsia quanto à materialidade e à autoria da prática de crime ambiental de desmatamento, previsto no art. 50-A, da Lei nº 9.605/98. Contudo, é cabível, no caso, a aplicação da cláusula excludente de ilicitude prevista no § 1º desse artigo. Foi demonstrada a precária situação financeira dos réus, que, inclusive, foram dispensados do pagamento da fiança, nos termos do art. 325, § 1º, I, c.c art. 350 do Código de Processo Penal, por serem claramente “pessoas de pouco poder aquisitivo e hipossuficientes”.
2. Para que haja o delito de receptação, é necessária a existência de um delito anterior, pois se trata de crime acessório, cuja caracterização pressupõe um crime principal. No caso, tendo os demais corréus sido absolvidos do crime ambiental, pela excludente da ilicitude, não subsiste o crime de receptação imputado a outro corréu.
3. Apelação da acusação não provida. Apelações das defesas providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu, DE OFÍCIO, com fundamento no art. 107, I, do Código Penal, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE de BENEDITO GONÇALVES; NEGAR PROVIMENTO à apelação da acusação; DAR PROVIMENTO às apelações de ISMAEL VICENTE PEREIRA, MAURO CHIQUETO GIMENES, CLÓVIS PEDRO DIAS e JAY MOREIRA DOS SANTOS, para, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolvê-los da acusação da prática do crime previsto no art. 50-A, *caput*, da Lei nº 9.605/98, e DAR PROVIMENTO à apelação de ONIVALDO DA CUNHA para, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolvê-lo da acusação da prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelas defesas

de JAY MOREIRA DOS SANTOS, MAURO CHIQUETO GIMENES, CLÓVIS PEDRO DIAS, ISMAEL VICENTE PEREIRA E ONIVALDO DA CUNHA em face da sentença proferida pela 1ª Vara Federal de Avaré (SP) que:

i) *condenou* BENEDITO GONÇALVES, JAY MOREIRA DOS SANTOS, MAURO CHIQUETO GIMENES, CLÓVIS PEDRO DIAS e ISMAEL VICENTE PEREIRA à pena de pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, cada um, pela prática do crime previsto no art. 50-A, *caput*, da Lei nº 9.605/98, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em (i) prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública e (ii) prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo a ser destinada ao INCRA;

ii) *condenou* ONIVALDO DA CUNHA à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo a ser destinada ao INCRA;

iii) *absolveu* SÉRGIO MACHADO, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal, da imputação de prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal.

A denúncia (ID 165889560, pp. 3/10), recebida em 16.12.2014 (ID 165889560, pp. 11/13), narra:

1. Os Denunciados, no dia 16 de janeiro de 2013, cômicos e voluntariamente, e em unidade de designios, tentaram subtrair, para eles próprios ou para outrem, coisa alheia móvel pertencente ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA - ou à União, consistente aquela em material lenhoso extraído de plantação de eucalipto ou pinus existente em terras da União no âmbito do *assentamento Zumbi dos Palmares*, situado este no município de Iaras/SP.

2. Com efeito, no dia dos fatos policiais federal em missão encetada na área daquele assentamento surpreenderam os Denunciados serrando, transportando, comprando e/ou vendendo o aludido material sem a devida autorização do dono do mesmo, a saber, o Incra ou a União. Neste sentido, ao ouvirem barulho característico de motosserra em funcionamento quando transitavam por aquele assentamento, os policiais citados dirigiram-se ao lote 332 (pertencente ou de titularidade do Denunciado Jay Moreira dos Santos) e junto ao mesmo encontraram ou avistaram um caminhão estacionado (que então era conduzido pelo Denunciado Sérgio Machado) carregado do material referido.

Dito de outro modo, o Réu Jay dos Santos colheira o referido material e quando pilhado buscava já desfazer-se do mesmo, vendendo-o (ou entregando-o para que o Acusado Sérgio Machado assim o fizesse por ele Jay dos Santos) ao Réu Sérgio Machado.

3. Ato contínuo, os policiais aludidos viram um outro indivíduo dirigir-se para o local de onde aquele material lenhoso era colhido, no que o seguiram e lograram ali surpreender o Denunciado Ismael Vicente Pereira determinando ao Acusado Clóvis Pedro Dias que este suspendesse o corte da madeira que naquele momento levava a efeito.

É dizer, insofismável que os Acusados Jay dos Santos, Ismael Pereira e Clóvis Dias estavam diretamente implicados com a extração ou o corte do material lenhoso enfocado.

4. Depois, após encaminhar todos aqueles até então implicados com o furto em referência para o âmbito do mencionado lote 332, os policiais em comento avistaram outro caminhão igualmente carregado de material lenhoso estacionado no âmbito do lote 333, de titularidade este do Denunciado Benedito Gonçalves que, questionado a respeito de tal material, confessou de chofre tê-lo extraído e vendido a um indivíduo de alcunha "Gordão".

5. Por fim, como se não bastasse tudo o que já se tinha passado, tem-se que, enquanto aguardavam reforço, aqueles mesmos policiais viram um terceiro caminhão carregado de material

lenhoso saindo do lote 335, de titularidade do Denunciado Mauro Chiqueto Gimenez. Assim, abordado esse último veículo de carga, o Réu Onivaldo da Cunha, que o conduzia na oportunidade, afirmou aos policiais que adquirira tal material das mãos do Denunciado Mauro Gimenez, e que ali estava para àquele retirar e levar embora.

A sentença (ID 165889571, pp. 44/65) foi publicada em 07.05.2018.

Foi apresentada certidão de óbito do acusado BENEDITO GONÇALVES (ID 165889572, p. 18) e, em razão disso, o MPF requereu a extinção da sua punibilidade com base no art. 107, I, do Código Penal (ID 165889736, p. 1)

Em suas razões de apelação (ID 165889571, pp. 68/74) o MPF alega que “*o enquadramento típico em relação ao crime de receptação deveria ter sido fixado na forma qualificada, de forma a condenar o corréu ONIVALDO DA CUNHIA com incurso no art. 180, § 1º, do Código Penal*”.

Em suas razões de apelação (ID 165889572, pp. 33/37), a defesa do corréu ONIVALDO requer, *preliminarmente*, a nulidade do processo por ausência de intimação pessoal do defensor para as audiências de interrogatórios dos acusados. No *mérito*, pede a absolvição do apelante por inexistência de delito anterior, sendo “*o delito de receptação um crime acessório, de fusão ou parasitário, que não tem existência autônoma, reclamando a prática de um delito anterior*”.

Em suas razões de apelação (ID 165889572, pp. 47/50), a defesa do corréu ISMAEL pede a sua absolvição pela aplicação da excludente de ilicitude prevista no art. 50-A, § 1º, da Lei nº 9.605/98, pois “*o Réu cometeu o ilícito única e exclusivamente para prover sua família*”, sendo o réu “*cadastrado em Assentamento do Incra, fato que, por si, demonstra sua condição de hipossuficiência necessária para aplicação da excludente de ilicitude prevista no § 1º, do art. 50-A da lei de crimes ambientais*”.

A defesa conjunta dos corréus CLOVIS PEDRO e MAURO CHIQUETO, em suas razões de apelação (ID 165889572, pp. 52/58), alega a ocorrência de erro de tipo, pois os apelantes não tinham qualquer conhecimento da ilicitude de suas condutas, sendo assentados desde 2009, “*titulares de lotes naquela área cujo uso da respectiva terra sempre lhes foi permitido pelo INCRA e pela União, como garantia do seu sustento e de sua família*”, somando-se a isso a situação de miserabilidade de ambos “*uma vez que, à época, CLOVIS possuía renda mensal estimada em R\$ 87,00 (oitenta e sete reais), decorrente do programa governamental Bolsa Família, enquanto MAURO o valor, também mensal, de um salário mínimo*”. Por fim, caso mantida a condenação, “*requer a conversão da pena de prestação pecuniária em outra pena restritiva de direito, sem finalidade monetária, com a isenção, ou suspensão das custas processuais, pelos motivos expostos, ante à situação econômica dos Apelantes evidenciada pelas condições de seus labores e pelo singelo, quase ínfimo, poder aquisitivo evidenciado no transcorrer da perseguição penal*”.

Em suas razões de apelação (ID 165889572, pp. 60/67), a defesa do corréu JAY MOREIRA pede a sua absolvição por erro de tipo, pois “*como poderia imaginar que as lenhas que estavam em suas terras não seriam de sua propriedade*” e que o apelante agiu em estado de necessidade porque “*chegou até a passar fome, pois sua única fonte de renda era a venda das cascas de eucalipto*”.

Foram apresentadas contrarrazões (ID 165889572, pp. 38/41 e pp. 70/73 e ID 165889736).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso da acusação e pelo provimento dos recursos da defesa e absolvição dos acusados (CPP, art. 386, III) - ID 170675274.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelas defesas de ONIVALDO DA CUNHA, ISMAEL VICENTE PEREIRA, MAURO CHIQUETO GIMENES, CLÓVIS PEDRO DIAS e JAY MOREIRA DOS SANTOS em face da sentença que condenou BENEDITO GONÇALVES, JAY MOREIRA DOS SANTOS, MAURO CHIQUETO GIMENES, CLÓVIS PEDRO DIAS e ISMAEL VICENTE PEREIRA pela prática do crime previsto no art. 50-A, *caput*, da Lei nº 9.605/98 e, ONIVALDO DA CUNHA, pela prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, absolvendo SÉRGIO MACHADO da imputação de prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal.

Inicialmente, ante o teor da certidão de óbito (ID 165889572, p. 18), acolho a manifestação da Procuradoria Regional da República e, com fundamento no art. 107, I, do Código Penal, DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE de BENEDITO GONÇALVES.

Pois bem. A Procuradoria Regional da República, em seu parecer (ID 170675274), e a defesa do corréu ISMAEL pedem a absolvição com a aplicação da excludente de ilicitude prevista no art. 50-A, § 1º, da Lei nº 9.605/98. Com razão.

Não existe controvérsia quanto à materialidade e à autoria da prática de crime ambiental de desmatamento, previsto no art. 50-A, da Lei nº 9.605/98. Contudo, é cabível, no caso, a aplicação da cláusula excludente de ilicitude prevista no § 1º desse artigo, nos seguintes termos (que destaco):

Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

§ 1º *Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família.*

Essa cláusula excludente de ilicitude é aplicável ao caso porque foi demonstrada nos autos a precária situação financeira dos réus, que, inclusive, foram dispensados do pagamento da fiança, nos termos do art. 325, § 1º, I, c.c art. 350 do Código de Processo Penal, por serem claramente “*peças de pouco poder aquisitivo e hipossuficientes*” (ID 16588955, pp. 4/5). Destaco da sentença:

A testemunha Rodrigo acrescentou que tanto JAY como BENEDITO estavam em situação deplorável, e havia uma situação geral de pobreza. Afirmou também que no local havia plantação de novas árvores e colheita de resinas.

[...]

Em seu interrogatório em juízo (mídia de fl. 418), o corréu JAY afirmou que possui renda própria, advinda da venda da casca do pinho. Disse ter pedido ao vizinho para cortar a madeira de seu lote, tencionando vendê-la e fazer dinheiro para sobreviver.

Nesse sentido, há precedentes:

PENAL. PROCESSUAL. CRIME AMBIENTAL (ART. 50-A, LEI 9.605/98). PERÍCIA SUPRIDA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. *EXTRAÇÃO PARA SUBSISTÊNCIA IMEDIATA. OCORRÊNCIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE*. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. A denúncia narrou que o réu, ora recorrente, foi autuado pelo IBAMA, no dia 06/05/2010, porque teria desmatado 15,3227 hectares de floresta nativa no lote 45 do “Assentamento Progresso” (o “seu” lote), em Afonso Bezerra/RN. Não tendo sido, o seu comportamento, autorizado pelo INCRA, ele foi incurso nas penas do Art. 50-A da Lei nº 9.605/98, sendo-lhe aplicadas as sanções de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato pretensamente delituoso; [...]; 3. *Quanto ao argumento, porém, de que a extração da madeira teria ocorrido para garantir a subsistência de sua família, pelo que dever-lhe-ia ser aplicada a excludente de ilicitude prevista no Lei nº 9.605/98, Art. 50-A, parágrafo 1º (“não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família”), o recurso tem inteira razão;*

4. *Observe-se, de um lado, que a renda da família do acusado é composta do “bolsa família”, recebido pela esposa, e do seu trabalho na agricultura, justo em função do qual se deu e dá sua presença no assentamento, levado a efeito pelo próprio INCRA - e não para outra finalidade. A ação combatida teve lugar, aliás, segundo a própria denúncia, exatamente no lote que lhe houvera sido reservado (de número 45);*

5. Absolvição que se decreta com base na norma insculpida no CPP, Art. 386, VI;

6. Apelação provida.

(ACR - Apelação Criminal - 0000370-57.2013.4.05.8403, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Segunda Turma, DJE – 03.08.2015)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL. DESMATAMENTO SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. *ÁREA DE ASSENTAMENTO*. ARTIGO 50-A, DA LEI N. 9.605/1998. *NECESSIDADE. SUBSISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE*. LEI N. 9.605/1998, ARTIGO 50-A, § 1º. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Embora comprovado nos autos a materialidade e autoria do delito previsto no artigo 50-A, da Lei n. 9.605/1998, aplica-se, na hipótese, o seu § 1º, que prevê que não é crime a conduta praticada pelos réus quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente e de sua família.

2. Na espécie, embora tenham sido demonstradas nos autos a autoria e a materialidade delitivas, entendo que agiu com acerto o MM. Juiz sentenciante, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos a sentença que absolveu o acusado, decorrente da aplicação da excludente de ilicitude prevista no art. 50-A, § 1º, da Lei n. 9.605/98, porquanto, nos termos do referido dispositivo legal, “não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família”. Precedentes desta Corte Regional.

3. Recurso de Apelação não provido.

(ACR 0006587-40.2013.4.01.3000, JUÍZA FEDERAL ROGÉRIA MARIA CASTRO DEBELLI (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 22.09.2017)

Assim, configurada a excludente de ilicitude prevista no § 1º, do art. 50-A, da Lei 9.605/98, a sentença deve ser reformada para que os corréus ISMAEL VICENTE PEREIRA, MAURO CHIQUETO GIMENES, CLÓVIS PEDRO DIAS e JAY MOREIRA DOS SANTOS sejam absolvidos nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Quanto ao corréu ONIVALDO DA CUNHA, sua defesa requer a absolvição por inexistência do delito anterior. Assiste-lhe razão. Com efeito, o crime de receptação é assim definido no Código Penal:

Art. 180 – Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, *coisa que sabe ser produto de crime* ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena – reclusão de um a quatro anos, e multa.

Para que haja o delito de receptação, é necessária a existência de um delito anterior, pois se trata de crime acessório, cuja caracterização pressupõe um crime principal. No caso, tendo os demais corréus sido absolvidos do crime ambiental, pela excludente da ilicitude, não subsiste o crime de receptação imputado a esse apelante.

Assim, dou provimento ao recurso da defesa de ONIVALDO DA CUNHA para reformar a sentença e, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolvê-lo da imputação de prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal.

Posto isso, *DE OFÍCIO*, com fundamento no art. 107, I, do Código Penal, *DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE* de BENEDITO GONÇALVES; *NEGO PROVIMENTO* à apelação da acusação; *DOU PROVIMENTO* às apelações de ISMAEL VICENTE PEREIRA, MAURO CHIQUETO GIMENES, CLÓVIS PEDRO DIAS e JAY MOREIRA DOS SANTOS, para, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolvê-los da acusação da prática do crime previsto no art. 50-A, *caput*, da Lei nº 9.605/98, e *DOU PROVIMENTO* à apelação de ONIVALDO DA CUNHA para, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolvê-lo da acusação da prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0001325-94.2018.4.03.6002

Apelante: LEONARDO DE SOUZA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/03/2022

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DANO QUALIFICADO. ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE COAUTORIA POR PARTE DO RÉU. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DO TEOR DO CÂNTICO PROCLAMADO PELO INCREPADO EM SEU DIALETO. ATAQUE PERPETRADO UNICAMENTE POR TERCEIROS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS (ARTIGO 33, *CAPUT*, C.C. O ARTIGO 40, INCISO I, AMBOS DA LEI FEDERAL Nº 11.343/2006). AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. MANUTENÇÃO DO MÍNIMO LEGAL. SEGUNDA FASE. AUSÊNCIA DE AGRAVANTES OU ATENUANTES GENÉRICAS. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS MANTIDA NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS CONFIRMADA. APELAÇÃO DEFENSIVA PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE.

- Dano qualificado. No caso em concreto, consta que no dia e local supramencionados, policiais da Força Nacional se deslocaram até a aldeia Tey Kuê, acompanhados do Oficial de Justiça, em cumprimento de mandado de prisão preventiva em desfavor de LEONARDO DE SOUZA, o qual teria resistido à prisão e instigado sua família a investir contra as equipes com pedras, foices, arco e flecha e lanças, resultando em danos ao patrimônio da União. Em tal ação da comunidade indígena foram danificados 04 (quatro) veículos da marca FORD, modelo RANGER, pertencentes à Secretaria Nacional de Segurança Pública, todos com placas de Brasília/DF e equipados para operarem como viaturas policiais ostensivas da Força Nacional, comprovando-se, assim, a materialidade do delito de dano.

- A autoria delitiva, entretanto, diferentemente do quanto entendido pelo r. juízo sentenciante, não pôde ser devidamente comprovada pelos elementos probatórios colhidos durante a instrução processual, sendo de rigor, assim, o acolhimento do pleito defensivo pela absolvição de LEONARDO DE SOUZA quanto ao delito previsto no art. 163 do Código Penal. As declarações colhidas sob o crivo do contraditório evidenciam que, apesar de os policiais da Força Nacional que participaram da abordagem, terem sido enfáticos quanto à correlação direta entre o réu LEONARDO e o ataque da comunidade indígena às viaturas policiais, tal conclusão, em realidade, não passou de

uma inferência a partir da percepção pessoal destes, percepção esta absolutamente subjetiva e que não corroborada por nenhum elemento em concreto que permita afirmar, com a segurança necessária para a manutenção de uma condenação criminal, que, de fato, LEONARDO DE SOUZA tenha instigado ou ordenado que os indígenas cometessem o crime de dano.

- Ao contrário, os policiais ouvidos em juízo, apesar de afirmarem que a alteração de ânimos e a confusão iniciou-se a partir do momento em que o acusado LEONARDO começou a entoar um cântico em tupi-guarani, confirmaram não serem capazes de afirmar o que precisamente foi dito pelo acusado e se este, de fato, emitiu palavras ou gestos no sentido de ordenar ou instigar a ação dos demais indígenas.

- Nesse sentido, embora não seja impossível que, de fato, LEONARDO DE SOUZA tenha, em tupi guarani, proferido palavras para instigar o cometimento do delito de dano perpetrado pelos demais indígenas, o que o tornaria coautor de tal fato, inexitem nos autos prova contundente de que isso tenha, de fato, ocorrido, não se mostrando apta, portanto, a condenação do acusado, imperando-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

- Tráfico ilícito de entorpecentes. A materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, além de não ter sido objeto de impugnação, restou devidamente comprovada pelos seguintes documentos: Auto de Prisão em Flagrante; Auto de Apresentação e Apreensão; Laudo Preliminar de Constatação e Laudo Definitivo de Constatação, em que se atesta que a substância apreendida 313,9 gramas (massa líquida) da substância entorpecente conhecida como *maconha*.

- De igual forma, como bem ressaltou a r. sentença *a quo*, a autoria restou devidamente demonstrada, uma vez que a prova testemunhal produzida na fase judicial, corroborada pelo flagrante delito, endossa os fatos descritos na r. exordial incoativa. Como já mencionado alhures, os policiais e o Oficial de Justiça que participaram da prisão do acusado foram uníssonos e harmônicos em afirmar que, durante a abordagem para cumprimento de mandado de prisão, foi encontrada uma porção de maconha debaixo da cama do acusado. Como bem apontado pelo r. juízo sentenciante, a quantidade de entorpecente, o local em que estava acondicionado e a forma de aquisição, tudo somado aos depoimentos das testemunhas, revelam, a despeito do quanto alegado, a prática do crime de tráfico de drogas pelo réu.

- A forma de aquisição alegada, entretanto, não é plausível. A defesa explana que a atividade do “mascatero” é a venda de produtos/insumos – o que sugere, de plano, a incompatibilidade com a disponibilização graciosa. Se a concessão gratuita de produtos lícitos já não seria natural, imagine-se de produto ilícito, ao qual se agrega o risco de aquisição e comercialização (risco este embutido no preço). Nessa linha, a quantidade 313 gramas de maconha não é inexpressiva e não tem baixo custo de aquisição, sendo verossímil que o réu a tenha ganhado de um “masquetero”.

- Ainda, é de se ressaltar que o acusado não fez qualquer tipo de prova para evidenciar seu versão dos fatos, não trazendo aos autos sequer a identificação da pessoa que supostamente teria lhe fornecido e indicado a substância entorpecente para a formulação de medicamento. De fato, o acusado sequer comprovou as condições médicas por ele alegadas, em nítido descumprimento de ônus probatório que lhe incumbia, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

- Também é de se ressaltar que a forma de acondicionamento da substância também evidenciou a inverdade da versão apresentada pelo acusado, bem como o próprio dolo

de sua conduta, uma vez que evidente a tentativa do acusado de encontrar subterfúgios irrazoáveis para a posse do entorpecente em questão.

- O réu e os policiais que participaram da apreensão confirmaram que o entorpecente foi encontrado embaixo da cama do acusado, em sua residência. Primeiramente, é importante apontar que a maconha encontrada não estava em formato de extrato alcóolico, como aduz o réu que seria utilizada, mas sim *in natura*, na forma que é utilizada, como de conhecimento geral, para seu fumo e uso recreativo. Quando questionado sobre o porquê da maconha ser a única erva acondicionada debaixo de sua cama, sem a existência de qualquer outra erva que supostamente seria utilizada no composto medicinal, o réu não apresentou explicação plausível, alegando, de maneira incoerente e contraditória, que “era a primeira vez que ia usar esse remédio. Só a maconha estava embaixo da cama, e não as outras porque quando acabava o remédio, ele colocava de novo a erva, socava no pilão e a aplicava em seu corpo de maneira recorrente”.

- Por fim, tendo como supedâneo a quantidade de entorpecente ora em comento, os *313 g de maconha apreendidos em poder do acusado superam o que a jurisprudência deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região usa como discriminem para fins de análise do que seria mero porte de drogas para uso pessoal de atos de traficância.*

- Ressalte-se, por fim, que, de plano, mesmo que se considerasse que a droga em questão fosse, de fato, ser utilizada para fins medicinais, não se pode olvidar que a Resolução RDC n. 335, de 24 de janeiro de 2020, da ANVISA, estabelece critérios e procedimentos definidos para a importação de produto derivado de *cannabis* para tratamento de saúde próprio, mediante a prescrição de profissional legalmente habilitado. De fato, o acusado sequer demonstrou qualquer prescrição médica nesse sentido, ou o cumprimento de quaisquer requisitos procedimentais, cadastros e fiscalizações sanitárias exigidas na referida Resolução para a autorização da Anvisa para tratamento médico com produtos com derivado de *cannabis*. Inclusive, o conceito de produto derivado de *cannabis* cuja importação é legalmente excepcionada e autorizada pela Anvisa inclui tão somente produtos industrializados trazidos do exterior, não se enquadrando nessa hipótese a importação *in natura* de substância entorpecente conhecida como maconha, como seria no caso em concreto.

- A distribuição a terceiros, de maconha, independentemente de sua forma de acondicionamento, por si só, já enquadra a conduta do acusado no delito de tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo nos casos em que tal distribuição se dê de forma gratuita. Precedente.

- Dosimetria da pena. Primeira fase. Na primeira fase relacionada à dosimetria da reprimenda, a pena base foi mantida no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, uma vez que adequado às circunstâncias do caso em concreto.

- Segunda fase. Na segunda fase do cálculo, ausentes quaisquer agravantes ou atenuantes, a pena intermediária resta mantida no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

- Terceira fase. Na terceira fase da dosimetria da pena, foi reconhecida devidamente a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas), porquanto preenchidos os requisitos legais, uma vez que não se demonstrou a dedicação do acusado às atividades criminosas. Como bem fundamentou o r. juízo sentenciante, embora não se tenha dúvidas de que o entorpecente encontrado em poder do réu se destinasse

ao tráfico, não há elementos suficientes para afirmar que LEONARDO se dedicasse de forma contumaz a esta atividade. Diante disso e diante das circunstâncias particulares do caso, bem como a quantidade, apesar de relevante, não suficientemente expressiva de droga apreendida, o r. juízo *a quo* entendeu por bem aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/3 (um terço), o que deve ser mantido em seus exatos termos, à míngua de recurso a impugnar esse ponto. Assim, a pena definitiva do acusa resta mantida no patamar fixado pela sentença *a quo*, qual seja, *03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa*.

- Regime inicial. *In casu*, diante da ora absolvição quanto ao delito do art. 163 do Código Penal e a manutenção da condenação tão somente do crime do art. 33 da Lei de Drogas, tem-se que a pena privativa de liberdade foi fixada em *03 anos e 04 meses de reclusão*, possível a fixação de regime inicial *ABERTO* para cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

- Saliente-se que a detração de que trata o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 12.736/2012, não influencia no regime já que fixado o regime inicial menos gravoso.

- Tendo em vista o implemento dos requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por duas reprimendas restritivas de direito, quais sejam, *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* (a ser definida pelo MM. Juízo da Execução Penal - art. 46 do Código Penal) e *prestação pecuniária no valor de 01 salário mínimo* (a ser destinada a entidade com finalidade social). Ressalte-se que o pagamento da prestação pecuniária a entidade com destinação social atende o teor do art. 45, § 1º, do Código Penal, pois a União é sempre vítima estanke de todo e qualquer delito e o encaminhamento sistemático a ela faria com que as demais hipóteses do artigo mencionado jamais tivessem aplicação - a destinação da prestação pecuniária ora determinada alcança fins sociais precípuos que o Direito Penal visa atingir, de maneira eficaz e objetiva.

- Apelação defensiva parcialmente provida para absolver o réu da prática do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, mantendo-se a condenação do réu quanto ao delito previsto no art. 33, em sua forma fundamental, c.c. o artigo 40, inciso I, da Lei Federal nº 11.343/2006, restando sua pena definitiva fixada em *03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão*, em regime inicial *ABERTO*, além do pagamento de *333 (trezentos e trinta e três) dias-multa*, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, mantendo-se, no mais, a sentença *a quo*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Apelação de LEONARDO SOUZA para absolvê-lo da prática do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, mantendo-se a condenação do réu quanto ao delito previsto no art. 33, em sua forma fundamental, c.c. o artigo 40, inciso I, da Lei Federal nº 11.343/2006, restando sua pena definitiva fixada em *03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão*, em regime inicial *ABERTO*, além do pagamento de *333 (trezentos e trinta e três) dias-multa*, substituída a

pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos anteriormente dispostos, mantendo-se, no mais, a sentença *a quo*, por seus próprios e judiciosos fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de recurso de Apelação interposto por LEONARDO DE SOUZA (nascido em 06.11.1967) contra a r. sentença proferida pelo Exmo. Juiz Federal Rubens Petrucci Junior (1ª Vara Federal de Dourados/MS) (fls. 263/269 – ID n.151591200) que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na Ação Penal Pública Incondicionada para:

CONDENAR o réu pela prática dos delitos descritos no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/2006 à pena corporal de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, cada qual fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

CONDENAR o réu pela prática da conduta descrita no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, à pena de 02 anos de detenção e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Somadas em concurso material, as penas alcançaram o montante de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de pena privativa de liberdade, em regime inicial SEMIABERTO, além de 373 (trezentos e setenta e três).

Consta da r. denúncia que (fls. 135/136 – ID n. 151591199):

No dia 13 de dezembro de 2018, por volta de 06h15 da manhã, na aldeia Tey Kuê, município de Carapó/MS, LEONARDO DE SOUZA, dolosamente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, guardou embaixo de sua cama drogas oriundas do Paraguai, consistente em 313,90g de maconha, em desacordo com determinação regulamentar, tendo em vista que tais entorpecentes constam como substâncias de uso proscrito no Brasil, consoante Lista F2 do anexo I da portaria SVS nº 344, de 12 de maio de 1998, no termos do art. 33, c.c. 40, I, da Lei de Drogas. Além disso, nas circunstâncias de tempo e lugar supramencionados, LEONARDO DE SOUZA instigou que outros indígenas deteriorassem 04 (quatro) viaturas da Força Nacional e, portanto, patrimônio da União.

Consta nos autos que no dia e local supramencionados, em cumprimento de mandado de prisão preventiva, policiais da Força Nacional se deslocaram até a aldeia Tey Kuê, acompanhados do Oficial de Justiça Otilio, a fim de capturar o acusado, em face da notícia de que ele iria se evadir da aldeia.

Ao desembarcarem, os policiais encontraram LEONARDO DE SOUZA deitado, e então solicitaram que ele se levantasse os acompanhasse, pois havia um mandado de prisão contra ele. Ao sair de casa, o acusado começou a resistir e falou que não iria acompanhar a guarnição, acabando por instigar a família a investir contra as equipes, ocasião em que apareceram no local índios com foice, arco e flecha, lança.

Ato contínuo, os indígenas, sob a liderança de LEONARDO DE SOUZA, jogaram pedras e paus nas viaturas, além de desferirem golpes e foice nos veículos, resultando nos danos mencionados à fl. 105/106 dos presentes autos.

Em revista na casa de LEONARDO a equipe policial encontrou substância análoga à maconha debaixo de sua cama, correspondente a 313,90g.

Assim agindo, LEONARDO DE SOUZA incorreu na sanção prevista no art. 33 da Lei de Drogas, bem como no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal.

Os indícios suficientes de autoria e materialidade constam dos seguintes documentos: autos de prisão em flagrante; auto de apresentação e apreensão; laudo pericial de constatação de drogas; definitivo de química forense e veicular.

Diante disso, LEONARDO DE SOUZA foi denunciado como incurso nas penas do art. 33 da Lei Federal nº 11.343/2006, bem como pela prática, por 04 (quatro) vezes, do crime estabelecido no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal.

A r. denúncia foi recebida em 28.02.2019 (fls. 138/140–ID n.151591199).

Processado regularmente o feito, a r. sentença foi proferida, sendo sua baixa em Secretaria datada de 23.09.2019 (fl. 270 - ID n. 1515991200).

A defesa constituída de LEONARDO DE SOUZA, em suas razões de Apelação, pleiteia a reforma da r. sentença *a quo* para, com relação ao delito de dano qualificado, reconhecer-se a atipicidade da conduta e a inexistência de dolo específico da conduta, com consequente absolvição do acusado, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Além disso, requer a DESCLASSIFICAÇÃO do delito do art. 33 da Lei 11.343/2006 para o crime de uso de entorpecentes (art. 28 da referida lei) (ID n. 151591241).

Contrarrazões do Ministério Público devidamente apresentadas (fls. ID n.151591250).

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer, manifestou-se pelo não provimento da Apelação defensiva, mantendo-se integralmente a r. sentença *a quo* (ID n. 151811584).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS: DA IMPUTAÇÃO

Consta da r. denúncia que (fls. 135/136 – ID n. 151591199):

No dia 13 de dezembro de 2018, por volta de 06h15 da manhã, na aldeia Tey Kuê, município de Carapó/MS, LEONARDO DE SOUZA, dolosamente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, guardou embaixo de sua cama drogas oriundas do Paraguai, consistente em 313,90g de maconha, em desacordo com determinação regulamentar, tendo em vista que tais entorpecentes constam como substâncias de uso proscrito no Brasil, consoante Lista F2 do anexo I da portaria SVS nº 344, de 12 de maio de 1998, no termos do art. 33, c.c. 40, I, da Lei de Drogas. Além disso, nas circunstâncias de tempo e lugar supramencionados, LEONARDO DE SOUZA instigou que outros indígenas deteriorassem 04 (quatro) viaturas da Força Nacional e, portanto, patrimônio da União.

Consta nos autos que no dia e local supramencionados, em cumprimento de mandado de prisão preventiva, policiais da Força Nacional se deslocaram até a aldeia Tey Kuê, acompanhados do Oficial de Justiça Otílio, a fim de capturar o acusado, em face da notícia de que ele iria se evadir da aldeia.

Ao desembarcarem, os policiais encontraram LEONARDO DE SOUZA deitado, e então solicitaram que ele se levantasse os acompanhasse, pois havia um mandado de prisão contra ele.

Ao sair de casa, o acusado começou a resistir e falou que não iria acompanhar a guarnição, acabando por instigar a família a investir contra as equipes, ocasião em que apareceram no local índios com foice, arco e flecha, lança.

Ato contínuo, os indígenas, sob a liderança de LEONARDO DE SOUZA, jogaram pedras e paus nas viaturas, além de desferirem golpes e foice nos veículos, resultando nos danos mencionados à fl. 105/106 dos presentes autos.

Em revista na casa de LEONARDO a equipe policial encontrou substância análoga à maconha debaixo de sua cama, correspondente a 313,90g.

Assim agindo, LEONARDO DE SOUZA incorreu na sanção prevista no art. 33 da Lei de Drogas, bem como no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal.

Os indícios suficientes de autoria e materialidade constam dos seguintes documentos: autos de prisão em flagrante; auto de apresentação e apreensão; laudo pericial de constatação de drogas; definitivo de química forense e veicular.

Diante disso, LEONARDO DE SOUZA foi denunciado como incurso nas penas do art. 33 da Lei Federal nº 11.343/2006, bem como pela prática, por 04 (quatro) vezes, do crime estabelecido no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal.

DO DELITO DE DANO QUALIFICADO (art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal).

Premissas teóricas da responsabilização penal pelo crime de dano contra a União

Trata-se de imputação pela prática do delito de dano contra o patrimônio da União, que encontra tipificação no art. 163, parágrafo único, inc. III, do Código Penal:

Art. 163- Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

(...)

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967) (redação vigente à época dos fatos, anterior à Lei nº 13.531, de 2017, que alterou este dispositivo)

A espécie delitiva sob exame insere-se no rol de crimes contra o patrimônio previsto no Código Penal, tutelando exatamente o direito de propriedade. Consoante o ensinamento da sólida doutrina, a infração penal ora estudada constitui-se crime material, cuja consumação se perfaz com o resultado naturalístico da destruição, avaria, inutilização da coisa, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

No caso em concreto, consta que no dia e local supramencionados, policiais da Força Nacional se deslocaram até a aldeia Tey Kuê, acompanhados do Oficial de Justiça Otílio, em cumprimento de mandado de prisão preventiva em desfavor de LEONARDO DE SOUZA, o qual teria resistido à prisão e instigado sua família a investir contra as equipes com pedras, foices, arco e flecha e lanças, resultando em danos ao patrimônio da União.

Em tal ação da comunidade indígena foram danificados 04 (quatro) veículos da marca FORD, modelo RANGER, pertencentes à Secretaria Nacional de Segurança Pública, todos com placas de Brasília/DF e equipados para operarem como viaturas policiais ostensivas da Força Nacional (fls. 100/106), comprovando-se, assim, a materialidade do delito de dano. As avarias constatadas foram:

PBG-5561: lanterna traseira esquerda quebrada; caçamba do lado esquerdo com pequeno amassado; almofada do para-choque com pequeno arranhão;

PBF-5576; porta dianteira traseira com arranhão que danificou e amassou a lataria; plástico do repetidor do pisca pisca integrado ao revisor do lado direito quebrado;

PBG-5591: para-choque dianteiro trincado; quebra mato amassado em dois locais; tampa da caçamba com pequeno amassado do lado direito; e lanterna traseira direita com uma pequena trinca;

PBG-5924: lanterna traseira direita quebrada; caçamba do lado direito com pequeno arranhão que afundou a lataria e riscou a pintura.

A autoria delitiva, entretanto, diferentemente do quanto entendido pelo r. juízo sentenciante, não pôde ser devidamente comprovada pelos elementos probatórios colhidos durante a instrução processual, sendo de rigor, assim, o acolhimento do pleito defensivo pela absolvição de LEONARDO DE SOUZA quanto ao delito previsto no art. 163 do Código Penal.

As declarações colhidas sob o crivo do contraditório evidenciam que, apesar de os policiais da Força Nacional que participaram da abordagem, terem sido enfáticos quanto à correlação direta entre o réu LEONARDO e o ataque da comunidade indígena às viaturas policiais, tal conclusão, em realidade, não passou de uma inferência a partir da percepção pessoal destes, percepção esta absolutamente subjetiva e que não corroborada por nenhum elemento em concreto que permita afirmar, com a segurança necessária para a manutenção de uma condenação criminal, que, de fato, LEONARDO DE SOUZA tenha instigado ou ordenado que os indígenas cometessem o crime de dano.

A esse respeito, válida a transcrição parcial das declarações colhidas sob o crivo do contraditório, complementadas pelo teor inferido a partir da análise direta da prova oral produzida em audiência de instrução, através das mídias digitais em que foram gravadas.

Em Juízo, Marcos Vinicius Azevedo Lopes, condutor da prisão de LEONARDO, declarou que: “(...) inicialmente ele estava tranquilo, mas no momento que ele saiu de casa, ele viu as viaturas do lado de fora, acho que ele percebeu que ia ser conduzido, ele começou a cantar no dialeto dele, com um chocalho, e incitar as outras pessoas, e as outras pessoas foram chamando mais pessoas, e foi juntando mais gente ao redor das viaturas, onde começou um tumulto contra as equipes, ainda bem que ninguém saiu ferido, nem policiais, nem as pessoas da aldeia, mas foi juntando pessoas armadas com foice, pedras, e começando a fazer barricadas (...) No momento em que nós estávamos do lado de fora da casa onde eles continuavam fazendo buscas, o réu ficou incitando o povo para ir para cima das viaturas. Como é que eu posso afirmar isso? *Ele estava cantando no dialeto dele*, mas no momento que ele começou a cantar e dançar de forma agressiva, os outros ficaram agitados e começaram vir para cima das viaturas, então eu posso afirmar categoricamente que o dano nas viaturas foi devido à incitação do réu perante aos demais para evitar sua prisão (...) estávamos em 3 policiais com ele, ele começou a dançar, se agitar, ao que os indígenas passaram a mão em foice e vieram pra cima. Nós saímos da casa, o pessoal estava olhando. Quando ele e a esposa começaram a cantar e dançar foi quando o povo ‘ah, não, não vai tirar não, não vai tirar’ e começaram a passar a mão em facão e reagiu (...)”.

A testemunha de acuação SILDINEI DA COSTA TAPURDIA, também policial de Força Nacional, disse, em juízo que (fls. 238): “Foram cumprir o mandado de prisão em desfavor de Leonardo e, em busca na residência deste, encontraram uma porção de maconha. Tiveram um conflito entre a aldeia e a guarnição. A droga estava praticamente visível, debaixo da cama dele. (...) No primeiro momento, quando a gente fez a abordagem dele, ele falou conosco em português. A partir do momento que ele saiu de sua residência, ele começou a falar em dialeto, aí foi quando começou a confusão realmente. Eu não posso afirmar o que ele indagou, mas, foi visível que ele foi o principal causador disso e influenciou as outras pessoas a atacarem as viaturas (...) Quando ele saiu da casa dele e visualizou outras pessoas, começou a falar o

dialeto, mas até aquele momento não havia agressividade nem da parte dele, nem da nossa (...) no momento que ele saiu, ele estava com um chocalho na mão, ao que ele começou a balançar e falar o dialeto. Então foi quando instigou as outras pessoas, as outras pessoas ficaram... *não posso afirmar o que ele estava falando no momento*. A gente não algemou ele porque não estava causando resistência, mas a partir do momento que ele começou a balançar o chocalho e falar em dialeto, as pessoas começaram o alvoroço ali em torno, foi quando começou as agressões contra a nossa guarnição, *mas em nenhum momento eu entendi o que ele falava*”.

Também na instrução processual, oficial OTILIO MARQUEZOLO, afirmou (fls. 212): “(...) como já existia mandado de prisão, a juíza me encaminhou junto com a força nacional para o cumprimento de um mando de citação (...) os policiais fizeram uma busca na casa buscando uma .40 que faltava das armas que sumiram dos policiais e aí eles acharam lá um volume de maconha. (...) *Leonardo não forneceu resistência, no momento em que saímos, os indígenas chegaram, botaram barricada, danificaram viatura, mas no momento, no ato, não houve nenhum tipo de instigação da parte dele (...) quem iniciou provavelmente a depredação foram os familiares do Leonardo. Leonardo especificamente não instigou nem fez nenhum sinal para que atacassem a polícia, foi conduzido pacificamente para a delegacia*.

Em seu interrogatório judicial, acerca do tema especificamente relacionado ao delito de dano, LEONARDO DE SOUZA alegou que, ao ser conduzido pelos policiais para fora de sua casa para ser preso, de fato, *entoou um cântico em seu dialeto, mas que tais palavras eram apenas uma reza de proteção, negando ter instigado qualquer ato violento por parte dos indígenas aos policiais e patrimônio policial que ali estavam*.

Vê-se, assim, que, diferentemente da conclusão extraída pela sentença *a quo*, os elementos coligidos em instrução probatória não demonstraram, de forma seguramente culpável, qualquer instigação expressa por parte do réu aos demais indígenas para que estes perpetrassem atos de violência contra os gendarmes e suas viaturas na consumação do delito de dano qualificado.

Ao contrário, os policiais ouvidos em juízo, apesar de afirmarem que a alteração de ânimos e a confusão iniciou-se a partir do momento em que o acusado LEONARDO começou a entoar um cântico em tupi-guarani, confirmaram não serem capazes de afirmar o que precisamente foi dito pelo acusado e se este, de fato, emitiu palavras ou gestos no sentido de ordenar ou instigar a ação dos demais indígenas.

Inclusive, o policial Sildinei da Costa foi expresso ao afirmar que “em nenhum momento entendeu o que foi falado pelo réu” e, apesar de afirmar que o réu teve participação direta na reação da comunidade, esta se tratou, em realidade, apenas da percepção subjetiva do policial acerca do desenrolar dos fatos. De fato, a subjetividade de tal conclusão mostra-se ainda mais evidente uma vez que, diante dos mesmos fatos, *a conclusão do Oficial de Justiça Otílio Marquezolo foi em sentido oposto àquela dos policiais*. O oficial de Justiça afirmou expressamente que, na data de sua prisão, não houve qualquer instigação por parte do acusado para que os indígenas reagissem e cometessem atos de violência, sendo a depredação das viaturas uma ação autônoma dos familiares de LEONARDO que, por sua vez, ao contrário, não ofereceu qualquer tipo de resistência durante a ação policial.

Ainda a esse respeito, o próprio policial Marcos Vinicius Azevedo Lopes, em seu depoimento judicial, afirmou que é comum, em cumprimento de prisões preventivas, quando o próprio réu se mostra inconformado com a sua prisão, que haja uma reação de resistência das pessoas à volta. Isto não significa, entretanto, que necessariamente o réu tenha ordenado uma reação, muito menos uma reação criminosa, por parte de seus familiares. A reação dos familiares e comunidade do preso não pode automaticamente tornar-lhe coautor de quaisquer

condutas perpetradas por tais terceiros, uma vez que este não tem domínio ou responsabilidade do que poderia involuntariamente ser feito pela investida pela comunidade contra os agentes de polícia.

Além disso, é de se destacar que, no depoimento perante a autoridade policial de Sidinei da Costa Tapudina, lotado na Força Nacional, este menciona que, na verdade, deveriam ter sido conduzido mais dois indígenas parentes de Leonardo, os quais efetivamente perpetraram o delito, o que, entretanto, não foi realizado pela Polícia naquele momento, e tampouco pelo Ministério Público Federal, que não buscou a identificação de tais sujeitos na tentativa de compreender se realmente a ação criminosa deu-se por ordem de LEONARDO DE SOUZA ou por um ímpeto independente da comunidade indígena diante da prisão de um de seus representantes.

Dessa forma, tendo restado absolutamente comprovado não ter sido LEONARDO DE SOUZA efetivamente quem praticou a conduta de dano às viaturas policiais, e não tendo sido devidamente demonstrada a comprovação de que este tenha realmente ordenado ou instigado para que os integrantes da comunidade danificassem os veículos em questão, não há que se falar em condenação do réu pelo delito do art. 163 do Código Penal.

O próprio r. juízo sentenciante aduz não ser possível saber o que o réu verbalizou ou qual a simbologia da dança que executou. Assim, mostra-se absolutamente temerário interpretar de forma subjetiva ter sido o canto como determinante para o início da agressão perpetrada contra as viaturas policiais, e simplesmente inferir nexo de causalidade entre a dança e o canto do réu com os ataques perpetrados pelos demais indígenas às viaturas policiais que estavam no local.

Nesse sentido, embora não seja impossível que, de fato, LEONARDO DE SOUZA tenha, em tupi guarani, proferido palavras para instigar o cometimento do delito de dano perpetrado pelos demais indígenas, o que o tornaria coautor de tal fato, inexistem nos autos prova contundente de que isso tenha, de fato, ocorrido, não se mostrando apta, portanto, a condenação do acusado, imperando-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

A prova indiciária quando indicativa de mera probabilidade, como ocorre *in casu*, não serve como prova substitutiva e suficiente de autoria não apurada de forma concludente no curso da instrução criminal.

A doutrina é firme a respeito da certeza na convicção do julgador ao emitir decreto condenatório. Confira-se sobre o assunto, os comentários de Guilherme de Souza Nucci ao artigo 386 do Código de Processo Penal (*in Código de Processo Penal Comentado*, 15ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 857):

Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu- *in dubio pro reu*. Se o Juiz não possui provas sólidas para a formação de seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição. Logicamente, neste caso, há possibilidade de se propor ação indenizatória na esfera cível.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência desta Egrégia Corte:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MOEDA FALSA, ARTIGO 289, §1º, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* MANTIDA A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O réu foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 289, §1º, do Código Penal.

3. Materialidade demonstrada.

4. Autoria delitiva não comprovada. Prova testemunhal não trouxe quaisquer elementos. Ainda que inverossímeis e contraditórias as versões apresentadas pelo réu, tanto em sede policial quanto em juízo, e que as circunstâncias do delito e os inúmeros registros criminais em nome do réu, inclusive com condenação já transitada em julgado pela prática do delito de estelionato, a indicar a personalidade inclinada ao cometimento de delitos, fato é que não foram produzidas, em juízo, vale dizer, sob o crivo do contraditório, provas suficientes a comprovar que o denunciado dolosamente praticou a conduta descrita no artigo 289, §1º do Código Penal. Aplicação do princípio do in dubio pro reo, eis que a incerteza favorece o acusado e o édito condenatório não pode ser lastreado em probabilidades ou meros indícios.

5. Mantida a absolvição.

6. Apelação a que se nega provimento.

(ACR 00091051620044036119, DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2011 PÁGINA: 195 ..FONTE_REPUBLICACAO - destaque nosso)

Assim, a r. sentença que condenou o réu LEONARDO DE SOUZA quanto ao delito do art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, merece ser reformada para que seja ele absolvido, já que ausentes provas suficientes para a comprovação de sua efetiva participação no delito de dano em questão, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

DO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, INCISO I, DA LEI DE DROGAS)

MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS

A materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, além de não ter sido objeto de impugnação, restou devidamente comprovada pelos seguintes documentos: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/18); Auto de Apresentação e Apreensão (fl. 09); Laudo Preliminar de Constatação (fls. 12/13) e Laudo Definitivo de Constatação (fls. 96/106), em que se atesta que a substância apreendida 313,9 gramas (massa líquida) da substância entorpecente conhecida como *maconha*.

De igual forma, como bem ressaltou a r. sentença *a quo*, a autoria restou devidamente demonstrada, uma vez que a prova testemunhal produzida na fase judicial, corroborada pelo flagrante delito, endossa os fatos descritos na r. exordial incoativa.

Como já mencionado alhures, os policiais e o Oficial de Justiça que participaram da prisão do acusado foram uníssonos e harmônicos em afirmar que, durante a abordagem para cumprimento de mandado de prisão, foi encontrada uma porção de maconha debaixo da cama do acusado.

A tese defensiva apresentada em juízo pelo acusado, em seu interrogatório judicial, dá conta de que a maconha encontrada em sua residência seria utilizada para fins medicinais, mediante a elaboração de um composto com álcool e outras ervas usadas pelos indígenas para tratamento/cura de patologias, dentre as quais reumatismo, que acometia a saúde do acusado.

Entretanto, como bem apontado pelo r. juízo sentenciante, a quantidade de entorpecente, o local em que estava acondicionado e a forma de aquisição, tudo somado aos depoimentos das testemunhas, revelam, a despeito do quanto alegado, a prática do crime de tráfico de drogas.

Primeiramente, vale ressaltar que, durante sua oitiva perante a autoridade policial, LEONARDO DE SOUZA não mencionou nada sobre o uso da maconha para fins medicinais. Ao contrário, no inquérito policial, o acusado tentou eximir-se de sua responsabilidade penal e, apesar de reconhecer que a maconha apreendida estava em sua casa, alegou não saber a quem ela pertencia, em versão absolutamente diversa daquela que apresentou perante o juízo.

Perante a autoridade judicial, a seu turno, LEONARDO DE SOUZA alegou ter ganhado a maconha de um “mascatero” (pessoa que vende pequenas coisas na aldeia, como explicou), o qual lhe recomendou que fizesse o composto para melhorar seu estado de saúde.

A forma de aquisição alegada, entretanto, não é plausível. A defesa explana que a atividade do “mascatero” é a venda de produtos/insumos – o que sugere, de plano, a incompatibilidade com a disponibilização graciosa. Se a concessão gratuita de produtos lícitos já não seria natural, imagine-se de produto ilícito, ao qual se agrega o risco de aquisição e comercialização (risco este embutido no preço). Nessa linha, a quantidade 313 gramas de maconha não é inexpressiva e não tem baixo custo de aquisição, sendo verossímil que o réu a tenha ganhado de um “masquetero”.

Ainda, é de se ressaltar que o acusado não fez qualquer tipo de prova para evidenciar seu versão dos fatos, não trazendo aos autos sequer a identificação da pessoa que supostamente teria lhe fornecido e indicado a substância entorpecente para a formulação de medicamento. De fato, o acusado sequer comprovou as condições médicas por ele alegadas, em nítido descumprimento de ônus probatório que lhe incumbia, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

Também é de se ressaltar que a forma de acondicionamento da substância também evidenciou a inverdade da versão apresentada pelo acusado, bem como o próprio dolo de sua conduta, uma vez que evidente a tentativa do acusado de encontrar subterfúgios irrazoáveis para a posse do entorpecente em questão.

O réu e os policiais que participaram da apreensão confirmaram que o entorpecente foi encontrado embaixo da cama do acusado, em sua residência. Primeiramente, é importante apontar que a maconha encontrada não estava em formato de extrato alcóolico, como aduz o réu que seria utilizada, mas sim *in natura*, na forma que é utilizada, como de conhecimento geral, para seu fumo e uso recreativo. Quando questionado sobre o porquê da maconha ser a única erva acondicionada debaixo de sua cama, sem a existência de qualquer outra erva que supostamente seria utilizada no composto medicinal, o réu não apresentou explicação plausível, alegando, de maneira incoerente e contraditória, que “era a primeira vez que ia usar esse remédio. Só a maconha estava embaixo da cama, e não as outras porque quando acabava o remédio, ele colocava de novo a erva, socava no pilão e a aplicava em seu corpo de maneira recorrente”.

Quanto a este ponto, é relevante trazer à baila o depoimento da testemunha de defesa Lídio Cavanha Ramirez, indígena residente na aldeia do acusado, que também se contrapõe à tese defensiva apresentada pelo réu. Segundo a testemunha em questão, não é da cultura indígena guarani-kaiowa o uso de maconha para fins medicinais: “culturalmente a gente nunca usou; para gente, o indígena guarani-kaiowa, a gente nunca usou assim, como remédio; (...) tem muita influência do pessoal que vem de fora, eles falam que tem erva que serve para usar para reumatismo, então isso vem como algo trazido de fora. Como não tinha na região, não é comum na nossa cultura, não é comum as pessoas usarem como remédio”.

Ainda no mesmo tema, como bem apontou a r. sentença *a quo*, o exercício de traficância local, dentro das aldeias indígenas, trata-se de problema público e notório, que restou, inclusive, reforçado pelos depoimentos judiciais, reconhecido, inclusive, pelos próprios indígenas.

A esse propósito, confira-se trecho do depoimento da Juíza de Direito da Comarca de Caarapó, Cristiane Aparecida Biberg de Oliveira (fls. 53-54): (...); QUE um dos maiores problemas da comarca de Caarapó/MS é tráfico interno na aldeia indígena e que acredita que a droga venha do Paraguai e seja depositada no interior da aldeia e depois distribuída na comunidade e na cidade de Caarapó/MS, o que é facilitado pela falta de policiamento ostensivo (...). Ainda

sobre o ponto, depreende-se da ata de reunião ocorrida em 29/10/2018, de que participaram a comunidade indígena TeyKuê e autoridades de Caarapó - entre as quais a juíza precitada, promotores de justiça, defensores públicos, delegado de polícia, comandante da força nacional, membros da FUNAI e do Conselho Tutelar - que uma das reivindicações da comunidade foi “*combate ao consumo e venda de drogas e bebidas alcoólicas, abuso sexual, abandono de crianças, agressões físicas contra mulheres*” (fls. 56-57).

Sobre o tráfico de drogas em aldeias indígenas, OTÍLIO MARQUEZOLO, oficial de justiça na cidade de Caarapó, informou em Juízo (fls. 212; mídia às fls. 214): (...) o tráfico está comprovado nos autos que têm aqui em Caarapó, que são vários processos de tráfico de drogas na reserva Tey Kue, assim como nas outras reservas aqui na região. O tráfico existe, tem processos aqui [inteligível] está tendo abordagem, tem ações exatamente nesse sentido.

Ouvido no IPL (fls. 2-4), MARCOS VINICIUS AZEVEDO LOPES, condutor da prisão de LEONARDO, disse: (...) QUE Policiais Militares de Caarapó e alguns indígenas bem como o oficial de justiça informaram que Leonardo traficava dentro da aldeia. (...). QUE segundo informações do próprio Oficial de Justiça Otílio, a droga vem do Paraguai para Leonardo fazer a venda (...).

Na instrução processual (fls. 238; mídia às fls. 240), a testemunha SILDINEI DA COSTA TAPURDIA, policial lotado na Guarda Nacional e integrante da equipe responsável pela prisão de LEONARDO, narrou: (...) eu encontrei um pacote que aparentava ser maconha num cômodo, abaixo da cama dele. (...). Foi indagado, até a uma senhora que entrou no momento, foi perguntado de quem era aquela droga e ela falou que não sabia. Indagado, na mesma oportunidade, se sabia da existência de drogas no local, SILDINEI respondeu: (...) sim, porque de acordo com denúncia de populares ali pela redondeza, falavam que ele traficava drogas, né, aí a gente não tinha certeza e resolveu verificar essa situação. No momento eu não vi nenhum tráfico, só encontramos a droga abaixo da cama dele.

Por fim, tendo como supedâneo a quantidade de entorpecente ora em comento, *os 313g de maconha apreendidos em poder do acusado superam o que a jurisprudência deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região usa como discriminem para fins de análise do que seria mero porte de drogas para uso pessoal de atos de traficância.*

A propósito, infere-se do julgamento da Apelação Criminal nº 0012345-14.2016.4.03.6112 (11ª Turma, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 06/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/03/2018) que a questão então trazia à lume jungia-se a 6,62 (seis gramas e sessenta e dois centigramas) de cocaína de um total de 65 (sessenta e cinco) gramas de entorpecente trazidos do Paraguai pelo acusado, o que foi compreendido, à unanimidade, pelos Desembargadores Federais integrantes do colegiado como sendo hipótese apta ao reconhecimento do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (a despeito da existência de pleito desclassificatório para a infração contida no art. 28 de mencionada legislação especial).

Na mesma linha do ora sustentado, esta C. Corte Regional também teve a oportunidade de refutar pedido desclassificatório cujo panorama de fundo envolvia a quantidade de 80 (oitenta) gramas de “crack” conforme é possível ser inferido do julgamento da Apelação Criminal nº 0000457-17.2012.4.03.6006 (5ª Turma, Rel. Des. Fed. PAULO FONTES, julgado em 18/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/08/2014).

Ressalte-se, ainda, que, de plano, mesmo que se considerasse que a droga em questão fosse, de fato, ser utilizada para fins medicinais, não se pode olvidar que a Resolução RDC n. 335, de 24 de janeiro de 2020, da ANVISA, estabelece critérios e procedimentos definidos para a importação de produto derivado de cannabis para tratamento de saúde próprio, mediante a

prescrição de profissional legalmente habilitado. De fato, o acusado sequer demonstrou qualquer prescrição médica nesse sentido, ou o cumprimento de quaisquer requisitos procedimentais, cadastros e fiscalizações sanitárias exigidas na referida Resolução para a autorização da Anvisa para tratamento médico com produtos com derivado de *cannabis*. Inclusive, o conceito de produto derivado de *cannabis* cuja importação é legalmente excepcionada e autorizada pela Anvisa inclui tão somente produtos industrializados trazidos do exterior, não se enquadrando nessa hipótese a importação *in natura* de substância entorpecente conhecida como maconha, como seria no caso em concreto.

A esse respeito, válida a transcrição de alguns artigos da Resolução da Anvisa que discrimina o tema:

Art. 2º Para efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
(...)

V - Produto derivado de Cannabis: produto industrializado, destinado à finalidade medicinal, contendo derivados da planta Cannabis spp..

Art. 3º Fica permitida a importação, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado para tratamento de saúde, de Produto derivado de Cannabis.

Art. 4º O produto a ser importado deve ser produzido e distribuído por estabelecimentos devidamente regularizados pelas autoridades competentes em seus países de origem para as atividades de produção, distribuição ou comercialização.

Art. 9º Somente após a aprovação do cadastro, o interessado poderá realizar as importações do Produto derivado de Cannabis, pelo período de validade do cadastro.

Parágrafo único. A importação de que trata o *caput* deste artigo poderá ser realizada formalmente por meio de registro no sistema informatizado de comércio exterior, por bagagem acompanhada ou por remessa expressa.

Art.11. Todas as importações deverão submeter-se à fiscalização pela autoridade sanitária em portos, aeroportos e fronteiras antes de seu Desembarço Aduaneiro, sendo necessária a apresentação, em cada desembarço, da prescrição do produto, nos termos do art. 6º desta Resolução, e do quantitativo a ser importado.

Parágrafo único. Enquanto o cadastro estiver vigente, uma mesma prescrição pode ser apresentada em mais de uma fiscalização sanitária para fins de anuência de importação pela Anvisa, desde que os quantitativos importados não ultrapassem a quantidade prescrita.

Art. 12. As quantidades efetivamente importadas serão registradas pela Anvisa para fins de monitoramento.

Nesse sentido, verifique-se precedente do Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*:

Quanto à suposta utilização do entorpecente como fitoterápico para uso próprio, consta do acórdão vergastado que “a produção, para este fim, era feita sem autorização da ANVISA, a qual, por intermédio da Resolução RDC n.º 335, de 24 de janeiro de 2020, definiu os critérios e os procedimentos para importação de produto derivado de cannabis para tratamento de saúde próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado. [...] o paciente sequer estava fazendo tratamento psicológico (última consulta em abril de 2019), não tendo,

neste norte, nem a autorização administrativa ou mesmo judicial” (fl. 112, destaquei). Dessa forma, trata-se de questão controvertida, a evidenciar a impossibilidade de seu exame na estreita via do *habeas corpus* (*HABEAS CORPUS* Nº 610936 - PB -2020/0229486-8, Superior Tribunal de Justiça, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 19.08.2021)

Por fim, outro ponto que merece ser aventado e reforça o caráter ilícito da conduta do acusado refere-se à distribuição a terceiros da referida substância entorpecente. O próprio acusado justificou, em seu interrogatório judicial, a grande quantidade de maconha encontrada em seu poder porque sua intenção era distribuir o suposto “medicamento” para outras pessoas na aldeia, dentre os quais seus familiares.

A esse respeito, a distribuição a terceiros, de maconha, independentemente de sua forma de acondicionamento, por si só, já enquadra a conduta do acusado no delito de tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo nos casos em que tal distribuição se dê de forma gratuita.

A esse respeito, veja-se:

HABEAS CORPUS Nº 710020 - SP (2021/0385298-4)

DECISÃO

ALCINEI ANDRÉ BRANDÃO, paciente neste *habeas corpus*, alega sofrer constrangimento ilegal em seu direito a locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 1500187-07.2019.8.26.0603.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi condenado à pena total de 12 anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais multa, como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal e no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante a Corte de origem, que lhe negou provimento, a fim de manter inalterada a sentença condenatória.

Neste *writ*, a defesa requer, resumidamente, que a conduta imputada ao réu seja desclassificada para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Decido.

A Corte estadual manteve a conclusão de que ficou devidamente caracterizado o delito de tráfico de drogas com base nos seguintes argumentos:

Do delito de tráfico de drogas Conforme narrado pelos Policiais Militares e pelo próprio acusado, este portava 02 porções de maconha, com peso líquido de 76,26 gramas (fls. 151/154).

Alegou o acusado que referido entorpecente destinava-se ao seu próprio consumo. No entanto, entendo que as circunstâncias dos fatos são suficientes para demonstrar o tráfico de drogas. Com efeito, a quantidade de entorpecente apreendida é incompatível com o mero uso, ainda que frequente. Há de se ressaltar que a Defesa não apresentou nenhuma prova de que o acusado fosse usuário do entorpecente há tempos, como alega.

E mais importante: o réu não soube explicar o motivo pelo qual estava com o entorpecente no momento dos fatos.

Ora, se o acusado pretendia visitar seu genitor e encontrar uma pessoa com quem realizou negócios, por que levaria a droga consigo ao sair de sua residência? E, ainda, por que levaria consigo duas porções da droga, já que claramente não poderia consumir sua totalidade naquela ocasião? E ainda que se alegue que referidas porções eram destinadas ao seu uso, por que o acusado as teria deixado no banco de trás do veículo de Adnilson (local onde foram encontrados os entorpecentes, conforme narrado pelos Policiais), enquanto conduzia o carro? No mais, os valores apreendidos na ocasião (R\$273,00 em dinheiro), sem comprovação de origem lícita, evidenciam que o acusado praticava o tráfico de entorpecentes, sendo referido numerário produto da traficância.

A alegação de ser o réu mero usuário não teria o condão de afastar a traficância de drogas, sendo comum a figura do usuário que vende tóxicos para sustentaro vício.

E para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, pois o simples fato de, com essa finalidade, preparar, transportar, guardar, manter em depósito, trazer consigo ou fornecer, ainda que gratuitamente, a substancia, também caracteriza o crime em questão.

[...] Assim, de rigor a manutenção da condenação do réu também pelo delito de tráfico de drogas. (fls. 49-51, destaquei).

Pelo trecho anteriormente transcrito e, sobretudo, pela leitura atenta da sentença condenatória e do acórdão recorrido, verifico que as instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006).

Por essas razões, mostra-se inviável a desclassificação da conduta imputada ao réu, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos.

Registro, no particular, que, nos termos do art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal/conjunto ou ao tráfico de drogas, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Ademais, esclareço que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente ? até porque o próprio tipo penal aduz “ainda que gratuitamente” ?, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância, tal como ocorreu no caso.

Por fim, esclareço que, para entender-se pela desclassificação da conduta do réu, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do *habeas corpus*.

À vista do exposto, indefiro liminarmente o presente *habeas corpus* .

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2021.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Relator

(Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 07/12/2021)

Vê-se, assim, que não é o caso de desclassificar-se a conduta do acusado para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas, enquadrando sua conduta em porte para uso pessoal.

Dessa forma, de rigor a manutenção da condenação do réu LEONARDO SOUZA nas sanções do delito do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

DA DOSIMETRIA DA PENA

Deve o magistrado, ao calcular a reprimenda a ser imposta ao réu, respeitar os ditames insculpidos no art. 68 do Código Penal, partindo da pena-base a ser aferida com supedâneo no art. 59 do mesmo Diploma, para, em seguida, incidir na espécie as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento de pena.

Primeira Fase

Na primeira fase relacionada à dosimetria da reprimenda, a pena base foi mantida no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, uma vez que adequando às circunstâncias do caso em concreto.

Segunda Fase

Na segunda fase do cálculo, ausentes quaisquer agravantes ou atenuantes, a pena intermediária resta mantida no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Terceira fase

Na terceira fase da dosimetria da pena, foi reconhecida devidamente a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas), porquanto preenchidos os requisitos legais, uma vez que não se demonstrou a dedicação do acusado às atividades criminosas. Como bem fundamentou o r. juízo sentenciante, embora não se tenha dúvidas de que o entorpecente encontrado em poder do réu se destinasse ao tráfico, não há elementos suficientes para afirmar que LEONARDO se dedicasse de forma contumaz a esta atividade.

Com esteio nesses fundamentos, e diante das circunstâncias particulares do caso, bem como a quantidade, apesar de relevante, não suficientemente expressiva de droga apreendida, o r. juízo *a quo* entendeu por bem aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/3 (um terço), o que deve ser mantido em seus exatos termos, à míngua de recurso a impugnar esse ponto.

Assim, a pena definitiva do acusa resta mantida no patamar fixado pela r. sentença *a quo*, qual seja, *03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa*.

PENA DEFINITIVA

Mantida a pena definitiva do réu quanto ao delito do art. 33 da Lei de Drogas em *03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa*, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

REGIME INICIAL

Primeiramente, relevante salientar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111840, em 27 de junho de 2012.

Desta forma, para determinação do regime inicial, deve-se observar o artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal, e do artigo 59 do mesmo *Codex*, de forma que a fixação do regime inicial adequa-se às circunstâncias do caso concreto. Ressalte-se que, especificamente quanto ao delito de tráfico ilícito de drogas, também se considerará a natureza e quantidade de entorpecentes como fundamentação idônea para a fixação do regime inicial para cumprimento de pena, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90, NA REDAÇÃO DADA PELO LEI N. 11.464/2007. INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Embora possa haver nos autos elementos concretos que justifiquem a imposição de regime mais gravoso, sabe-se que para cada uma das fases de dosimetria das penas, bem como para a fixação do regime prisional, a fundamentação deverá ser vinculada aos motivos declinados pelo julgador.

2. Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos

ou equiparados, a fixação do regime inicial deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, aos condenados por tráfico de drogas.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1512607/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018- destaque nosso)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

5. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

In casu, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida, utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

6. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 425.688/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018- destaque nosso)

In casu, diante da ora absolvição quanto ao delito do art. 163 do Código Penal e a manutenção da condenação tão somente do crime do art. 33 da Lei de Drogas, tem-se que a pena privativa de liberdade foi fixada em *03 anos e 04 meses de reclusão*, possível a fixação de regime inicial *ABERTO* para cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Saliente-se que a detração de que trata o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 12.736/2012, não influencia no regime já que fixado o regime inicial menos gravoso.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS

Tendo em vista o implemento dos requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal, deve a pena corporal ser substituída por duas reprimendas restritivas de direito, quais sejam, *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* (a ser definida pelo MM. Juízo da Execução Penal - art. 46 do Código Penal) e *prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo* (a ser destinada a entidade com finalidade social). Ressalte-se que o pagamento da prestação pecuniária a entidade com destinação social atende o teor do art. 45, § 1º, do Código

Penal, pois a União é sempre vítima estanke de todo e qualquer delito e o encaminhamento sistemático a ela faria com que as demais hipóteses do artigo mencionado jamais tivessem aplicação - a destinação da prestação pecuniária ora determinada alcança fins sociais precípuos que o Direito Penal visa atingir, de maneira eficaz e objetiva.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *DAR PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso de Apelação de *LEONARDO SOUZA* para absolvê-lo da prática do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, mantendo-se a condenação do réu quanto ao delito previsto no art. 33, em sua forma fundamental, c.c. o artigo 40, inciso I, da Lei Federal nº 11.343/2006, restando sua pena definitiva fixada em *03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão*, em regime inicial *ABERTO*, além do pagamento de *333 (trezentos e trinta e três) dias-multa*, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos eternos anteriormente dispostos, mantendo-se, no mais, a sentença *a quo*, por seus próprios e judiciosos fundamentos.

É o voto.

Comunique-se o Juízo das Execuções Criminais.

Oficie-se à FUNAI para ciência do presente voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

5004967-64.2020.4.03.6181

Apelante: EDSON RODRIGUES DE NOVAIS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 28/03/2022

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. CRIME DE CONTRABANDO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOLO CONFIGURADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O apelante foi condenado pela prática do crime definido no artigo 334-A, § 1º, IV e V, do Código Penal.
2. A defesa não questiona a materialidade delitiva, a qual foi atestada pelo Termo Circunstanciado da ocorrência nº 900132/2015, pelo Termo de Constatação, pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias e pela Relação de Mercadorias a ele anexa, pela Representação Fiscal para Fins Penais, pelo Auto de Exibição e Apreensão, e pelos laudos periciais, os quais registram a apreensão de 11 (onze) noteiros de máquinas caça-níqueis, 7 (sete) placas de máquinas caça-níqueis, além de outros objetos, como 2 (dois) pen drives Sandisk, 2 (dois) cartões de memória, 1 (um) manual de configuração de máquina Halloween e um manual de funcionamento e manutenção de máquina caça-níquel.
3. A autoria restou demonstrada pelo Termo Circunstanciado da ocorrência, corroborado pelas demais provas amealhadas em juízo. O dolo, por sua vez, foi evidenciado tanto pelas circunstâncias em que os itens foram apreendidos, pelo interrogatório policial do réu, e pela prova oral produzida.
4. Inexiste afronta ao artigo 155 do Código de Processo Penal, pois os elementos informativos amealhados na seara policial foram corroborados pela prova angariada em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e a defesa não produziu qualquer prova que pudesse infirmá-los. O acusado declarou perante a autoridade policial que faria a manutenção das máquinas caça-níqueis por dez dias, e deixou de comparecer a seu interrogatório judicial, ocasião que lhe permitiria apresentar sua versão dos fatos.
5. Não merece guarida a alegação de que o apelante não agiu com dolo, e que não sabia que os produtos encontrados no veículo eram provenientes do exterior. Consta dos autos que o réu já foi condenado definitivamente por delito relacionado a jogos de azar, conforme certidão de antecedentes constantes dos autos, não se podendo alegar que ele desconhecia a ilicitude dos materiais que estava transportando. Destarte, pelas razões ora expostas, deve ser mantida a condenação do réu pela prática do crime de contrabando.
6. Na primeira fase da dosimetria, o magistrado *a quo* valorou negativamente os antecedentes do réu. O acusado foi definitivamente condenado pela prática de contravenção penal (artigo 50, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.688/1941), por fato ocorrido

em 28/07/2012, e acórdão condenatório transitou em julgado em 02/03/2016. No que diz respeito à fração da exasperação da pena, entendo que merece acolhida o pedido defensivo pela redução para a fração de 1/6 (um sexto), que se revela adequada aos fatos em análise, em estrita observância ao princípio da razoabilidade, resultando na pena intermediária de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

7. Preservo o entendimento do magistrado de primeiro grau, no sentido de que inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou de diminuição da pena. Dessa forma, fixo a reprimenda definitivamente em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

8. Acolho o pedido defensivo pelo afastamento da condenação ao pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa, posto que o crime do artigo 334-A do Código Penal não prevê a pena de multa em seu preceito secundário.

9. Considerando o *quantum* da pena, mantenho o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com base no disposto no artigo 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal.

10. Presentes os requisitos elencados no artigo 44, § 2º, do Código Penal, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em: i) prestação pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), destinada à União; e ii) prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo juízo da execução.

11. Apelo defensivo a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação defensiva, para reduzir a exasperação da pena-base, fixando a reprimenda definitivamente em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e afastar a condenação ao pagamento de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Cuida-se de ação penal fundada em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de EDSON RODRIGUES DE NOVAIS e de ANTONIO CARLOS BARBOSA PESSOA pela prática do crime definido no artigo 334-A, § 1º, IV e V, do Código Penal.

Narra a denúncia (ID 209823952, pp. 06/10):

“Restou comprovado nos autos que no dia 23/07/2015, EDSON RODRIGUES DE NOVAIS e ANTONIO CARLOS BARBOSA PESSOA, previamente ajustados entre si e em conluio e unidade de desígnios, adquiriram e receberam, bem como mantiveram em depósito, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, mercadorias proibidas pela lei brasileira, consistentes em placas, noteiros e outras peças referentes a máquinas caça-níqueis.

Conforme consta nos autos, no dia 23/07/2015, por volta das 13h00min, os policiais civis Augusto Rodrigues Joanes e Valter João Soncini efetuavam patrulhamento de rotina na Avenida

Osvaldo Aranha. Jardim Colina, altura do 110 IO, nesta capital, momento em que decidiram abordar EDSON RODRIGUES DE NOVAIS, que conduzia o veículo Ford Courier, placas CVB 7886, de propriedade de ANTONIO CARLOS BARBOSA PESSOA (fis. 86/87 do Apenso 1). Ao efetuarem a vistoria no veículo, os policiais civis localizaram em seu interior 06 (seis) noteiros de máquinas caça-níqueis, 05 (cinco) partes de noteiros de máquinas caça-níqueis, 07 (sete) placas de circuito eletrônico de máquinas caça-níqueis, 01 (uma) nota fiscal de validador de cédulas, 01 (um) manual de funcionamento e manutenção de máquina caça-níquel, 01 (um) manual de configuração de máquina caça-níquel, 02 (dois) pendrives, 02 (dois) cartões de memória do tipo compact flash, 01 (uma) correspondência endereçada a ANTONIO CARLOS BARBOSA PESSOA contendo propaganda de manutenção de noteiro, além de contabilidade relativa às máquinas de caça-níquel (fis. 15/17-v), os quais, assim como o veículo, foram apreendidos, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fis. 28/35 do Apenso 1.

Durante a abordagem, questionado pelos policiais sobre os objetos que transportava no veículo, EDSON RODRIGUES DE NOVAIS disse que era técnico eletrônico e que apenas faria a manutenção das máquinas caça-níqueis por um período de 10 (dez) dias. Disse, ainda, que as peças eram todas de propriedade de ANTONIO CARLOS BARBOSA PESSOA (fis. 15/15-v). Todas as mercadorias apreendidas na data dos fatos foram periciadas pelo Instituto de Criminalística da Polícia Civil, tendo sido elaborados diversos Laudos Periciais, os quais foram juntados às fis. 45/47 e 48/50 dos autos principais, e fis. 70/73, 125/128, 129/132, 133/136, 137/139, 140/143, 144/147, 148/151, 163/166, 175/179 e 180/185 do Apenso 1.

Por meio do Laudo Pericial nº 366.283/2015 (fls. 45/47), foram avaliadas as 07 (sete) placas de circuito eletrônico de máquinas caça-níqueis, as quais, em grande parte, eram de procedência estrangeira. Por sua vez, conforme o Laudo Pericial nº 366.381/2015 (fls. 48/50), foram avaliados os noteiros apreendidos, indicando-se marcas de origem estrangeira, bem como que eram aptos a oferecer pagamento automático em notas de moeda corrente para máquinas do tipo caça níquel.

Às fls. 125/128 do Apenso 1, foi juntado o Laudo Pericial nº 366.582/2015, por meio do qual foram periciados os 02 (dois) pendrives encontrados no veículo conduzido por EDSON RODRIGUES DE NOVAIS. Segundo o Laudo, um dos dispositivos estava vazio, sendo que o outro dispositivo, ao ser aberto, apresentou urna tela contendo pastas relacionadas a jogos utilizados em máquinas do tipo caça-níquel. No mesmo sentido, foi o Laudo Pericial nº 366.604/2015 (lis. 129/132 do Apenso 1), por meio do qual foram analisados os 02 (dois) cartões de memória do tipo compact flash. Segundo o documento, os dispositivos podem ser utilizados para armazenamento e inicialização de jogos eletrônicos, bem como em máquinas caça-níqueis. Outrossim, segundo o Laudo Pericial nº 366.625/2015 (lis. 137/139 do Apenso 1), foi analisado 01 (um) manual de configuração de máquina caça-níquel, o qual continha 13 (treze) folhas impressas que descreviam a configuração, utilização e forma de instalação de tais máquinas, além de diagramas de instalação elétrica de noteiros da marca “HUIAI Eletronics”, de procedência chinesa.

Os 06 (seis) noteiros e as 05 (cinco) partes de noteiros, bem como as 07 (sete) placas de circuito eletrônico de máquinas caça-níqueis foram encaminhados à Receita Federal, conforme Termo de Constatação de fis. 76 e Relação de Mercadorias de lis. 89. O órgão fiscal elaborou, então, o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Os. 87/88, tendo atribuído o valor de R\$ 3.689,82 (três mil, seiscentos e oitenta e nove reais e oitenta e dois centavos) aos equipamentos apreendidos, e o valor de R\$ 1.844,91 (um mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e noventa e um centavos) relativo aos tributos presumidamente suprimidos, conforme Demonstrativo Presumido de Tributos de fls. 118 dos autos.

Em se tratando de equipamentos destinados à prática de contravenção penal, resta demonstrada a materialidade do crime de contrabando pelo Registro de Ocorrência nº 900132/2015 (lis. 15/18-v), pelas declarações prestadas pelos policiais civis que participaram da ocorrência (lis. 15/15-v), pelo Auto de Exibição e Apreensão de fis. 28/35 do Apenso 1, pelos Latidos

Periciais elaborados pelo Instituto de Criminalística da Polícia Civil (fls. 4547 e 48/50 dos autos principais, e fls. 70/73, 125/128, 129/132, 133/136, 137/139, 140/143, 144/147, 148/151, 163/166, 175/179 e 180/185 do Apenso 1), pelo Termo de Constatação (fls. 76), pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 87/88), pelo Relatório de Mercadorias (fls. 89), pela Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 105/105-v) e pelo Demonstrativo Presumido de Tributos (fls. 118).

No tocante a autoria delitiva em relação aos acusados, a mesma igualmente restou demonstrada nos autos. Ouvido na Polícia Civil em 05/08/2015 e em 03/05/2016, ANTONIO CARLOS BARBOSA PESSOA disse que é técnico e que atua no setor de manutenção de computadores, e que é o proprietário do veículo Ford Courier, placas CVB 7886, apreendido na data e local dos fatos (fls. 87).

Disse que na época dos fatos estava viajando e emprestou seu carro a EDSON RODRIGUES DE NOVAIS, para que o mesmo fizesse um carreto. Afirmou desconhecer a origem dos objetos apreendidos no interior de seu veículo e que os mesmos não lhe pertenciam, não sabendo explicar o motivo pelo qual EDSON disse, por ocasião da apreensão, que as peças eram de sua propriedade (fls. 68 e 86 do Apenso 1).

Todavia, embora tenha negado a propriedade dos objetos apreendidos no interior do veículo de sua propriedade, restou devidamente demonstrado nos autos que ANTONIO CARLOS BARBOSA PESSOA tinha consciência das mercadorias que eram transportadas por EDSON RODRIGUES DE NOVAIS. Isso porque um dos objetos encontrados no interior do veículo apreendido foi uma correspondência enviada pela empresa “SAM 7 Tecnologia e Automação Ltda”, endereçada a ANTONIO CARLOS, a qual continha em seu interior uma propaganda de promoção para “manutenção de noteiros com valor fixo de R\$ 80,00”, além de propaganda de venda de noteiro. Referidos documentos foram periciados pela Polícia Civil, conforme o Laudo Pericial nº 366.617/2015 (fls. 133/136 do Apenso 1).

Assim, resta claro que ANTONIO CARLOS BARBOSA PESSOA tinha pleno conhecimento das mercadorias que estavam sendo transportadas por EDSON RODRIGUES DE NOVAIS no veículo de sua propriedade, sendo que o fato de as propagandas terem sido a ele endereçadas demonstra que o acusado trabalhava com a operação de máquinas caça-níqueis.

No tocante a EDSON RODRIGUES DE NOVAIS, o mesmo somente foi ouvido no momento da apreensão (fls. 15 do Apenso 1), tendo em vista terem restado infrutíferas todas as tentativas de localização do acusado, consoante Relatórios de Missão Policial de fls. 96 e 124 dos autos principais. Importante frisar que EDSON RODRIGUES DE NOVAIS possui antecedentes criminais pela prática de exploração de jogos de azar, tendo, inclusive, sido condenado por tal contravenção penal, conforme apontamentos criminais juntados às fls. 57/60 dos autos. Assim sendo, há nos autos indícios suficientes de autoria e de materialidade delitivas, sendo que a grande quantidade de mercadorias apreendidas demonstra o intuito comercial dos acusados [...].”

Ao final, o Ministério Público denunciou EDSON RODRIGUES DE NOVAIS e ANTONIO CARLOS BARBOSA PESSOA como incurso nas sanções do artigo 334-A, parágrafo 10, incisos IV e V, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 16/12/2019 (ID 209823953, pp. 29/31).

Citado, o corréu Antonio Carlos apresentou resposta à acusação por meio da Defensoria Pública da União, que também requereu intimação do Ministério Público Federal para manifestação sobre eventual proposta de acordo de não persecução penal (ID 209823953, p. 86).

Oferecida proposta pelo Ministério Público Federal (ID 209823954, pp. 03/06) e aceita pelo corréu Antonio Carlos (p. 8), o acordo foi homologado pelo Juízo (pp. 44/45), sendo que na mesma oportunidade determinou-se o desmembramento do feito em relação a EDSON.

Após regular instrução, sobreveio a sentença de ID 209824035, pela qual o magistrado de primeiro grau julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, para condenar EDSON RODRIGUES NOVAIS pela prática do crime previsto no artigo 334-A do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, quais sejam: a) uma pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, a ser definida pelo Juízo da Execução, e b) uma prestação pecuniária correspondente a uma parcela única no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), em favor da União. O réu também foi condenado ao pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa, no valor de unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo ao tempo do crime.

Por fim, o magistrado *a quo* condenou o réu ao pagamento das custas processuais, e concedeu-lhe o direito de apelar em liberdade.

A sentença foi publicada em 02 de setembro de 2021.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. Pleiteia a absolvição do réu, alegando insuficiência de provas quanto ao dolo, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, em consonância com os princípios da presunção da inocência e do “*in dubio pro reo*”. Subsidiariamente, requer a readequação da pena-base, e a exclusão da pena de multa estabelecida, ante a ausência de previsão legal (ID 209824050).

Contrarrazões ministeriais no ID 209824053.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República ofereceu parecer pelo parcial provimento do recurso da defesa, para afastar a pena de multa/ (ID 209824053).

É o relatório.

À revisão.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

O apelante EDSON RODRIGUES DE NOVAIS foi condenado pela prática do crime definido no artigo 334-A, § 1º, IV e V, do Código Penal.

1. Da materialidade

A defesa não questiona a materialidade delitiva, a qual foi atestada pelo Termo Circunstanciado da ocorrência nº 900132/2015 (ID 209823933, fls. 26/31), pelo Termo de Constatação (ID 209823935, p. 23), pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias e pela Relação de Mercadorias a ele anexa (ID 209823936, pp. 01/03), pela Representação Fiscal para Fins Penais (ID 209823936, pp. 21/22), pelo Auto de Exibição e Apreensão (ID 209823939, pp. 02/05), pelo Laudo Pericial nº 366.283/2015 (ID 209823940, pp. 12/14), pelo Laudo Pericial nº 366.381/2015 (ID 209823940, pp. 9/11), pelo Laudo Pericial nº 366.569/2015 (ID 209823940, pp. 18/21), pelo Laudo Pericial nº 366.582/2015 (ID 209823942, pp. 21/23), pelo Laudo Pericial nº 366.604/2015 (ID 209823942, pp. 25/26), pelo Laudo nº 366.617/2015 (ID 209823943, pp. 3/5), pelo Laudo Pericial nº 366.625/2015 (ID 209823943, pp. 7/9), pelo Laudo Pericial nº 366.628/2015 (ID 209823943, pp. 10/12), e pelo Laudo Pericial nº 366.632/2015 (ID 209823943, pp. 18/20).

Com efeito, referidos documentos registram a apreensão de 11 (onze) noteiros de máquinas caça-níqueis, 7 (sete) placas de máquinas caça-níqueis, além de outros objetos, como

2 (dois) pen drives Sandisk, 2 (dois) cartões de memória, 1 (um) manual de configuração de máquina Halloween e um manual de funcionamento e manutenção de máquina caça-níquel.

O Instituto de Criminalística da Polícia Civil de São Paulo elaborou laudos sobre todos os itens examinados. Em síntese, os laudos periciais observaram que as placas de circuito eletrônico impresso apreendidas são dotadas de componentes eletrônicos de procedência nacional e estrangeira. Os noteiros, por sua vez, são descritos como “equipamentos eletrônicos que oferecem pagamento automático, no caso, em notas de moeda corrente, tais como máquinas de venda automática de bebidas/alimentos, jogos eletrônicos e máquinas do tipo caça níquel”, sendo cinco deles de marca BTL, dois de marca ICT, três desprovidos de marca aparente e um montado em uma caixa metálica fechada.

Foram apreendidos também dois dispositivos de memória “pen drive”, da marca Sandisk Cruze Blade. Uma das unidades continha diversas pastas, cujos nomes relacionam-se a jogos do tipo caça níquel (Silve, Phara, Nine, China). O perito observou que *“As peças descritas são normalmente utilizadas para armazenamento de arquivos, fotos, podendo ser utilizadas para armazenamento e inicialização de jogos de diversões eletrônicas e em máquinas de jogos eletrônicos (“Caça Níquel”)*” (ID 209823942, p. 23). A mesma observação foi feita em relação às duas placas de circuito do tipo adaptadora de cartão compact flash, e dos dois dispositivos de memória do tipo “Compact Flash”, de marca Transcend (ID 209823942, p. 26).

Por fim, no que diz respeito aos manuais apreendidos, o perito registrou que um deles consiste em manual de configuração, utilização e diagrama elétrico de instalação de máquinas caça níquel, apresentando nome Halloween Lucky, além de diagramas elétricos de instalação de noteiros de marca HUAI Eletronics (China). O outro representa manual de utilização de máquina caça níquel “Hallowcen Party-Panico”, e estava acompanhado de cópia de folha manuscrita com código de jogos e tabela informando “Bases Tom/Carlos”.

Assim, resta demonstrado que parte dos equipamentos apreendidos tem origem estrangeira, em relação aos quais não foi demonstrada sua entrada regular no país. Tais equipamentos são utilizados na composição de máquinas caça-níqueis, assim como os demais objetos e equipamentos periciados que também tem sua utilização relacionada a máquinas caça-níqueis e jogos de azar. Incontestemente, portanto, a materialidade delitiva.

2. Da autoria e do dolo

A autoria restou demonstrada pelo Termo Circunstanciado da ocorrência, corroborado pelas demais provas amealhadas em juízo.

O dolo, por sua vez, foi evidenciado tanto pelas circunstâncias em que os itens foram apreendidos, pelo interrogatório policial do réu, e pela prova oral produzida.

Extraí-se das declarações dos policiais civis Augusto Rodrigues Joanes e Valter João Soncini que, em 23/07/2015, participavam da Operação do DECAP 2ª Seccional, quando avistaram um veículo Ford Cuorier, placas CVB-7886, trafegando pela via pública, e decidiram efetuar abordagem de rotina. Na busca pessoal, nada de irregular foi localizado em poder do condutor do veículo, porém no veículo foi encontrada grande quantidade de placas, noteiros e outras peças referentes a máquinas caça-níqueis, inclusive vasta documentação com contabilidade da contravenção e manutenção das referidas máquinas. Indagado sobre as peças que transportava no veículo, o motorista Edson declarou ser Técnico Eletrônico e que faz apenas a manutenção das máquinas, as quais pertencem a Antonio Carlos Barbosa Pessoa, cujo telefone indicou (ID 209823933, pp. 26/27).

Os policiais reiteraram suas declarações em juízo.

O policial Augusto Rodrigues Joanes disse que nada foi encontrado com o motorista, mas no interior do veículo havia muitos itens referentes a máquina caça-níquel, noteiros e peças de caça-níquel, documentação, manual de manutenção de máquinas. Respondeu que pelo que se recorda, os equipamentos estavam atrás do banco do motorista da pick-up. Respondeu que o condutor do veículo disse na ocasião que os equipamentos pertenciam a outra pessoa, de quem passou o número de telefone. Respondeu que o condutor do veículo disse que era técnico de máquinas caça-níquel, sendo então conduzido para a delegacia (ID's 209824016/209824019).

O policial Valter João Soncini respondeu que na data dos fatos estavam em uma operação para diminuir o índice de criminalidade na área, e decidiram abordar veículo Courier. No interior do veículo havia peças de máquinas caça-níqueis, noteiros, apontamentos referentes a jogo, equipamento de mídia, pendrive. Não se lembrava o que o acusado disse sobre o material, tampouco sobre o volume e onde estava o material apreendido (ID 209824017).

O réu, na fase inquisitiva, declarou que trabalhava em um escritório de Despachante Policial, onde exerce as funções de office-boy, e também de Técnico Eletrônico. Sustentou que faria a manutenção das máquinas caça-níqueis por um períodos de dez dias, prazo em que Antonio Carlos se encontra viajando (ID 209823945, p. 18).

Apesar de devidamente intimado, o réu não compareceu à audiência, sendo então decretada sua revelia.

Em 05/08/2015, foram colhidas declarações de Antônio Carlos Barbosa Pessoa. Disse ser técnico e que atuava no setor de manutenção de computadores, porém negou trabalhar com máquinas caça-níqueis. Narrou que esteve viajando no período compreendido entre 21 e 31 de julho daquele ano, e deixou o seu carro com EDSON. Questionado sobre os objetos encontrados no interior de seu veículo, disse que eles não eram seus, e desconhecia a quem pertenciam (ID 209823941, p. 08).

Antônio Carlos foi novamente ouvido em 03/05/2016. Este admitiu ser o proprietário do veículo apreendido, porém afirmou que os objetos apreendidos não lhe pertenciam. Disse que estava viajando na época, e emprestou seu carro para Edson fazer um carreto. Não soube dizer a origem dos objetos que estavam na caçamba de seu carro. Afirmou trabalhar como autônomo no ramo de transporte. Não soube dizer o motivo para Edson dizer que as coisas que estavam em seu carro pertenciam ao depoente (ID 209823940, p.16).

Antonio Carlos Barbosa Pessoa ainda prestou declarações na fase policial mais uma vez, no dia 21/12/2016. Reiterou que no mês de julho de 2015 emprestou o veículo Ford Courier, placas CVI3-7886, para seu ex-colega de trabalho Edson Rodrigues Novais. À época dos fatos, Edson lhe pediu de empréstimo a caminhonete para transportar um móvel, salvo engano um guarda-roupa. O declarante tinha uma viagem marcada e como não ia necessitar do veículo, posto que ficaria parado por 10 dias, emprestou o automóvel para Edson. Edson lhe telefonou, informando que o seu veículo havia sido apreendido, e explicou que nele havia placas e fontes de computador. Ao retornar de Fortaleza, o declarante foi conversar com Edson, e nessa oportunidade o mesmo disse que iria jogar fora aquelas placas porque era um material velho. Reforçou que nunca trabalhou com máquinas de caça níqueis, e que somente trabalha com transporte, fazendo carretos. Disse que tem curso básico de eletrônico, mas nunca exerceu essa profissão (ID 209823946, p. 81).

A defesa sustenta a impossibilidade de manter o decreto condenatório pautado em elementos de prova colhidos durante a investigação e no depoimento isolado de um policial.

Inexiste afronta ao artigo 155 do Código de Processo Penal, pois os elementos informativos amealhados na seara policial foram corroborados pela prova angariada em juízo - oitiva

das testemunhas policiais - sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e a defesa não produziu qualquer prova que pudesse infirmá-los.

EDSON declarou perante a autoridade policial que faria a manutenção das máquinas caça-níqueis por dez dias. O acusado deixou de comparecer a seu interrogatório judicial, ocasião que lhe permitiria apresentar sua versão dos fatos.

Foi apreendida no veículo conduzido pelo réu uma agenda, do ano de 2014, apresentando nomes e registro de sequências numéricas, normalmente encontradas em registro de leitura de créditos em jogos eletrônicos.

Também foram apreendidas folhas com anotações manuscritas de nomes de pessoas, relacionados a sequências numéricas com características de registro de valores, e sequências numéricas com características de registro de leitura de créditos em máquinas de jogos eletrônicos. São percebidos as palavras “SANTO AMARO”, “LACERDA” e nomes de jogos do tipo Caça Níquel (Champion, Nine) e ainda os períodos de tempo 11/04 a 13/05 e 07/06 a 29/06/15. Em outras folhas, tais registros datavam de 11/05 a 17/07/2015, havendo ainda registro de movimentação financeira. Foram encontrados nome típicos de jogos tais como Nine, Pachinko, Pharaoh's, entre outros.

Assim, verifica-se que a condenação não foi embasada apenas em elementos de convicção colhidos exclusivamente na fase inquisitiva, sendo as provas geradas nessa etapa pré-processual utilizadas por estarem em harmonia com a inquirição das testemunhas.

Ressalte-se que os depoimentos de policiais são idôneos para ensejar um provimento condenatório, inclusive porque corroboram as provas documentais já produzidas, e gozam de fé pública e presunção *juris tantum*, não afastada pela defesa.

Nesse tocante, já decidiu esta E. Décima Primeira Turma:

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. VALIDADE. PENA MANTIDA.

1. Materialidade comprovada. Autoria demonstrada pela prova testemunhal produzida durante as investigações e em juízo.

2. Diante do conjunto probatório, não se sustenta o argumento ventilado pela defesa de que o réu estava na companhia dos demais acusados, mas desistiu de praticar o delito.

3. O fato de a testemunha afirmar que não se recorda de determinada passagem, não retira credibilidade daquilo que afirma saber sobre os fatos.

4. *A sistemática processual penal vigente não impõe qualquer restrição na eficácia probatória decorrente de depoimentos feitos por agentes policiais, até porque, ordinariamente, suas declarações têm expressiva relevância na elucidação do delito e de sua autoria.*

5. Transnacionalidade do crime evidenciada pelos depoimentos das testemunhas.

6. Dosimetria da pena inalterada. Diante da ausência de recurso ministerial e do princípio da *non reformatio in pejus*, mantida a pena-base e a redução decorrente do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

7. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão do quantum da pena aplicada (CP, art. 44, I).

8. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 40252 - 0000197-79.2008.4.03.6005, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, julgado em 28/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/11/2014) (grifo nosso)

Não merece guarida a alegação de que o apelante não agiu com dolo, e que não sabia que os produtos encontrados no veículo eram provenientes do exterior.

Consta dos autos que o réu já foi condenado definitivamente por delito relacionado a jogos de azar, conforme certidão de antecedentes constantes dos autos (ID 209823953, p. 107), não se podendo alegar que ele desconhecia a ilicitude dos materiais que estava transportando.

Inadmissível, portanto, arguir o desconhecimento do apelante acerca da procedência estrangeira de componentes das máquinas caça-níqueis e, conseqüentemente, da ilicitude da conduta engendrada, à qual aderiu de forma livre e consciente, mantendo em depósito e utilizando em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, itens que compõem máquinas caça-níqueis, não incidindo em qualquer erro.

Destarte, pelas razões ora expostas, deve ser mantida a condenação do réu pela prática do crime de contrabando em tela.

3. Da dosimetria

1ª fase

Na análise das circunstâncias judiciais, o juiz sentenciante valorou negativamente os antecedentes do réu, exasperando sua pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O réu foi definitivamente condenado pela prática de contravenção penal (artigo 50, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.688/1941), nos autos nº 0018998-90.2012.8.26.003 (1ª Vara Criminal do Foro Regional do Jabaquara, São Paulo), por fato ocorrido em 28/07/2012, com sentença datada de 05/08/2015, confirmada por acórdão condenatório, cujo trânsito em julgado data de 02/03/2016 (ID 209823953, p. 107).

No que diz respeito à fração da exasperação da pena, entendo que merece acolhida o pedido defensivo pela redução para a fração de 1/6 (um sexto), que se revela adequada aos fatos em análise, em estrita observância ao princípio da razoabilidade, resultando na pena intermediária de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

2ª fase

Na segunda etapa da dosimetria preservo o entendimento do magistrado de primeiro grau, no sentido de que inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Assim, neste momento da dosimetria, mantenho a pena em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

3ª fase

Na terceira etapa da dosimetria preservo o entendimento do magistrado de primeiro grau, no sentido de que não incidem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Dessa forma, fixo a reprimenda definitivamente em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Do afastamento da pena de multa

Acolho o pedido defensivo pelo afastamento da condenação ao pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa, posto que o crime do artigo 334-A do Código Penal não prevê a pena de multa em seu preceito secundário.

Do regime inicial de cumprimento da pena

Considerando o *quantum* da pena, mantenho o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com base no disposto no artigo 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Presentes os requisitos elencados no artigo 44, § 2º, do Código Penal, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em: i)

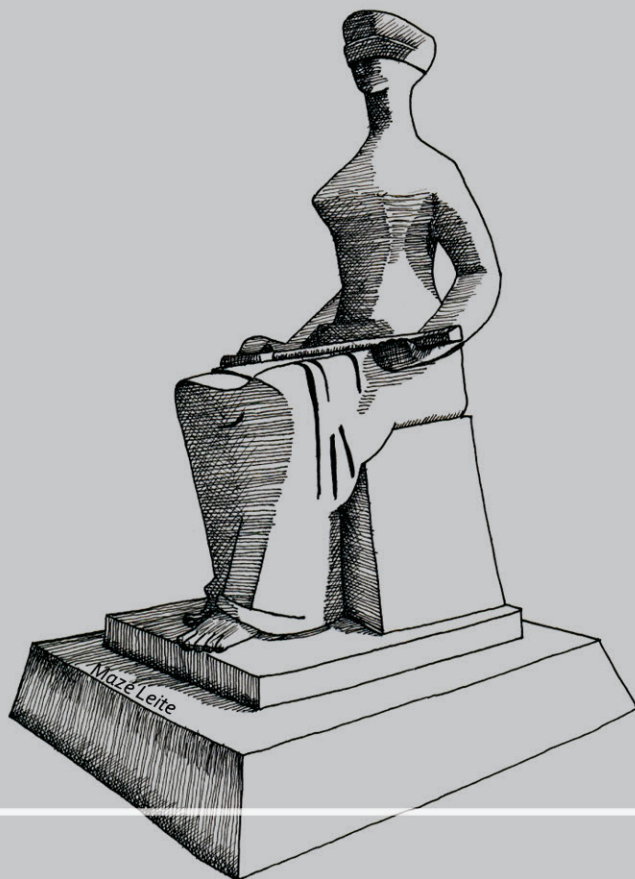
prestação pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), destinada à União; e ii) prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo juízo da execução.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação defensiva, para (i) reduzir a exasperação da pena-base, fixando a reprimenda definitivamente em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e (ii) afastar a condenação ao pagamento de multa.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL

0002493-35.2002.4.03.6183

Apelante: BORGES CAMARGO ADVOGADOS ASSOCIADOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - PROCESSO CIVIL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – BENEFÍCIO DE OUTRA NATUREZA PAGO ADMINISTRATIVAMENTE – DEDUÇÃO – VEDAÇÃO DE RECEBIMENTO CONJUNTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA – BASE DE CÁLCULO – TEMA 1.050 DO STJ – BENEFÍCIO COM TERMO INICIAL EM DATA ANTERIOR À CITAÇÃO – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – HONORÁRIOS FIXADOS COM BASE NO VALOR DA CAUSA.

I – No período da execução do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, concedido pelo título judicial, qual seja, de 17.04.2002 a 04.07.2007, a parte autora recebeu o benefício de auxílio doença, cuja dedução é necessária em razão da vedação ao recebimento conjunto dos referidos benefícios, na forma prevista no art. 124, I, da Lei n. 8.213/91.

II – Não se desconhece o entendimento fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 1050, no sentido de que *o eventual pagamento de benefício previdenciário na via administrativa, seja ele total ou parcial, após a citação válida, não tem o condão de alterar a base de cálculo para os honorários advocatícios fixados na ação de conhecimento, que será composta pela totalidade dos valores devidos.*

III - No entanto, no caso dos autos, tendo em vista que o autor já era titular de benefício de auxílio doença (NB: 11.689.139-07, com DIB em 25.05.2000) por ocasião do ajuizamento da demanda, em 12.08.2002, os honorários advocatícios devem ser calculados com base na diferença entre o valor da aposentadoria por tempo de contribuição e auxílio doença, que corresponde ao proveito econômico obtido com a ação, nos termos do artigo 85, §2º, do CPC.

IV – Considerando que o valor do auxílio doença é superior ao do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição no período da execução não há proveito econômico em favor da parte autora, e, portanto, base de cálculo para incidência dos honorários advocatícios.

V - Assim, em obediência ao princípio da causalidade, bem como no disposto no art. 85, §4º, inciso III, do CPC, os honorários de sucumbência devidos pela Autarquia devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa do processo de conhecimento.

VI - Em razão de ter decaído da maior parte do pedido resta mantida a condenação da parte exequente nas verbas de sucumbência na fase de execução, observada a suspensão da sua exigibilidade, na forma prevista no art. 98, §3º, do CPC, não havendo se falar no caso em espécie em compensação dos honorários advocatícios.

VII - Apelação da parte exequente parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Senhor Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de apelação de sentença que acolheu a impugnação do INSS ao cumprimento de sentença, declarando extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. A parte exequente foi condenada ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a suspensão da exigibilidade na forma prevista no art. 98, §3º, do CPC.

Objetiva a parte exequente a reforma de tal sentença, alegando, em síntese, que os honorários sucumbenciais devem ser calculados sobre o valor total das parcelas do benefício compreendidas entre a data de início do benefício e a sentença, na forma da Súmula nº 111 do STJ, sem qualquer dedução de eventuais valores recebidos administrativamente pelo apelante, ainda que decorrente de benefício diverso ao objeto do cumprimento. Pleiteia a inversão do ônus da sucumbência, com a condenação do INSS ao pagamento de honorários sucumbenciais na fase de cumprimento de sentença, no percentual máximo, e majorado em razão da interposição de recurso.

Sem as contrarrazões de apelação, vieram os autos a esta Corte para apreciação do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

Nos termos do art. 1.011, do CPC, recebo a apelação interposta.

O título judicial em execução revela que o INSS foi condenado a conceder à parte autora o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a contar de 17.04.2002.

Após o trânsito em julgado do referido título judicial, a parte exequente interpôs o Agravo de Instrumento nº 0013162-81.2016.4.03.0000/SP, em face de decisão judicial proferida em cumprimento de sentença do título judicial, pela qual o d. Juiz *a quo* determinou o não recebimento, pela parte autora, de quaisquer diferenças advindas da referida ação, tendo em vista sua opção pelo benefício concedido administrativamente em 05.07.2007.

Esta Décima Turma deu provimento ao aludido agravo de instrumento, com trânsito em julgado, a fim de reconhecer a possibilidade de execução das parcelas vencidas entre o termo inicial do benefício fixado pela decisão exequenda e a data imediatamente anterior à concessão administrativa da jubilação.

A parte exequente, então, apresentou cálculo de liquidação no qual apurou o montante de R\$ 559.544,75 atualizados para setembro de 2018.

O INSS apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, sustentando nada ser devido à parte exequente, uma vez que ao descontar os valores recebidos administrativamente a título de auxílio doença, o valor encontrado é negativo.

Os autos foram encaminhados à contadoria judicial, que corroborou os argumentos do INSS, no sentido de que a parte exequente deixou de abater da execução os valores de auxílio doença recebidos administrativamente, e que com tal dedução os valores apurados são negativos.

Foi proferida, então, a sentença recorrida que julgou extinto o feito em face da inexistência de diferenças em favor da parte autora, inclusive no tange aos honorários advocatícios, sob o fundamento de que *não há que se falar na incidência da verba honorária, haja vista que o título judicial arbitrou os honorários sobre o valor da condenação, sendo o quantum debeatur apurado abaixo de zero.*

Da análise da situação fática descrita, verifico que a divergência que se apresenta diz respeito à base de cálculo dos honorários advocatícios, considerando que no período da execução do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, concedido pelo título judicial, qual seja, de 17.04.2002 a 04.07.2007, a parte autora recebeu o benefício de auxílio doença, cuja dedução é necessária em razão da vedação ao recebimento conjunto dos referidos benefícios, na forma prevista no art. 124, I, da Lei n. 8.213/91.

Não se desconhece o entendimento fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 1050, no sentido de que *o eventual pagamento de benefício previdenciário na via administrativa, seja ele total ou parcial, após a citação válida, não tem o condão de alterar a base de cálculo para os honorários advocatícios fixados na ação de conhecimento, que será composta pela totalidade dos valores devidos.*

No entanto, no caso dos autos, tendo em vista que o autor já era titular de benefício de auxílio doença (NB: 11.689.139-07, com DIB em 25.05.2000) por ocasião do ajuizamento da demanda, em 12.08.2002, os honorários advocatícios devem ser calculados com base na diferença entre o valor da aposentadoria por tempo de contribuição e auxílio doença, que corresponde ao proveito econômico obtido com a ação, nos termos do artigo 85, §2º, do CPC.

Ocorre que em razão de o valor do auxílio doença ser superior ao do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição no período da execução, não há proveito econômico em favor da parte autora, e, portanto, base de cálculo para incidência dos honorários advocatícios.

Assim, em obediência ao princípio da causalidade, bem como no disposto no art. 85, §4º, inciso III, do CPC, fixo os honorários de sucumbência devidos pela Autarquia em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa no processo de conhecimento (R\$ 21.880,28)

Em razão de ter decaído da maior parte do pedido, resta mantida a condenação da parte exequente nas verbas de sucumbência na fase de execução, observada a suspensão da sua exigibilidade, na forma prevista no art. 98, §3º, do CPC, não havendo se falar no caso em espécie em compensação dos honorários advocatícios.

Diante do exposto, *dou parcial provimento à apelação da parte exequente*, a fim de fixar o valor dos honorários de sucumbência em 10% sobre o valor da causa do processo de conhecimento, devidamente atualizado.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0001661-43.2010.4.03.6111

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelado: OSVALDO DIAS CARDOSO
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. NATUREZA ESPECIAL DAS ATIVIDADES LABORADAS RECONHECIDA. AGENTES FÍSICOS E QUÍMICOS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM MEDIANTE APLICAÇÃO DO FATOR PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. A aposentadoria por tempo de contribuição, conforme art. 201, § 7º, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 20/98, é assegurada após 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher. Nos dois casos, necessária, ainda, a comprovação da carência e da qualidade de segurado.
2. A legislação aplicável para caracterização da natureza especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.049/99.
3. Os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.
4. A atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pode ser considerada especial, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.
5. É de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.
6. Em relação aos intervalos de 01.09.1978 a 31.03.1982, 15.04.1982 a 11.07.1985, 13.08.1985 a 21.07.1987, 01.08.1989 a 29.11.1991, 23.10.1992 a 04.05.2001 e 19.11.2003 a 28.11.2008, observo que o segurado esteve exposto a agentes químicos (hidrocarbonetos e outros compostos de carbono) e físicos (ruídos) acima dos limites legalmente admitidos (ID 221138537 – págs. 3/44, ID 221138573 e ID 221138919), exercendo, portanto, atividades especiais, nos termos dos códigos 1.1.6 e 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64, códigos 1.1.5 e 1.2.10 do Decreto nº 83.080/79, códigos 1.0.19 e 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e códigos 1.0.19 e 2.0.1 do Decreto nº 3.048/99.
7. Somados todos os períodos comuns e especiais, estes devidamente convertidos, totaliza a parte autora 39 (trinta e nove) anos, 04 (quatro) meses e 09 (nove) dias de

tempo de contribuição até a data do requerimento administrativo (DER 28.11.2008), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

8. O benefício é devido a partir da data da citação do INSS (03.05.2010), tendo em vista a ausência de recurso da parte autora no ponto.

9. 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 267/2020, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

10. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

11. Reconhecido o direito da parte autora à aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data da citação do INSS (03.05.2010), observada eventual prescrição quinquenal, ante a comprovação de todos os requisitos legais.

12. Apelação desprovida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, fixando, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de pedido de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição ajuizado por Osvaldo Dias Cardoso em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Concedido o direito à gratuidade da justiça.

Contestação do INSS, na qual sustenta não ter a parte autora comprovado os requisitos necessários à concessão do benefício pleiteado.

Houve réplica.

Sentença pela improcedência do pedido.

Apelação interposta pelo autor.

Decisão proferida no âmbito deste E. Tribunal anulou a sentença, em razão do cerceamento de defesa, decorrente da não produção de necessária prova pericial.

Laudos periciais anexados aos autos.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, “[...] *para o fim de declarar trabalhado pelo autor sob condições especiais os períodos de 01/09/1978 a 31/03/1982, de 15/04/1982 a 11/07/1985, de 13/08/1985 a 21/07/1987, de 01/08/1989 a 29/11/1991, de 23/10/1992 a 04/05/2001 e de 19/11/2003 a 28/11/2008 (DER), condenando o réu a conceder ao autor a aposentadoria integral por tempo de contribuição, com início na data da citação, em 03/05/2010, e renda mensal inicial calculada na forma da Lei.*” (ID 221138932 – pág. 12).

Inconformado, INSS interpôs recurso de apelação, argumentando, em síntese, pela impossibilidade de reconhecimento dos trabalhos especiais indicados na r. sentença, motivo por que o pedido deve ser julgado improcedente.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Pretende a parte autora, nascida em 24.11.1957, o reconhecimento do exercício de atividades especiais nos períodos de 01.09.1978 a 31.03.1982, 15.04.1982 a 11.07.1985, 13.08.1985 a 21.07.1987, 01.08.1989 a 29.11.1991, 23.10.1992 a 04.05.2001 e 19.11.2003 a 28.11.2008, com a devida conversão para tempo comum, sendo-lhe concedido o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da citação do INSS (03.05.2010).

Do mérito.

No que diz respeito ao mérito da demanda, para melhor elucidação da controvérsia colocada em Juízo, cumpre distinguir a aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de contribuição, prevista no art. 52 do mesmo diploma legal, pois enquanto a aposentadoria especial pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, e, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da E.C. nº 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, assim como não se submete ao fator previdenciário, conforme art. 29, II, da Lei nº 8.213/91. Diferentemente, na aposentadoria por tempo de contribuição há tanto o exercício de atividade especial como o exercício de atividade comum, sendo que o período de 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 E.C. nº 20/98.

Da atividade especial.

No que se refere à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de contribuição para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original que “(...) Art. 58. A *relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica* (...)”.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, o dispositivo legal acima mencionado teve sua redação alterada, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, na forma que segue:

“Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

§ 2º Deverão constar do laudo técnico referido no parágrafo anterior informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

§ 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador, e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento (...).”

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que, em se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico.

No mesmo sentido:

“PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.
- Recurso conhecido, mas desprovido (...). (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Assim, em tese, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.

Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

Saliento que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum, exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.

Quanto ao agente nocivo ruído, o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 decibéis como prejudicial à saúde. Por tais razões, até ser editado o referido decreto, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 decibéis como agente nocivo à saúde.

Com o advento do Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível passou a ser de 85 decibéis (art. 2º, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto nº 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do art.543-C do Código de Processo Civil (Recurso especial Repetitivo), fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto nº 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis, na forma que segue:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. DESAFETAÇÃO DO PRESENTE CASO. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90dB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

1. Considerando que o Recurso especial 1.398.260/PR apresenta fundamentos suficientes para figurar como representativo da presente controvérsia, este recurso deixa de se submeter ao rito do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

2. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.

3. O limite de tolerância para configuração da especial idade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do

Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ.

4. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço especial implica indeferimento do pedido de aposentadoria especial por falta de tempo de serviço.

5. Recurso especial provido (...). (REsp 1401619/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014)

Dessa forma, deve-se considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.

Conforme acima destacado, está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser observado o limite de 90 decibéis no período de 06.03.1997 a 18.11.2003.

De outra parte, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei nº 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividades em condições especiais, fazendo às vezes do laudo técnico.

E não afasta a validade de suas conclusões o fato de ter sido o PPP ou laudo elaborado posteriormente à prestação do serviço, vez que tal requisito não está previsto em lei, mormente que a responsabilidade por sua expedição é do empregador, não podendo o empregado arcar com o ônus de eventual desídia daquele e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF fixou duas teses para a hipótese de reconhecimento de atividade especial com uso de Equipamento de Proteção Individual, sendo que a primeira refere-se à regra geral que deverá nortear a análise de atividade especial, e a segunda refere-se ao caso concreto em discussão no recurso extraordinário em que o segurado esteve exposto a ruído, que podem ser assim sintetizadas: “i) tese 1 - regra geral: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial; e ii) tese 2 - agente nocivo ruído: 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 a aposentadoria especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos”.

NO CASO DOS AUTOS, após decisão de primeiro grau, impugnada por recurso do INSS, a controvérsia se limita à natureza do labor exercido pela demandante entre 01.09.1978 a 31.03.1982, 15.04.1982 a 11.07.1985, 13.08.1985 a 21.07.1987, 01.08.1989 a 29.11.1991, 23.10.1992 a 04.05.2001 e 19.11.2003 a 28.11.2008.

Pois bem.

Em relação aos intervalos controvertidos, observo que o segurado esteve exposto a agentes químicos (hidrocarbonetos e outros compostos de carbono) e físicos (ruídos) acima dos limites legalmente admitidos (ID 221138537 – págs. 3/44, ID 221138573 e ID 221138919), exercendo, portanto, atividades especiais, nos termos dos códigos 1.1.6 e 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64, códigos 1.1.5 e 1.2.10 do Decreto nº 83.080/79, códigos 1.0.19 e 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e códigos 1.0.19 e 2.0.1 do Decreto nº 3.048/99.

Dessa maneira, somados todos os períodos comuns e especiais, estes devidamente convertidos, totaliza a parte autora 39 (trinta e nove) anos, 04 (quatro) meses e 09 (nove) dias de tempo de contribuição até a data do requerimento administrativo (DER 28.11.2008), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

Restaram atendidos pela parte autora, ainda, os requisitos da qualidade de segurado (art. 15 e seguintes da Lei nº 8.213/91) e carência para a concessão do benefício almejado (art. 24 e seguintes da Lei nº 8.213/91).

Destarte, a parte autora faz jus à aposentadoria por tempo de contribuição, com valor calculado na forma prevista no art. 29, I, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Na eventualidade do tempo de contribuição ora reconhecido possibilitar a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição segundo as regras da EC nº 20/98, deverá o INSS implantar a melhor hipótese financeira.

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 267/2020, 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.

Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

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).

Caso a parte autora já esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo benefício que entenda ser-lhe mais vantajoso. Se a opção recair no benefício judicial, deverão ser compensadas as parcelas já recebidas em sede administrativa, face à vedação da cumulação de benefícios.

As verbas acessórias e as prestações em atraso também deverão ser calculadas na forma acima estabelecida, em fase de liquidação de sentença.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação, fixando, de ofício, os consectários legais*, observada eventual prescrição quinquenal, tudo na forma acima explicitada.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0007725-65.2013.4.03.6143

Apelante: NEIDE APARECIDA FRANCISCO
Apelada: MARIA APARECIDA MENDONCA LIMA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 29/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE EM FAVOR DA COM-PANHEIRA - UNIÃO ESTÁVEL NÃO DEMONSTRADA - APLICAÇÃO TEMA Nº 526 STF - IMPOSSIBILIDADE DE RATEIO DE BENEFÍCIO - APELO DA PARTE AUTORA NÃO PROVIDO - APELO DO INSS PROVIDO SENTENÇA MANTIDA.

1. Por ter sido a sentença proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e, em razão de sua regularidade formal, conforme certificado nos autos, a apelação interposta deve ser recebida e apreciada em conformidade com as normas ali inscritas.
2. O benefício de pensão por morte independe de carência, devendo ser comprovados, para a sua obtenção, (i) o óbito ou a morte presumida, (ii) a condição de segurado do falecido e (iii) a condição de dependente do requerente.
3. E o artigo 16 da Lei nº 8.213/91 prevê três classes de dependentes (incisos I a III) - a primeira, cuja dependência econômica é presumida; outras duas, cuja dependência depende de comprovação (parágrafo 4º) -, estabelecendo, entre elas, uma hierarquia, segundo a qual a existência de dependente de uma classe exclui, do direito às prestações, os das classes seguintes (parágrafo 1º).
4. Não há, nos autos, evidência suficiente da união duradoura, pública e contínua, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.278/97, não sendo suficiente, para tanto, a existência de filhos comuns, os documentos constantes dos autos e os testemunhos colhidos.
5. Desse modo, não demonstrada a união estável, a parte autora não faz jus ao restabelecimento da pensão por morte.
6. Mesmo que houvesse sido demonstrada a união estável, verificou-se que o segurado falecido mantinha, até o óbito, o matrimônio com a corré Maria Aparecida Mendonça Lima, o que impossibilitaria a concessão do benefício para a parte autora, nos termos do que definiu o E. STF no Tema nº 526 da repercussão geral, em 03/08/2021: *“É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável”*.
7. Revogada a tutela antecipada, devendo eventual devolução dos valores recebidos a este título ser analisada e decidida em sede de execução, nos termos do artigo 302, I, e parágrafo único, do CPC/2015, e de acordo com o que restar decidido no julgamento do Tema 692, pelo C. Superior Tribunal de Justiça.
8. Vencida a parte autora, a ela incumbe o pagamento de custas e despesas processuais - inclusive honorários periciais -, e dos honorários do advogado, fixados em 10% do valor atualizado atribuído à causa, suspensa, no entanto, a sua execução, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC/2015, por ser ela beneficiária da assistência judiciária gratuita.
9. Apelo da parte autora não provido. Apelo do INSS provido. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo da parte autora, dar provimento ao apelo do INSS e revogar a antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de apelações interpostas contra sentença que, nos autos da ação de concessão de PENSÃO POR MORTE, em decorrência do óbito do suposto companheiro, julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para condenar o INSS a restabelecer o benefício de pensão por morte da parte autora Neide Aparecida Francisco (NB: 147.373.769-6), desde a cessação administrativa; declarar inexigível o débito no valor de R\$ 9.896,59, pago à autora, e declarar devido o pagamento de pensão por morte à corré Maria Aparecida Mendonça Lima, com a aplicação de juros de mora e correção monetária. E em face da sucumbência recíproca, condenou a parte autora ao pagamento de metade das custas processuais, condicionada a execução à perda da condição de necessitado. Por fim, condenou as partes ao pagamento recíproco de 5% do valor da condenação, a título de honorários advocatícios, valores que declaro compensados.

Em suas razões de recurso, alega a parte autora:

- que o pagamento feito à esposa é indevido;
- que os honorários advocatícios devem ser arcados pelas partes rés.

Por sua vez, sustenta o INSS:

- que não restou demonstrada a união estável.

Com contrarrazões da parte autora, os autos foram remetidos a esta E. Corte Regional.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Recebo a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015, e, em razão de sua regularidade formal, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O benefício de pensão por morte destina-se aos dependentes do segurado que falece, seja ele aposentado ou não, devendo a sua concessão observar, por força do princípio *tempus regit actum*, a legislação vigente à época do óbito.

Nos termos da Lei nº 8.213/91, em seus artigos 74 a 79, que regulam atualmente a pensão por morte, esta independe de carência, devendo ser comprovados, para a sua obtenção, (i) o óbito ou a morte presumida, (ii) a condição de segurado do falecido e (iii) a condição de dependente do requerente.

O artigo 16 da Lei nº 8.213/91 prevê três classes de dependentes (incisos I a III) - a primeira, cuja dependência econômica é presumida; outras duas, cuja dependência depende de comprovação (parágrafo 4º) -, estabelecendo, entre elas, uma hierarquia, segundo a qual a existência de dependente de uma classe exclui, do direito às prestações, os das classes seguintes (parágrafo 1º).

No caso dos autos, o óbito ocorreu em 27/03/2008, tendo sido demonstrado que, nessa ocasião, o falecido era segurado da Previdência.

Ademais, a requerente que alega ser companheira do segurado falecido fará jus à pensão por morte se demonstrar, nos autos, a união estável.

Com efeito, conforme entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, “a legislação previdenciária não exige início de prova material para comprovação de união estável, para fins de concessão de benefício de pensão por morte, sendo bastante, para tanto, a prova testemunhal, uma vez que não cabe ao julgador criar restrições quando o legislador assim não o fez” (REsp nº 1.824.663/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 11/10/2019).

Todavia, não há nos autos evidência suficiente da união duradoura, pública e contínua, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.278/97, não sendo suficiente, para tanto, a existência de filhos comuns, os documentos constantes dos autos e os testemunhos colhidos.

Desse modo, não demonstrada a união estável, a parte autora não faz jus ao restabelecimento do benefício de pensão por morte.

Ademais, mesmo que houvesse sido demonstrada a união estável, verificou-se que o segurado falecido mantinha, até o óbito, o matrimônio com a corré Maria Aparecida Mendonça Lima, o que impossibilitaria a concessão do benefício para a parte autora, nos termos do que definiu o E. STF no Tema nº 526 da repercussão geral, em 03/08/2021:

“É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável”.

Revogo a tutela antecipada, determinando que a eventual devolução dos valores recebidos a este título seja analisada e decidida em sede de execução, nos termos do artigo 302, I, e parágrafo único, do CPC/2015, e de acordo com o que restar decidido no julgamento do Tema 692, pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

Vencida a parte autora, a ela incumbe o pagamento de custas e despesas processuais - inclusive honorários periciais -, e dos honorários do advogado, fixados em 10% do valor atualizado atribuído à causa, suspensa, no entanto, a sua execução, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC/2015, por ser ela beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo da parte autora e **DOU PROVIMENTO** ao apelo do INSS, para julgar improcedente o pedido, revogando a antecipação dos efeitos da tutela e condenando a parte autora a arcar com o ônus da sucumbência, na forma acima explicitada.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0002460-66.2014.4.03.6331

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: HILARIO MORENO MAZARIN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. POLICIAL MILITAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. VERBA HONORÁRIA. REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO.

I- Sobre o reconhecimento de tempo de serviço exercido no Regime Próprio de Previdência Social observam os juristas Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, na obra “Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social”, que “[n]ão é o fato de a Lei de Benefícios disciplinar as normas gerais da contagem recíproca que torna o INSS responsável pela obrigação de certificar o tempo de vinculação do segurado nos outros regimes previdenciários. Com efeito, a simples reflexão sobre a existência de regimes previdenciários distintos induz a conclusão de que cada regime deverá certificar o tempo no qual o interessado esteve nele filiado, pois somente quem possui os assentos funcionais é que poderá promover a apuração do tempo de serviço público, sendo procedida a contagem recíproca apenas no momento em que o interessado requer o benefício, no regime em que será deferido, nos termos do disposto no art. 99 da Lei de Benefícios. Assim, não cabe ao INSS reconhecer o tempo de serviço ou de contribuição prestado em outros regimes” (14ª edição, São Paulo: Atlas, 2016, p. 523, grifos meus). Diante do exposto, se ao INSS é vedado reconhecer tempo de serviço prestado em outros regimes, também não cabe a ele manifestar-se a respeito de sua especialidade, motivo pelo qual deve ser extinto o processo sem julgamento do mérito no tocante ao pedido de reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas em regime estatutário no período de 11/11/75 a 30/12/00, por ilegitimidade passiva *ad causam*.

II- No tocante à aposentadoria por tempo de contribuição, a parte autora não cumpriu os requisitos legais necessários à obtenção do benefício.

III- Os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

IV- O valor da condenação não excede a 1.000 (um mil) salários mínimos, motivo pelo qual a R. sentença não está sujeita ao duplo grau obrigatório.

V- Processo extinto sem resolução do mérito *ex officio* no tocante ao pedido de reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas em regime estatutário no período de 11/11/75 a 30/12/00. Apelação do INSS provida. Tutela antecipada revogada. Recurso adesivo da parte autora prejudicado. Remessa oficial não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu, de ofício, julgar extinto o processo sem resolução do mérito com

relação ao pedido de reconhecimento da atividade especial, dar provimento à apelação do INSS, julgar prejudicado o recurso adesivo da parte autora, não conhecer da remessa oficial e revogar a tutela antecipada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de ação ajuizada em 15/7/14 perante o Juizado Especial Federal de Araçatuba/SP em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à *concessão da aposentadoria especial* a partir da data do requerimento administrativo (16/4/13), mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas no período laborado na *Polícia Militar do Estado de São Paulo de 11/11/75 a 30/12/00*. *Sucessivamente*, requer a *concessão da aposentadoria por tempo de contribuição*.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

A MM.^a Juíza do Juizado Especial Federal de Araçatuba/SP reconheceu a incompetência absoluta do referido Juizado e determinou a remessa dos autos a uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de Araçatuba, competente para apreciação e julgamento do feito.

Os autos foram redistribuídos para a 2^a Vara Federal de Araçatuba/SP.

O Juízo *a quo julgou procedente* o pedido, para reconhecer o caráter especial das atividades desenvolvidas no período laborado na *Polícia Militar do Estado de São Paulo de 11/11/75 a 28/4/95*, bem como condenar o INSS ao pagamento da *aposentadoria por tempo de contribuição desde a data do requerimento administrativo* (16/4/13), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora. Condenou, ainda, a autarquia ao “*reembolso de eventuais despesas e ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo no percentual mínimo do § 3º do art. 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor da condenação/proveito econômico obtido pela parte autora, de modo a possibilitar sua eventual majoração, nos termos do § 11 do mesmo dispositivo, e observado, ainda, seu § 5º, por ocasião da apuração do montante a ser pago. O valor da condenação fica limitado ao valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença (Súmula nº 111 do STJ). Sem condenação em custas, nos termos do disposto no art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93*” (ID 8226094, p. 14). Concedeu a tutela de urgência.

Inconformado, apelou o INSS, sustentando a improcedência do pedido.

Adesivamente, recorreu a parte autora, pleiteando a reforma da R. sentença, “*na parte que foi desfavorável ao recorrente, reconhecendo como especial o período laborado na função de Soldado da Polícia Militar, junto ao Governo do Estado de São Paulo, portando arma de fogo habitual e permanente, período de 29.04.1995 a 30.12.2000; bem como a condenação em honorários no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação*” (ID 8225094, p. 64).

Com contrarrazões da parte autora e, submetida a sentença ao duplo grau de jurisdição, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Inicialmente, analiso o pedido de reconhecimento, como especial, da atividade exercida no período de 11/11/75 a 30/12/00, na *Polícia Militar do Estado de São Paulo*, vinculado a Regime Próprio de Previdência Social.

A certidão de tempo de contribuição nº DBM-0098 - Pr. nº 2329510/13-PM (ID 8225092, p. 37/38) revela que o demandante exerceu o cargo de soldado da Polícia Militar do Estado de São Paulo no regime jurídico “*Militar do Estado*”, tendo sido admitido em 11/11/75 e exonerado em 30/12/00.

Sobre o reconhecimento de tempo de serviço exercido no Regime Próprio de Previdência Social observam os juristas Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, na obra “Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social”, que “[n]ão é o fato de a Lei de Benefícios disciplinar as normas gerais da contagem recíproca que torna o INSS responsável pela obrigação de certificar o tempo de vinculação do segurado nos outros regimes previdenciários. Com efeito, a simples reflexão sobre a existência de regimes previdenciários distintos induz a conclusão de que cada regime deverá certificar o tempo no qual o interessado esteve nele filiado, pois somente quem possui os assentos funcionais é que poderá promover a apuração do tempo de serviço público, sendo procedida a contagem recíproca apenas no momento em que o interessado requer o benefício, no regime em que será deferido, nos termos do disposto no art. 99 da Lei de Benefícios. Assim, não cabe ao INSS reconhecer o tempo de serviço ou de contribuição prestado em outros regimes” (14ª edição, São Paulo: Atlas, 2016, p. 523, grifos meus).

Diante do exposto, se ao INSS é vedado reconhecer tempo de serviço prestado em outros regimes, também não cabe a ele manifestar-se a respeito de sua especialidade, motivo pelo qual deve ser extinto o processo sem julgamento do mérito no tocante ao pedido de reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas em regime estatutário no período de 11/11/75 a 30/12/00, por ilegitimidade passiva *ad causam*.

Quanto à *aposentadoria por tempo de contribuição*, para os segurados que cumpriram os requisitos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, devem ser observadas as disposições dos artigos 52 e 53, da Lei nº 8.213/91, em atenção ao princípio *tempus regit actum*

Havendo a necessidade de utilização do período posterior à referida Emenda, deverão ser observadas as alterações realizadas pela referida Emenda aos artigos 201 e 202 da Constituição Federal de 1988, que extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de serviço no âmbito do regime geral de previdência social.

Transcrevo o §7º do art. 201 da Carta Magna com a nova redação:

“§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”

Por sua vez, o art. 9º de referida Emenda criou uma regra de transição, ao estabelecer:

“Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do “caput”, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o “caput”, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no “caput”, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério.”

Contudo, no que tange à aposentadoria integral, cumpre ressaltar que, na redação do Projeto de Emenda à Constituição, o inciso I do §7º do art. 201, da Constituição Federal, associava tempo mínimo de contribuição (35 anos, para homem e 30 anos, para mulher) à idade mínima de 60 anos e 55 anos, respectivamente. Não sendo aprovada a exigência da idade mínima quando da promulgação da Emenda nº 20, a regra de transição para a aposentadoria integral tornou-se inócua, uma vez que, no texto permanente (art. 201, §7º, inc. I), a aposentadoria integral será concedida levando-se em conta somente o tempo de contribuição.

Quadra mencionar que, havendo o cômputo do tempo de serviço posterior a 28/11/99, devem ser observados os dispositivos constantes da Lei nº 9.876/99 no que se refere ao cálculo do valor do benefício, consoante o julgamento realizado, em

10/9/08, pelo Tribunal Pleno do C. Supremo Tribunal Federal, na Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 575.089, de Relatoria do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski.

In casu, somando-se os períodos trabalhados até a data do requerimento administrativo (16/4/13), não cumpriu a parte autora os requisitos necessários para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço prevista na legislação anterior ao advento da Emenda Constitucional nº 20/98 e nem nas regras de transição (“pedágio”). Também não cumpriu os requisitos da aposentadoria por tempo de contribuição com base no art. 201, §7º, inc. I, da CF/88.

Dessa forma, a R. sentença deve ser reformada para julgar improcedente a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, com a revogação da antecipação dos efeitos da tutela.

Os honorários advocatícios deverão ser arbitrados em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

Por derradeiro, o § 3º do art. 496 do CPC, de 2015, dispõe não ser aplicável a remessa necessária “quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I) 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público”.

No tocante à aplicação imediata do referido dispositivo, peço vênica para transcrever os ensinamentos do Professor Humberto Theodoro Júnior, na obra “Curso de Direito Processual Civil”, Vol. III, 47ª ed., Editora Forense, *in verbis*:

“A extinção da remessa necessária faz desaparecer a competência do tribunal de segundo grau para o reexame da sentença. *Incide imediatamente, impedindo o julgamento dos casos pendentes*. É o que se passa com as sentenças condenatórias dentro dos valores ampliados pelo § 3º do art. 496 do NCPC para supressão do duplo grau obrigatório. Os processos que versem sobre valores inferiores aos novos limites serão simplesmente devolvidos ao juízo de primeiro grau, cuja sentença terá se tornado definitiva pelo sistema do novo Código, ainda que proferida anteriormente à sua vigência.” (grifos meus)

Observe que o valor da condenação não excede a 1.000 (um mil) salários mínimos, motivo pelo qual a R. sentença não está sujeita ao duplo grau obrigatório.

Ante o exposto, de ofício, julgo extinto o processo sem resolução do mérito com relação ao pedido de reconhecimento da atividade especial, tendo em vista a ilegitimidade passiva *ad causam* do INSS, dou provimento à apelação da autarquia para julgar improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, revogando-se a tutela antecipada, julgo prejudicado o recurso adesivo da parte autora e não conheço da remessa oficial.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0000560-28.2015.4.03.6003

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: CINTIA SOUZA OLIVEIRA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. LAUDO PERICIAL SUBSCRITO POR PROFISSIONAL FISIOTERAPEUTA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

- Insuficiência de prova produzida nos autos, considerando que a apuração de eventual presença e grau de incapacidade laborativa depende, em regra, de avaliação com profissional graduado em medicina, devidamente inscrito no órgão competente.
- Recurso a que se dá provimento, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à vara de origem, para regular processamento do feito, com a elaboração de novo laudo pericial por profissional médico.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de auxílio-acidente, desde a data da cessação administrativa de auxílio-doença (1.º/8/2014).

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, “*para condenar o INSS a implantar o benefício de auxílio-acidente a partir do dia 02/08/2014, bem como pagar as parcelas do benefício desde a DIB*”.

O INSS apela, pleiteando, preliminarmente, a atribuição do efeito suspensivo ao recurso, assim como “*a nulidade da prova pericial para a designação de um profissional médico para a realização da perícia que aferirá as condições de saúde da parte autora*”.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao

exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

In casu, o juízo *a quo* proferiu sentença de procedência do pedido formulada com base em laudo pericial subscrito por profissional fisioterapeuta.

A elaboração de perícia será determinada sempre que a prova do fato depender de conhecimento especial de técnico. Assim, o juiz nomeará perito, com qualificação técnica, sendo permitida às partes a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos (artigos 464 e 465 do Código de Processo Civil).

O exame pericial foi realizado por fisioterapeuta, profissional de confiança do juízo. No mais, cabe ao magistrado apreciar livremente a prova apresentada, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (artigo 371 do NCPC). Desta forma, *“o juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial para a formação de sua convicção, devendo analisar os aspectos sociais e subjetivos do autor para decidir se possui ou não condições de retornar ao mercado de trabalho”*.

In casu, contudo, tratando-se de demanda objetivando a concessão de benefício previdenciário por incapacidade, há de se observar o disposto no artigo 42, §1º, da Lei n.º 8.213/91, em que o reconhecimento da incapacidade depende de exame médico-pericial.

Assim, embora a sentença contenha fundamentos para a conclusão a que chegou, tenho que a apreciação do mérito do pedido exige incursão mais aprofundada no campo da prova, com a realização de nova perícia médica, por profissional médico habilitado para tanto.

Nesse sentido, o entendimento prevalente desta 8ª Turma, *verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. ACOLHIMENTO DE PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA PELO INSS. NULIDADE DO LAUDO MÉDICO JUDICIAL. ATUAÇÃO DE PROFISSIONAL TÉCNICO NÃO HABILITADO PARA CERTIFICAÇÃO DA INCAPACIDADE LABORATIVA DA AUTORA. FISIOTERAPEUTA. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA ELABORAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. AGRAVO INTERNO DA PARTE AUTORA. DESPROVIMENTO. MERA INSURGÊNCIA COM O ENTENDIMENTO ADOTADO POR ESTA E. CORTE. JULGADO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Agravo interno manejado pela parte autora visando a consideração de laudo pericial elaborado por fisioterapeuta, a fim de justificar o restabelecimento do benefício de auxílio-doença em seu favor.

2. Descabimento. Necessária sujeição da requerente a profissional técnico habilitado para diagnosticar as patologias suscitadas para justificar sua incapacidade laborativa. A atuação de médico especializado na área de ortopedia é medida que se impõe para aferir as reais condições físicas ostentadas pela demandante.

3. Controvérsia havida entre as conclusões exaradas pelos diferentes peritos atuantes no presente feito.

4. Agravo da parte autora desprovido.

(TRF3, Oitava Turma, ApelRemNec 5147651-04.2020.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal DAVID DINIZ DANTAS, j. 30/9/2020, Intimação via sistema DATA: 2/10/2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. NULIDADE DE LAUDO PERICIAL ELABORADO POR FISIOTERAPEUTA. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - A parte autora interpõe agravo legal da decisão, acolheu a preliminar e deu provimento ao recurso do INSS, para anular a r. sentença, devendo os autos retornar à origem para realização de perícia médica a cargo de profissional da área de medicina.

II - Alega, que laudo pericial realizado por fisioterapeuta é válido, não existindo irregularidades ou vícios na sentença de Primeiro Grau, devendo ser mantida na íntegra.

III - Para apuração de eventual presença e grau de incapacidade laborativa, faz-se necessária, em regra, avaliação com profissional graduado em medicina, devidamente inscrito no órgão competente.

IV - Em vista de exame pericial executado por fisioterapeuta, nos presentes autos, a anulação da sentença, com a consequente realização de nova perícia, é medida que se impõe.

V - Decisão monocrática com fundamento no artigo 557, caput e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

VI - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

VII - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

VIII - Agravo improvido.

(TRF3, Oitava Turma, Ap 0025267-08.2012.4.03.9999, Rel. Desembargadora Federal TANIA MARANGONI, j. 26/5/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 6/6/2014)

Posto isso, dou provimento ao recurso, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à vara de origem, para o regular processamento do feito.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0002429-89.2016.4.03.6003

Apelante: KEILA BATISTA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 18/02/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. QUALIDADE DE DEPENDENTE. UNIÃO ESTÁVEL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

- A discussão posta nos autos cinge-se ao reconhecimento da união estável entre autora e segurado bem como à última remuneração do recluso (Recurso Extraordinário nº 587.365-0/SC), o qual não estaria desempregado à época da prisão, como requisito para a concessão do auxílio-reclusão aos seus dependentes, exigência para a configuração do critério de baixa renda - art. 201, IV, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 (art. 13), artigo 80, da Lei nº 8.213/91 e art. 116 do Decreto nº 3048/99.
- Depreende-se da sentença que, do cotejo das provas material trazida aos autos e dos depoimentos testemunhais, não é possível confirmar a vida comum do casal de forma pública até o momento do cárcere, visto que os documentos juntados são em sua maioria posteriores ao momento da prisão e não são robustos o suficiente para atestar a alegada união estável na forma como exigida pela lei civil (comprovante de residência em nome de terceira pessoa, fotografias sem data e Carteira de Visitante junto à AGEPEN-MS, expedida em 2014, declaração de próprio punho subscrita pela autora afirmando União Estável, datada de 2009) e as testemunhas também não foram consistentes o suficiente para suprir a deficiência documental.
- De fato, os documentos juntados são insuficientes para a comprovação da união estável e, portanto, da dependência econômica da parte autora, bem como os depoimentos colhidos nos autos não corroboram os fatos alegados.
- Não existe nos autos informação completa e suficiente acerca da remuneração do recluso que, segundo a sentença estaria em empregado à época de sua prisão em 7.1.2013, nem mesmo é possível uma avaliação dos valores integrais recebidos ao realizar a consulta ao CNIS, visto que o último vínculo de emprego se iniciou em 18.12.2012, não havendo nem na CTPS, nem no CNIS, a data de seu término, contudo, a apreciação deste requisito se torna desnecessária diante da conclusão de que os documentos juntados pela autora, somado ao seu depoimento e das testemunhas não se prestam por si só, à comprovação da alegada união estável com o então segurado.
- Apelação da parte autora não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e

voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora em face de sentença que julgou improcedente a ação visando a concessão de auxílio-reclusão em virtude da prisão de seu genitor em 1.2013, por entender que, embora presentes a prova da dependência econômica e da qualidade de segurado, a remuneração deste ficou acima do limite da portaria vigente no ano da prisão (renda bruta de até R\$ 1.331,13), e sua remuneração era de R\$ 1.145,10, acima do teto - p. 60-65 do id. 137933919.

Apela a parte autora à p. 72-74, alegando que está provada a união estável com o segurado e, ainda que ultrapasse o limite previsto para a concessão do benefício, devem ser desconsideradas as verbas rescisórias que recaíram sobre o salário no último mês trabalhado.

Requer a procedência da demanda com a condenação da autarquia o pagamento dos honorários advocatícios em 15% do valor total devido.

Intimada, por cota nos autos, a autarquia requereu o improvimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

A discussão posta nos autos cinge-se ao reconhecimento da união estável entre autora e segurado bem como à última remuneração do recluso (Recurso Extraordinário nº 587.365-0/SC), o qual não estaria desempregado à época da prisão, como requisito para a concessão do auxílio-reclusão aos seus dependentes, exigência para a configuração do critério de baixa renda - art. 201, IV, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 (art. 13), artigo 80, da Lei nº 8.213/91 e art. 116 do Decreto nº 3048/99.

Depreende-se da sentença:

“Para comprovar a qualidade de companheiro(a) do(a) falecido(a), a exordial foi instruída com os seguintes documentos, dentre outros: a) Comprovante de residência em nome de Geraidina Epifânio Dias, apontando endereço à R. Cezar Lages Canela, 3145, JD Parapungua, Três Lagoas-MS; b) cópia da CTPS de NESTOR PAULO DIAS (fls. 14- 16); c) Recibo de pagamento de salário de NESTOR PAULO DIAS junto à empresa Consórcio UFN III (fls. 17); d) fotografias (fls. 19-20); e) Carteira de Visitante junto à AGEPEM-MS, expedida em 2014 (fls. 21); f) Declaração de próprio punho assinada pela autora afirmando União Estável com NESTOR PAULO DIAS, datada de 2009 (fls. 22). A par da prova documental, importa a transcrição das principais informações prestadas pela autora e por suas testemunhas, por ocasião da audiência de instrução e julgamento realizada.

Em depoimento pessoal, a autora declarou: QUE convive com seu companheiro há 11 anos, desde 2007,” QUE não tiveram filhos; QUE seu companheiro tem um filho de relação anterior, de 23 anos de idade, QUE Sr Nestor trabalhava como Pedreiro e na época da Prisão estava trabalhando,’ QUE foi contratado no fim de 2012 pouco antes de sua prisão; QUE nessa época morava com a sogra, Geraldina, junto com o marido, QUE o companheiro foi Preso logo após

vir morar de volta em Três Lagoas; QUE o motivo da prisão do marido foi algo feito antes deles se conhecerem; QUE continua visitando o marido Preso; QUE atualmente moram juntos na casa da sogra, QUE Nestor foi solto em 2016,' QUE o relacionamento na vizinhança é conhecido como de marido e mulher.

A testemunha CIARICE SILVA PEREIRA afirmou: QUE conhece a autora desde 2012,' QUE moram em rua Próxima,' QUE sabe que a autora mora com seu companheiro Sr Nestor e Geraldina, sua mãe,' QUE desconhece mudanças de residência/cidade da autora; QUE sabe que Sr Nestor trabalhava,' QUE não se lembra com o que; QUE se recorda que Sr Nestor foi Preso em 2013 e que, depois disso, ficou morando na mesma casa com a sogra, QUE se mudou dali depois; QUE sabe que o Sr Nestor foi solto em 2016,' QUE sabe que a autora nunca se separou do Sr Nestor,' QUE eram conhecidos como marido e mulher,' QUE não tiveram filhos,' QUE não sabe se o Sr Nestor tem outros filhos de relacionamento anteriores,' QUE o Sr Nestor hoje em dia trabalha em sua própria residência onde funciona um Lapa-jato.

A segunda testemunha ELIZANGELA SILVA LOURENÇO, disse: QUE conhece a autora há 5 anos, em abril de 2013,' QUE sabe que a autora é casada mas não conheceu seu companheiro à época por ele estar Preso,' QUE sabe que ele trabalhava na UFN III, por ouvir dizer da autora,' QUE sabe que o Sr Nestor já não está mais Preso desde 2016,' QUE e/es moravam na casa da sogra, e que, após a prisão, a autora ficou morando só,' QUE o conheceu após a soltura; QUE sabe que o Sr. Nestor só Possui filho de casamento anterior.

LINDOMAR MARCELINO DA SILVA, terceira testemunha, por sua vez, aduziu: QUE conhece a autora desde o início da relação com o Sr Nestor, isso em 2008; QUE já era amigo do Sr Nestor antes; QUE não sabe onde a autora morava antes; QUE moravam no São João no início,' QUE trabalhou junto com o Sr Nestor em uma época; QUE após voltar a morar em Três Lagoas soube da Prisão do Sr Nestor; QUE ficou ausente da cidade de 2008 a 2013,' QUE soube da Prisão através de seu irmão, em 2013.

Do cotejo das prova material trazida aos autos e dos depoimentos testemunhais, não é possível confirmar a vida comum do casal de forma pública até o momento do cárcere. Com efeito, os documentos juntados são em sua maioria posteriores ao momento da prisão e não são robustos o suficiente para atestar a alegada união estável na forma como exigida pela lei civil. Note-se que foi anexado aos autos apenas comprovante de residência em nome de Geraldina Epifânio Dias, apontando endereço à R. Cezar Lages Canela, 3145, JD Parariapunga, Três Lagoas-MS, fotografias sem data (fls. 19-20) e Carteira de Visitante junto à AGEPE-MS, expedida em 2014 (fls. 21). A Declaração de próprio punho subscrita pela autora afirmando União Estável com NESTOR PAULO DIAS, datada de 2009, não se mostra apta a comprovar a União Estável. (fls. 22). As testemunhas também não foram consistentes o suficiente para suprir a deficiência documental.

Destarte, LINDOMAR MARCELINO DA SILVA afirmou que ficou ausente da cidade de 2008 a 2013 e que soube da prisão através de seu irmão, em 2013, cerca de 06 meses depois. Do mesmo modo, ELIZANGELA SILVA LOURENÇO disse que conhece a autora há 5 anos, desde em abril de 2013, e que não conheceu NESTOR à época por ele já estar preso.

A ausência de início de prova material e testemunhal já seria o bastante para a improcedência do pedido.

Registre-se que o valor de R\$ 567,31 constante no CNIS e não recebido de pagamento trata de remuneração proporcional a 12 dias de efetivo trabalho, de modo que se pode concluir que a remuneração correspondente à integralidade do mês efetivamente trabalhado é maior que o limite regulamentar."

De fato, os documentos juntados são insuficientes para a comprovação da união estável e, portanto, da dependência econômica da parte autora, bem como os depoimentos colhidos nos autos não corroboram os fatos alegados.

Não existe nos autos informação completa e suficiente acerca da remuneração do recluso que, segundo a sentença estaria em empregado à época de sua prisão em 7.1.2013, nem mesmo é possível uma avaliação dos valores integrais recebidos ao realizar a consulta ao CNIS, visto que o último vínculo de emprego se iniciou em 18.12.2012, não havendo nem na CTPS, nem no CNIS, a data de seu término.

Contudo, a apreciação deste requisito se torna desnecessária diante da conclusão de que os documentos juntados pela autora, somado ao seu depoimento e das testemunhas não se prestam por si só, à comprovação da alegada união estável com o então segurado.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da parte autora.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5010877-37.2018.4.03.6183

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelados: CAIKE GOMES DE ARAUJO, LARISSA GOMES DE ARAUJO, S.G.D.A
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NILSON LOPES
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 23/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. EXERCÍCIO DE TRABALHO AUTÔNOMO. NÃO DEMONSTRADO O DESEMPREGO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. A pensão por morte é benefício previdenciário concedido aos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.213/91.
2. A legislação aplicável ao caso 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.
3. Não há comprovação nos autos da situação de desemprego da falecida, não havendo se falar na prorrogação do período de graça prevista no parágrafo 2º, do artigo 15 da Lei 8213/91.
4. As provas carreadas demonstram que o *de cujus* exercia trabalho autônomo. O contribuinte individual tem o dever de recolher as contribuições até o dia 15 (quinze) do mês seguinte ao de competência, na forma que do art. 30, II, da Lei nº 8.212/1991, motivo pelo qual não é possível a concessão de pensão por morte aos dependentes do segurado falecido, contribuinte individual, que não efetua o recolhimento das contribuições devidas no momento oportuno.
5. A perda da qualidade de segurado do falecido, sem que tenha preenchido os requisitos necessários à concessão de aposentadoria, obsta a concessão do benefício de pensão por morte, consoante o disposto no art. 102, § 2º, da Lei nº 8.213/91.
6. Apelação do INSS provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso de apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Convocado NILSON LOPES - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Juiz Federal Convocado Nilson Lopes (Relator): Proposta ação de conhecimento, objetivando o restabelecimento de pensão por morte, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando-se a autarquia previdenciária a conceder o benefício, a partir da data da cessação (02/12/2008), observada a prescrição quinquenal com relação a Larissa Gomes de Araújo, com juros de mora e correção monetária, além de honorários advocatícios, em per-

centual a ser definido quando da liquidação do julgado, sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos do artigo 85, §3º, do CPC, e da Súmula 111 do STJ. Foi determinada a implantação do benefício, no prazo de 15 (quinze) dias.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido, sustentando a falta de requisitos para a concessão do benefício.

Com as contrarrazões, nas quais a parte autora requer a majoração dos honorários advocatícios, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado NILSON LOPES - Relator

VOTO

O Senhor Juiz Federal Convocado Nilson Lopes (Relator): Recebo o recurso de apelação do INSS, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil, haja vista que tempestivo, ressaltando que a apelação tem efeito suspensivo, salvo no tocante à concessão da tutela provisória (art. 1012, *caput* e § 1º, inciso V, do referido código).

A pensão por morte é benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, não sendo exigível o cumprimento de carência, nos termos dos artigos 74 e 26 da Lei nº 8.213/91.

Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; comprovação da qualidade de segurado do de cujus, ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei nº 8.213/91).

O óbito de Reginaldo Araújo de Souza, ocorrido em 14/09/2002, restou devidamente comprovado por meio da cópia da certidão de óbito (ID 133025985 – Pág. 1).

No entanto, a qualidade de segurado do falecido não restou comprovada.

No tocante à qualidade de segurado, verifica-se que o *de cujus* exerceu atividade urbana, como empregado registrado, conforme extratos do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (ID 210159360 – Págs. 54/55 e consulta ao banco de dados da Previdência Social, nesta data), nos períodos de 01/12/1983 a 10/12/1985, 16/01/1986 a 16/11/1986, 03/08/1987 a 21/11/1987 e 01/11/1995 a 30/11/2000, quando ocorreu o último recolhimento previdenciário, sendo que o óbito ocorreu em 14/09/2002.

Desse modo, como não verteu mais de 120 (cento e vinte) contribuições, em princípio, ostentou a qualidade de segurado até 15/01/2002, não abrangendo o período do óbito (14/09/2002).

Anoto-se que nos termos do inciso II do artigo 15 da Lei nº 8.213/91, “*mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições, até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social*”. Tal período de graça pode ser prorrogado por mais 12 (doze) meses no caso do segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (§ 2º do mesmo artigo).

Frise-se que o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a falta de anotação em CTPS, por si só, não é suficiente para comprovar a situação de desemprego do segurado para fins de prorrogação do período de graça e manutenção de sua qualidade de segurado. Por outro lado, o registro no Ministério do Trabalho não é o único meio de prova da condição de desempregado do segurado, admitindo-se outros meios de prova para tanto, inclusive a testemunhal, conforme julgado a seguir transcrito:

“PREVIDENCIÁRIO. QUALIDADE DE SEGURADO. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. MERA AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO NA CTPS. INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS DA SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. A ausência de registros na CTPS, só por si, não é suficiente para comprovar a situação de desemprego da parte autora, admitindo-se, no entanto, que tal demonstração possa ser efetivada por outros meios de prova que não o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, como a testemunhal. Precedentes: Pet 7.115/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 6/4/2010; AgRg no Ag 1.182.277/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 6/12/2010.

2. No caso concreto, no que diz respeito à demonstração da qualidade de segurado do autor, a Corte de origem, ao se louvar, unicamente, na ausência de anotação na CTPS e ter como prorrogado o período de graça, destoou da mencionada jurisprudência.

3. Recurso especial do INSS parcialmente provido, para afastar a possibilidade de reconhecimento da condição de segurado pela mera ausência de registros na CTPS, determinando o retorno dos autos à origem para que oportunize ao autor a produção de provas e, então, julgue a causa como entender de direito.”

(STJ, REsp 1.338.295-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 25/11/2014, DJe 1ª/12/2014)

Assim, para terem direito ao restabelecimento do benefício, os autores deveriam demonstrar que o falecido permaneceu desempregado após a ruptura do vínculo de trabalho, possibilitando a prorrogação do período de graça por mais 12 (doze) meses.

No caso dos autos, porém, não há falar em prorrogação do período de graça prevista no parágrafo 2º, do artigo 15 da Lei 8213/91, uma vez que não há nos autos documento que comprove a situação de desemprego do falecido e a prova testemunhal não corroborou o alegado desemprego. Ao contrário, verifica-se que os informantes ouvidos foram firmes e coesos ao asseverarem que o “de cujus”, de fato, passou a executar serviços de jardinagem e de construção civil após a ruptura do vínculo de trabalho.

Com efeito, Maria Lucia Araújo de Sousa, irmã do falecido, declarou que ele trabalhou até 2001, ressaltando que ficou “no serviço de jardinagem até um ano antes de morrer, depois ele ficou desempregado”. Já o informante Paulo Ricardo Araújo Pinheiro, primo dos autores, afirmou que “de 2000 para 2002 ele não trabalhou “fichado”, fazia “bico de jardinagem”, em casas e empresas, e que ele também trabalhou fazendo obras, esgoto e fundação, ressaltando que seu tio o levava, em alguns desses “bicos”, nessa época, para ajudar no serviço (arquivo audiovisual – ID 133026003 e ID 133026004).

Assim, tendo em vista o conjunto probatório dos autos, restou evidenciado que após o término do vínculo trabalhista, o falecido passou a exercer trabalho autônomo. Observe-se que o contribuinte individual tem o dever de recolher as contribuições até o dia 15 (quinze) do mês seguinte ao de competência, na forma que do art. 30, II, da Lei nº 8.212/1991, motivo pelo qual não é possível a concessão de pensão por morte aos dependentes do segurado falecido, contribuinte individual, que não efetua o recolhimento das contribuições devidas no momento oportuno.

Por fim, as demais provas carreadas nos autos não indicam que tenha o falecido deixado de contribuir por não ter mais condições de saúde para exercer atividades laborativas. Ademais, não restou comprovado o preenchimento de requisitos que assegurassem direito à aposentadoria, situação em que a perda da qualidade de segurado não impediria a concessão do benefício de pensão por morte, consoante o disposto no § 2º do artigo 102 da Lei nº 8.213/91.

Ressalte-se que a falecida não contava com a carência mínima, conforme se observa no conjunto probatório dos autos, bem como não possuía a idade exigida para a concessão do benefício de aposentadoria por idade, conforme definidos nos artigos 48 e 142 da Lei nº 8.213/91.

Ainda que se tenha por comprovado o exercício de qualquer atividade remunerada de maneira informal, sem o efetivo recolhimento de contribuições na condição de contribuinte individual, conforme posicionamento emanado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não há previsão legal que permita o reconhecimento do direito ao benefício de pensão por morte, conforme se transcreve:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS. AUSÊNCIA DO REQUISITO IDADE AO TEMPO DO ÓBITO. ART. 3º DA LEI N. 10.666/2003. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não (art. 74 da Lei n. 8.213/1991).
2. Segundo orientação firmada no REsp n. 1.110.565/SE, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, a condição de segurado do de cujus é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte.
3. A exceção foi resumida no Enunciado sumular n. 416 do STJ, segundo o qual “é devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito”.
4. Caso em que os autos revelam que o de cujus faleceu em 26/01/2001, sem recolher contribuições desde 1993, e sem ter preenchido, em vida, o requisito da idade necessária à aposentação, motivo pelo qual é inaplicável o disposto no art. 3º da Lei n.10.666/2003.
5. Agravo interno desprovido.”

(AgInt no AREsp 745715/SP - 2015/0172521-2 - Relator Ministro Gurgel de Faria - Órgão Julgador Primeira Turma - Data do Julgamento 21/09/2017 - Data da Publicação/Fonte DJe 17/11/2017)

Neste passo, não preenchido requisito legal, não faz jus a parte autora ao benefício em questão, sendo desnecessária a incursão sobre os demais requisitos exigidos para a concessão do benefício de pensão por morte.

Condeno a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, nos termos do § 2º do art. 85 do Novo Código de Processo Civil/2015, observando-se a suspensão de exigibilidade prevista no § 3º do art. 98 do mesmo diploma legal.

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS*, para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido, revogando-se a tutela antecipada, na forma da fundamentação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado NILSON LOPES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5003988-33.2019.4.03.6183

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelado: D. H. M.
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PREENCHIDOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MENOR SOB GUARDA. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

1. Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.

2 Assim, em obediência ao princípio do *tempus regit actum*, deve-se analisar o benefício pela legislação em vigor à época do óbito, no caso, a Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 13.135, publicada em 17/06/2015.

3. Há aqui que se ponderar a proteção constitucional conferida tanto às crianças e aos adolescentes, quanto à Seguridade Social.

4. Embora não esteja incluído no rol dos dependentes do segurado da Previdência, previsto no artigo 16 da Lei nº 8.212/91, o menor sob guarda deve ser equiparado ao filho menor, inclusive para fins previdenciários, face ao disposto no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), contudo, deve se manter em vista o fato de que o requisito legal para a finalidade de se determinar a qualidade de dependente no âmbito do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) é a situação de dependência econômica em relação ao segurado (artigo 16, §§ 2º e 4º, da LBPS).

5. Nesse sentido, é o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, que fixou a seguinte tese: *“O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à Medida Provisória nº 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.”* (REsp repetitivo nº 1.411.258/RS, 1ª Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/02/2018).

6. Desse modo, preenchidos os requisitos legais, reconhece-se o direito da autora ao benefício de pensão por morte de seu guardião.

10. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do óbito de seu avô e guardião.

A r. sentença julgou procedente o pedido inicial para condenar o INSS a conceder a autora os benefícios de pensão por morte, a partir do óbito (03/01/2017) até a maioridade da autora, as parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária e juros de mora. Condenou ainda o INSS ao pagamento dos honorários de advogado fixados em 10% do valor das parcelas vincendas até a sentença. Custas na forma da lei. Por fim manteve a tutela concedida.

Dispensado o reexame necessário.

O INSS interpôs apelação arguindo que o menor sob guarda, foi excluído do rol de dependentes previdenciários desde a edição da Lei nº 9.528/97, alega ainda ausência de dependência.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Objetiva a parte autora a concessão de pensão por morte, em decorrência do falecimento de seu guardião e avô materno, GEOFFREY HART, ocorrido em 03/01/2017, conforme faz prova a certidão do óbito.

Para a obtenção do benefício da pensão por morte, faz-se necessário a presença de dois requisitos: qualidade de segurado e condição de dependência.

Assim, em obediência ao princípio do *tempus regit actum*, deve-se analisar o benefício pela legislação em vigor à época do óbito, no caso, a Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 13.135, publicada em 17/06/2015.

Há aqui que se ponderar a proteção constitucional conferida tanto às crianças e aos adolescentes, quanto à Seguridade Social.

Embora não esteja incluído no rol dos dependentes do segurado da Previdência, previsto no artigo 16 da Lei nº 8.212/91, o menor sob guarda deve ser equiparado ao filho menor, inclusive para fins previdenciários, face ao disposto no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), contudo, deve se manter em vista o fato de que o requisito legal para a finalidade de se determinar a qualidade de dependente no âmbito do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) é a situação de dependência econômica em relação ao segurado (artigo 16, §§ 2º e 4º, da LBPS).

Nesse sentido, é o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, que fixou a seguinte tese: *“O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à Medida Provisória nº 1.523/96, reeditada e convertida na Lei nº 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.”* (REsp repetitivo nº 1.411.258/RS, 1ª Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/02/2018).

No que tange à qualidade de segurado, restou plenamente comprovado, visto que o falecido era beneficiário de aposentadoria por invalidez desde 13/06/2013, conforme extrato do sistema CNIS/DATAPREV.

Em relação à dependência econômica, observa-se que a autora se encontrava sob a guarda judicial do segurado falecido, consoante comprova a cópia do termo de compromisso de guarda e responsabilidade acostado aos autos (Id. 219639201). Com isso, ainda que o artigo 16, §2º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, não contemple mais o menor sob guarda na relação de dependentes, tem se entendido que ele pode ser abrangido pela expressão *“menor tutelado”* constante do referido dispositivo. Nesse sentido, os seguintes julgados: AC 1596149, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 21.05.2013, DJF3 29.05.2013; APEL-REEX nº 770822, Rel. Juiz Fed. Conv. Nilson Lopes, 10ª Turma, j. 18.12.2012, DJF3 09.01.2013; AC nº 1293531, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, 8ª Turma, j. 15.10.2012, DJF3 26.10.2012; AC 1203841, Rel. Juiz Fed. Conv. Leonel Ferreira, 7ª Turma, j. 08.10.2012, DJF3 17.10.2012; AI 477107, Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Francisco, 7ª Turma, j. 13.08.2012, 22.08.2012; AC nº 1088219, Rel. Juiz Conv. Fernando Gonçalves, 7ª Turma, j. 16.02.2012, DJF3 08.03.2012; AC nº 2003.61.09.003452-3, Rel. Des. Fed. Leide Polo, 7ª Turma, j. 14.03.2011, DJF3 18.03.2011.

Assim no caso dos autos, para comprovar a dependência foi acostado aos autos certidão de nascimento da autora, termo de guarda de menor emitido em 12/09/2014, tendo como guardião seu avô, cópia do imposto de renda referente a 2015, seguro de vida e plano de saúde, além das testemunhas arroladas, em todos os documentos o segurado aparece como responsável pela autora.

Ademais a autora sempre residiu com o avô, tendo sua curatela alterada para uma tia avô somente após o óbito de seu guardião e posteriormente para seu genitor somente em 21/06/2021 (Id. 219639637)

Assim, evidencia-se a dependência econômica da demandante em relação a seu guardião e avô materno, na medida em que residia com o mesmo e este prestava assistência financeira e emocional.

Impõe-se, por isso, a procedência do pedido.

Desse modo, preenchidos os requisitos legais, reconhece-se o direito da autora ao benefício de pensão por morte de seu guardião a partir do óbito (03/01/2017), conforme determinado pelo juiz sentenciante.

Determino ainda a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015.

Ante ao exposto, nego provimento à apelação do INSS mantendo, a r. sentença proferida nos termos acima expostos.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5002951-47.2020.4.03.6114

Parte Autora: DIRCE ZANDA MATTEUCCI
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 29/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA DE VIDA. PERÍODO DE PANDEMIA DA COVID-19. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO.

1. É direito do impetrante o restabelecimento do benefício, ante a impossibilidade de fazer a prova de vida em razão do fechamento das agências do INSS e do atual contexto de emergência de saúde pública. Precedentes do TRF da 3ª Região.
2. Comprovação de vida por meio de documentos colacionados aos autos.
3. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial a que foi submetida a sentença proferida nos autos de ação mandamental em que objetiva a dispensa da prova de vida da impetrante com reativação do benefício previdenciário.

O MM. Juízo *a quo* concedeu a ordem pleiteada, para que “(...) a Autoridade Impetrada libere o pagamento do benefício NB 21/165.335.155-9, sem prejuízo de se exigir a prova de vida após a normalização do atendimento nas Agências do INSS.”. Não houve condenação nos honorários advocatícios.

Sem recurso voluntário, subiram os autos.

O Ministério Público Federal ofertou seu parecer.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

A impetrante, interditada e representada pelo seu curador, é beneficiária da pensão por morte e teve o benefício cessado por ausência de prova de vida.

Tentou durante o ano de 2020 fazer a prova de vida perante o INSS, todavia, em razão do fechamento das agência da autarquia para a contenção da pandemia pela Covid-19, não pode realizá-la presencialmente.

Foi apresentado o termo de compromisso – certidão de curatela provisória da impetrante, datada de 23/03/20, expedido pela 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Penha de França – SP e laudos médicos de 31/10/19 e 01/06/20 que fazem a prova de vida da impetrante.

É direito do impetrante o restabelecimento do benefício, ante a impossibilidade de fazer a prova de vida em razão do fechamento das agências do INSS e do atual contexto de emergência de saúde pública.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA DE VIDA. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADA.

- O mandado de segurança é remédio constitucional (art. 5º, LXIX, CF/88) destinado à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo perpetrado por autoridade pública.

- A exigência de prova de vida tem por finalidade prevenir a ocorrência de fraudes e evitar o pagamento de benefício previdenciário a quem não seja o respectivo titular, principalmente nas hipóteses em que houve o óbito do segurado e este não foi informado à Previdência Social.

- Diante do atual contexto de emergência de saúde pública, e tendo em vista a regulamentação legislativa da questão debatida, não se mostra razoável exigir o comparecimento pessoal do impetrante à agência mantenedora de seu benefício, localizada em outro município, para a realização da prova de vida.

- Os documentos juntados apresentados nesta são suficientes para comprovar o direito alegado. Ademais, as verbas decorrentes de benefícios previdenciários ostentam natureza nitidamente alimentar, não sendo razoável nem proporcional impor ao segurado aguarde, indefinidamente, o retorno do atendimento presencial na agência mantenedora do benefício.

- Remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5019377-79.2020.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 23/07/2021, Intimação via sistema DATA: 28/07/2021);

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ POR AUSÊNCIA DE PROVA DE VIDA. FECHAMENTO DE AGÊNCIAS DO INSS COMO MEDIDA DE CONTENÇÃO DA PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DE CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO. OFENSA À AMPLA DEFESA. PROVA DE VIDA NOS AUTOS. DIREITO AO RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO.

- Conforme disposto no artigo 14, da Lei nº 12.016/2009, a sentença que conceder a segurança estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

- Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Sonia Maria da Silva contra O Gerente-Executivo da Agência da Previdência Social da Cidade Dutra/SP objetivando o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez NB 32/060.262.934-9 que teria sido indevidamente cessado por ausência de prova de vida.

- O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, destinado a proteger direito líquido e certo da violação efetiva ou iminente, praticada com ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público), diretamente relacionada à coação, de vez que investida nas prerrogativas necessárias a ordenar, praticar ou ainda retificar a irregularidade impugnada, a teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 1.533/51 e art. 1º da atual Lei nº 12.016/09.

- A impetrante é beneficiária de aposentadoria por invalidez desde 01/01/1983 e teve seu benefício cessado por ausência de prova de vida.
- Todavia, à conta do fechamento das agências previdenciárias com fundamento na Portaria 373/2020 do INSS para contenção da pandemia pelo Coronavírus, a impetrante não pôde fazer a prova de vida presencialmente.
- Nulidade do ato administrativo de cessação e direito ao restabelecimento do benefício que se reconhece, ante a violação à ampla defesa decorrente da cessação do benefício sem notificação prévia da autora, que não se negou a fazer a prova de vida, mas ficou impossibilitada de fazê-la.
- A impetrante, de outro lado, no presente feito, fez prova de vida documental.
- Sem honorários advocatícios, na forma do artigo 25 da Lei n. 12.016/09 e das Súmulas n. 512 do Supremo Tribunal Federal e n. 105 do Superior Tribunal de Justiça.
- Remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5011522-91.2020.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 01/07/2021, Intimação via sistema DATA: 07/07/2021)”.

Como bem posto pelo douto Juízo sentenciante: “Com efeito, tratando-se, pela própria natureza, de benefício de caráter alimentar, existindo documentos aptos a suprir, ao menos durante o período excepcional decorrente da pandemia, a comprovação de vida da impetrante/beneficiária, e ademais disso estando em vigência diploma legal prescrevendo que, durante tal período, permaneceria interrompido “o bloqueio dos créditos dos benefícios por falta de realização da comprovação de vida aos beneficiários residentes no Brasil ou no exterior”, a ordem deve ser concedida.”.

Destarte, é de se manter a r. sentença tal como posta.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5182951-27.2020.4.03.9999

Apelante: ADRIANA INACIO BISPO
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 29/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO – SALÁRIO-MATERNIDADE – TRABALHADOR RURAL – PROVA DO EXERCÍCIO DE LABOR RURAL DURANTE O PERÍODO DE CARÊNCIA – AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL – INSUFICIÊNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL.

1. A teor do artigo 71 da Lei Federal nº. 8.213/91, na redação dada pela Lei Federal nº. 10.710/03, 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”.
2. Com relação à segurada especial, o salário maternidade será de 1 salário mínimo e não há carência, desde que prove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao início do benefício, conforme artigo 39, parágrafo único, da Lei Federal nº. 8.213/91.
3. A prova da atividade rural exige início de prova material, não admitida a prova exclusivamente testemunhal a teor do artigo 55, § 3º, da Lei Federal nº. 8.123/91 e da Súmula nº. 149, do C. Superior Tribunal de Justiça.
4. Nos termos de orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, em regime de repetitividade, a falta de prova do labor rural implica a extinção do processo, sem a resolução do mérito: CORTE ESPECIAL, REsp 1352721/SP, j. 16/12/2015, DJe 28/04/2016. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.
5. Não há início de prova material do exercício de trabalho rural, pela parte autora, durante os doze meses anteriores ao nascimento (que ocorreu em 14/08/2014).
6. O depoimento das testemunhas, por si só, é insuficiente para a prova do trabalho rural no período.
7. Processo extinto, sem a resolução do mérito nos termos dos artigos 485, inciso IV e 1.040, do Código de Processo Civil. Apelação prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu, de ofício, julgar extinto o processo, sem resolução do mérito. Apelação da parte autora prejudicada, SENDO QUE O DES. FEDERAL TORU YAMAMOTO E O DES. FEDERAL CARLOS DELGADO ACOMPANHARAM O RELATOR COM RESSALVA DE ENTENDIMENTO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

RELATÓRIO

O Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra:

Trata-se de apelação interposta nos autos de ação ajuizada por ADRIANA INACIO BISPO, CPF nº. 357.341.068-52, em face do INSS, para viabilizar a implantação do benefício previdenciário de salário maternidade.

A r. sentença (ID 126093488) julgou o pedido inicial improcedente. A parte autora foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00 e, suspenso o pagamento por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Apelação da parte autora (ID 126093491), na qual requer a reforma da r. sentença. Sustenta o cumprimento dos requisitos legais para a concessão do benefício: os documentos apresentados constituiriam início de prova material do labor rural da autora durante o período de carência.

Decorreu “in albis” o prazo para contrarrazões de recurso.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

VOTO

O Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra:

A teor do artigo 71 da Lei Federal nº. 8.213/91, na redação dada pela Lei Federal nº. 10.710/03, 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”.

Exige-se carência de 10 contribuições mensais para as seguradas contribuinte individual, especial e facultativa (artigo 29, inciso III, do Decreto 3.048/99). E, com relação às seguradas empregada, empregada doméstica e trabalhadora avulsa, não há carência (artigo 30, inciso II, do Decreto 3.048/99).

Com relação à segurada especial, o salário maternidade será de 1 salário mínimo e não há carência, desde que prove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao início do benefício, conforme artigo 39, parágrafo único, da Lei Federal nº. 8.213/91.

Acerca da prova do labor rural, a Súmula nº 149 do Superior Tribunal de Justiça estatui que “A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”.

No que diz respeito 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:
(...)

VII - como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;
 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do *caput* do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;
- b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e
- c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem 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 ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.”

Nesse campo, é oportuno consignar que “(...) consoante entendimento desta Eg. Sétima Turma, admite-se a extensão da qualificação de lavrador em documento de terceiro - familiar próximo - quando se tratar de agricultura de subsistência, em regime de economia familiar” (TRF-3, 7ª Turma, ApCiv. 5140577-93.2020.4.03.9999, Dje 01/07/2020, Rel. Des. Fed. INÊS VIRGÍNIA).

Por fim, nos termos de orientação do Superior Tribunal de Justiça, em regime de repetitividade, a falta de prova do labor rural implica a extinção do processo, sem a resolução do mérito: (Corte Especial, REsp. 1.352.721/SP, j. 16/12/2015, DJe: 28/04/2016, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

No mesmo sentido, precedentes recentes da 7ª Turma do TRF-3ª Região: ApCiv 0028764-64.2011.4.03.9999, DJe: 28/01/2021, Rel. Des. Fed. CARLOS DELGADO; ApCiv 0008010-69.2012.4.03.6183, DJe: 27/11/2019, Rel. Des. Fed. PAULO DOMINGUES; ApCiv 0002681-35.2016.4.03.9999, DJe: 18/10/2019, Rel. Des. Fed. INÊS VIRGINIA.

No caso concreto, na petição inicial, a parte autora afirmou sempre ter exercido trabalho rural, prestando serviço para diversos proprietários rurais como diarista/“bóia-fria”.

Para tanto, apresentou:

- Certidão de nascimento do filho, Estevão Lukas Rocha, em 14/08/2014, na cidade de Marília/SP na qual não consta a profissão dos genitores (ID 126093461);
- CTPS da parte autora, com os registros (ID 126093465 e ID 126093464): Fazenda Agua da Torre, no município de Ocaçu/SP, como safrista, de 08/06/2003 a 01/07/2003; Fazenda Água Limpa, no município de Gália/SP, como safrista, de 05/06/2006 a 10/08/2006; Fazenda Manacá, no município de Garça/SP, como safrista, de 02/05/2008 a 31/10/2008 e de 02/05/2009 a 23/09/2009; Sítio São Vivente, no município de Alvinlândia/SP, como trabalhadora da cultura do café, de 03/05/2010 a 15/07/2010; Sítio Fênix, no município de São Pedro do Turvo/SP, como Boia-fria - na agropecuária, de 02/08/2010 a 03/09/2010;

Não há início de prova material do exercício de trabalho rural, pela parte autora, durante os doze meses anteriores ao nascimento (que ocorreu em 14/08/2014).

O depoimento das testemunhas, por si só, é insuficiente para a prova do trabalho rural no período.

Diante da insuficiência das provas, o processo deve ser extinto sem a resolução do mérito por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, nos termos dos artigos 485, inciso IV e 1.040, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, *de ofício, julgo o processo extinto, sem a resolução do mérito*, nos termos dos artigos 485, inciso IV e 1.040, do Código de Processo Civil. *Apelação da parte autora prejudicada.*

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, os honorários advocatícios devidos pela autora, por ocasião da liquidação, deverão ser acrescidos de percentual de 1% (um por cento), nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, suspensa, contudo, a exigibilidade, nos termos dos artigos 11, §2º, e 12, da Lei nº 1.060/50, e parágrafo §3º do art. 98 do Código de Processo Civil.

É o voto.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5152169-03.2021.4.03.9999

Apelantes: JORGE MUCHON RIBEIRO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Disponibilização do Acórdão: DJEN 24/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ATIVIDADE DE DIGITADOR OU RECEPCIONISTA EM INSTITUIÇÃO DE SAÚDE . ATIVIDADE ESPECIAL NÃO CARACTERIZADA.

I - Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso para julgamento colegiado.

II - A decisão foi clara ao considerar que o fato de a ora agravante exercer a atividade de *Digitador* ou a de *Recepcionista* em instituição de saúde não autoriza o reconhecimento da nocividade do labor para fins previdenciários. Com efeito, a atividade exercida estampada em seu PPP e no laudo técnico difere da atividade cuidativa de pessoas doentes, praticadas por enfermeiros ou médicos; assim, pelos elementos dos autos, a convicção desta Relatoria foi formada e o laudo técnico contém entendimento neste sentido, inobstante aponte “insalubridade em grau médio”, pois o *expert* afirmou que a caracterização da nocividade do labor “...*aplica-se unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados.*”

III - É forte na 3ª Seção desta Casa jurisprudência no sentido de que decisões condizentemente fundamentadas e sem máculas, tais como ilegalidade ou abuso de poder, não devem ser modificadas.

IV - Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, com quem votou o Juiz Federal Convocado Denilson Branco, vencido o Desembargador Federal Newton De Lucca, que lhe dava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de agravo interno interposto pela parte autora contra decisão proferida nos termos do art. 932 do CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015), que deu provimento à apelação da ora agravada para não considerar como especiais os períodos de labor reconhecidos pelo r. juízo.

Aduz a agravante que o conjunto probatório produzido, notadamente o laudo técnico, autoriza o reconhecimento da atividade nocente.

A parte agravada, intimada a se manifestar, não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

O caso dos autos não é de retratação.

A decisão foi clara ao considerar que o fato de a ora agravante exercer a atividade de *Digitador* ou a de *Recepcionista* em instituição de saúde não autoriza o reconhecimento da nocividade do labor para fins previdenciários. Com efeito, a atividade exercida estampada em seu PPP bem como no laudo técnico difere da atividade cuidativa de pessoas doentes, praticadas por enfermeiros ou médicos; assim, pelos elementos dos autos, a convicção desta Relatoria foi formada e o laudo técnico contém entendimento neste sentido, inobstante aponte “insalubridade em grau médio”, pois o *expert* afirmou que a caracterização da nocividade do labor “...*aplica-se unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados.*”

Não procedem, portanto, os argumentos expendidos no presente agravo.

No mais, é forte na 3ª Seção desta Casa jurisprudência no sentido de que decisões con-
dizentemente fundamentadas e sem máculas, tais como ilegalidade ou abuso de poder, não
devem ser modificadas, *verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SE-
GURANÇA. VIA INADEQUADA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1- Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada se
solidamente fundamentada e dela não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder
que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

(...)

4- Agravo improvido.” (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, AgRgMS 235404, proc. 2002.03.00.015855-
6, rel. Des. Fed. Santos Neves, v. u., DJU 23/8/2007, p. 939)

“PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. JUIZADO ESPECIAL
FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. DECISÃO FUNDA-
MENTADA.

I - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferi-
das pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade
ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

(...)

VI - Agravo não provido.” (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, AgRgAR 6420, A competência para
processar e julgar as ações rescisórias ajuizadas contra decisões proferidas pelos Juizados
Federais é do órgão de interposição dos próprios Juizados, isto é, das Turmas Recursais, não
do Tribunal Regional Federal (artigos 102, I, ‘j’, 105, I, ‘e’, e 108, I, ‘b’, CF/88).

Esclareça-se que às Cortes Regionais Federais não incumbe rever os decisórios oriundos dos
Juizados Especiais Federais, por se tratarem de órgãos jurisdicionais diversos.

De resto, fixadas a estruturação e competência da Justiça Especializada por força de lei (Leis nº 9.099/95 e 10.259/2001), cediço que o reexame das causas ali julgadas há de ser realizado pelos Juízos de interposição correlatos”. (Turmas Recursais proc. 2008.03.00.034022-1, rel. Des. Fed. Marianina Galante, v. u., DJF3 21/11/2008).

Ainda: AgRgAR 5182, rel. Des. Fed. Marianina Galante, v. u., e-DJF3 24/9/2012; AgAR 2518, rel. Des. Fed. Lucia Ursaiia, v. u., e-DJF3 17/8/2012; AgAR 2495, rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, v. u., e-DJF3 23/7/2012; AgRgAR 8536, rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v. u., e-DJF3 22/5/2012; AgRgAR 8419, rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v. u., e-DJF3 16/3/2012.

Ad argumentandum tantum, “Não viola o princípio da legalidade a invocação da jurisprudência como razão de decidir; *reportar-se à jurisprudência é forma abreviada de acolher a interpretação da lei que nela se consagrou*” (STF - 1ª T., AI 201.132-9-AgRg, Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.11.97, DJU 19.12.97).” (NEGRÃO, Theotonio; FERREIRA GOUVÊA, José Roberto; AIDAR BONDIOLI, Luis Guilherme; NAVES DA FONSECA, João Francisco. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 44ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 520) (g. n.).

Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso para julgamento colegiado.

Consigno, finalmente, que foram analisadas todas as alegações constantes do recurso capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no *decisum* recorrido.

Isto posto, *NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO*, nos termos da fundamentação. É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA: A divergência cinge-se ao reconhecimento da atividade especial de Digitador, no setor de Triagem, em ambiente hospitalar (Santa Casa de Presidente Venceslau).

Constou do PPP que o autor, no período de 1º/3/93 a 4/12/96, trabalhou na Irmandade da Santa Casa de Presidente Venceslau, no setor Triagem e cargo Digitador, executando as seguintes atividades: “O funcionário realizava o serviço dentro da área hospitalar *na recepção, iniciava/atualizava cadastros de pacientes que chegavam, encaminhava-os para os enfermeiros ou médicos*, controlava visitas do hospital, *recebia consultas e internações particulares, internava pacientes na urgência e no eletivo*, atendia telefonemas, datilografava declarações de óbito e nascidos vivos e *acompanhava pacientes aos quartos que seriam internados*. O segurado exerceu função de modo habitual e permanente.” Constou a exposição a “Vírus, Bactérias, Protozoários, etc.”

Embora tenha constado o cargo do segurado como Digitador, pela descrição das atividades verifica-se que o autor trabalhava no setor de Triagem e recepcionava os pacientes, tendo contato direto com os mesmos, motivo pelo qual considero a atividade especial.

Tendo em vista que o próprio empregador atestou a presença dos diversos agentes nocivos acima mencionados e, considerando a descrição das atividades exercidas pelo autor, em ambiente hospitalar, reconheço como especial o labor exercido, nos termos do código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64 e código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79 (agentes biológicos).

Cumpra ressaltar que a exposição ao agente nocivo não precisa ocorrer ao longo de toda a jornada de trabalho, em especial no presente caso, no qual há diversos agentes nocivos mencionados no PPP.

Como bem asseverou o E. Desembargador Federal Rogerio Favreto: “A habitualidade e permanência do tempo de trabalho em condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física referidas no artigo 57, § 3º, da Lei 8.213/91 não pressupõe a exposição contínua ao agente nocivo durante toda a jornada de trabalho, devendo ser interpretada no sentido de que tal *exposição deve ser ínsita ao desenvolvimento das atividades cometidas ao trabalhador, integrada à sua rotina de trabalho*, e não de ocorrência eventual, ocasional. *Exegese diversa levaria à inutilidade da norma protetiva, pois em raras atividades a sujeição direta ao agente nocivo se dá durante toda a jornada de trabalho, e em muitas delas a exposição em tal intensidade seria absolutamente impossível*. A propósito do tema, vejam-se os seguintes precedentes da Terceira Seção deste Tribunal: EINF nº 0003929-54.2008.404.7003, de minha relatoria, D.E. 24/10/2011; EINF nº 2007.71.00.046688-7, Terceira Seção, Relator Celso Kipper, D.E. 07/11/2011” (TRF-4ªR, 5ª Turma, AC 5045454-18.2014.4.04.7100/RS, j. 16/5/17, vu., grifos meus).

Neste sentido, já decidiu o C. STJ, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. TEMPO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICOS. AMBIENTE HOSPITALAR. CONCEITOS DE HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA QUE COMPORTAM INTERPRETAÇÃO. PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO QUALITATIVO. RISCO IMINENTE. AVALIAÇÃO DA REAL EFETIVIDADE E DA DEVIDA UTILIZAÇÃO DO EPI. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COMUM EM ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO BENEFÍCIO PRETENDIDO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. (...)

2. *A circunstância de o contato com os agentes biológicos não perdurar durante toda a jornada de trabalho não significa que não tenha havido exposição a agentes nocivos de forma habitual e permanente, na medida em que a natureza do trabalho desenvolvido pela autora, no ambiente laboral hospitalar, permite concluir por sua constante vulnerabilidade. Questão que se resolve pelo parâmetro qualitativo, e não quantitativo.*

3. Na hipótese, a instância ordinária manifestou-se no sentido de que, sendo evidente a exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa, não há como atestar a real efetividade do Equipamento de Proteção Individual - EPI. Rever esse entendimento, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice da Súmula 7/STJ.

4. (...)

5. Recurso especial do INSS parcialmente provido, para se afastar a pretendida conversão de tempo de serviço comum em especial.”

(STJ, 1ª Turma, REsp nº 1.468.401/RS, Relator Ministro Sérgio Kukina, v. u., j. 16/3/17, DJe 27/3/17, grifos meus)

Deixo de apreciar o recurso do INSS com relação à correção monetária e juros, pois a sentença possui cunho declaratório apenas.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno para negar provimento à apelação do INSS e conhecer da apelação da parte autora.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA

APELAÇÃO CÍVEL
5152671-39.2021.4.03.9999

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, SILVANA DO CARMO SANTOS

Apelados: OS MESMOS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEILA PAIVA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 15/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. REVISÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ACRÉSCIMO DE 25% SOBRE O VALOR DO BENEFÍCIO. ARTIGO 45 DA LEI Nº 8.213/91. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA.

- É requisito essencial para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o benefício de aposentadoria por invalidez a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para as atividades da vida diária.
- Da análise do laudo pericial, restou configurada a hipótese descrita no artigo 45 da Lei nº 8.213/91, para que o segurado obtenha o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da sua aposentadoria por invalidez, uma vez que restou caracterizada a necessidade de assistência permanente de terceiros.
- No campo do direito previdenciário, deve prevalecer norma especial expressa no preceito inserto no parágrafo único do art. 103, da Lei n. 8.213/91, estabelecendo a não incidência da prescrição em relação ao menor, incapaz ou ausente.
- Nos termos do art. 198, inciso I, do CC, a prescrição não corre para os absolutamente incapazes, elencados no art. 3º, do CC. Portanto, o fato de a interdição ter ocorrido em 2014 é irrelevante já que os seus efeitos retroagem à época em que manifestou a incapacidade.
- Resguardo de direito de incapaz, norma de ordem pública, que não se sujeita a prazo prescricional, nem mesmo a demora na apresentação do termo de curatela.
- Direito da parte autora ao acréscimo de 25% sobre o valor do benefício desde a data do requerimento administrativo, formulado em 15/02/2012.
- A correção monetária e os juros de mora serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, observadas as alterações preconizadas pela Emenda Constitucional n. 113/2021.
- Apelação do INSS não provida. Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS e DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão do acréscimo de 25% sobre a aposentadoria por invalidez, previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91, sobreveio sentença de parcial procedência do pedido, condenando-se a autarquia previdenciária a conceder o referido acréscimo desde 05/04/2014, tendo em vista a ocorrência de prescrição quinquenal, bem como ao pagamento dos valores em atraso com correção monetária e juros de mora, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ. Foi concedida a tutela antecipada, para imediata implantação do acréscimo sobre o valor da aposentadoria.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

A autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença, para julgar improcedente o pedido, uma vez que não preenchidos os requisitos legais para concessão do acréscimo de 25%. Subsidiariamente, requer que o acréscimo seja recebido a partir da data da citação, tendo em vista a prescrição do direito à revisão do ato administrativo.

A parte autora também apelou, pleiteando a incidência do acréscimo a partir do requerimento administrativo (15/02/2012), sob o argumento de que não corre prescrição contra os incapazes.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento dos recursos. É o relatório.

Desembargadora Federal LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):

Recebo os recursos de apelação, nos termos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil, haja vista que tempestivos.

Do adicional de assistência permanente

A Lei nº 8.213, de 24/07/1991, prevê em seu artigo 45 que: “O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)”.

Faz jus ao acréscimo denominado “auxílio-acompanhante”, consistente no pagamento de adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício de incapacidade definitiva, o segurado que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais.

A manutenção da benesse não prescinde de realização de perícia, mesmo na hipótese de o benefício ter se tornado definitivo pelo tempo de gozo de mais de 15 (quinze) anos ou em virtude de o segurado ter alcançado 60 (sessenta) anos de idade, conforme o artigo 101, § 2º, inciso I, da LBPS.

Anote-se que o C. STJ havia admitido a possibilidade de extensão do adicional de 25% a todos os aposentados do RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria, conforme a compreensão do Tema 982/STJ (REsp 1.720.805/RJ, julgado em 22/08/2018).

No entanto, esse entendimento foi revisto pela C. Suprema Corte, que enfrentou o assunto no julgamento do *RE nº 1.221.446*, com repercussão geral, para fins de: “a) *declarar a impossibilidade de concessão e extensão do “auxílio-acompanhante” para todas as espécies de aposentadoria*”, tendo fixado a seguinte tese do Tema 1095/STF: “*No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas as espécies de aposentadoria*”.

Além disso, foram estabelecidos pela C. Corte Suprema os seguintes parâmetros: “b) *modular os efeitos da tese de repercussão geral, de forma a se preservarem os direitos dos segurados cujo reconhecimento judicial tenha se dado por decisão transitada em julgado até a data deste julgamento*; e c) *declarar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do resultado deste julgamento*”. (STF, Plenário, ATA Nº 20, de 21/06/2021. DJE nº 127, divulgado em 28/06/2021).

Conforme laudo pericial realizado (Id 183186708), a autora é portadora de esquizofrenia. Assevera a perita que esta “Não tem suficiente noção à que se destina a presente perícia. (...) cognição alterada. Contato interpessoal precário” (pág. 3 - Exame físico geral e exame físico especial), bem como que “apresenta comprometimento do raciocínio lógico, não conseguindo exprimir desejos ou necessidade, o que o impossibilita de imprimir diretrizes de vida. Há restrição total para atos de vida negocial e patrimonial” (pág. 5 - Conclusão). Conclui que “há caracterização de incapacidade funcional e cognitiva parcial e permanente e incapacidade laborativa total” (pág. 5 - Conclusão).

Assim, da análise do laudo pericial realizado, restou configurada a hipótese descrita no artigo 45 da Lei nº 8.213/91, para que a segurada obtenha o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da sua aposentadoria por invalidez, uma vez que restou caracterizada a necessidade de assistência permanente de terceiros.

Ressalte-se que foi proferida sentença nos autos da ação de interdição nº 4006693-05.2013.8.26.0477, nomeando curadora definitiva para a autora e declarando-a totalmente incapaz de exercer os atos da vida civil, conforme termo de compromisso Id 183186650 - Pág. 4, expedido em 16/07/2014.

Quanto à incidência de prescrição quinquenal, cumpre esclarecer que no campo do direito previdenciário, deve prevalecer norma especial expressa no preceito inserto no parágrafo único do art. 103, da Lei n. 8.213/91, estabelecendo a não incidência da prescrição em relação ao menor, incapaz ou ausente.

Da mesma forma, nos termos do art. 198, inciso I, do CC, a prescrição não corre para os absolutamente incapazes, elencados no art. 3º, do mesmo Código. Portanto, o fato de a interdição ter ocorrido em 2014 é irrelevante já que os seus efeitos retroagem à época em que manifestou a incapacidade.

Trata-se, neste caso, de resguardo de direito de incapaz, norma de ordem pública, que não se sujeita a prazo prescricional, nem mesmo a demora na apresentação do termo de curatela.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. INCAPACIDADE CIVIL. SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TRANSCURSO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A natureza da sentença de interdição, para fins de suspensão do prazo prescricional, é meramente declaratória, e não constitutiva, sendo que sua ausência não pode impedir o reconhecimento da inca-

pacidade para os atos da vida civil. Precedentes. 2. A discussão eminentemente jurídica dispensa o reexame do conjunto fático-probatório, motivo pelo qual não há incidência da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo interno desprovido. (AINTARESP – 675784. Relator Ministro GURGEL DE FARIA. Primeira Turma. J. 19/02/2019. DJE DATA:14/03/2019).

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. INTERDITADO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO: DATA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO. SENTENÇA DE INTERDIÇÃO: EFEITOS DECLARATÓRIOS. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A pessoa absolutamente incapaz para os atos da vida civil, submetida à curatela, tem direito ao benefício de pensão por morte desde o óbito do Segurado, ainda que não postulado administrativamente no prazo de trinta dias, uma vez que não se sujeita aos prazos prescricionais. 2. É firme o entendimento desta Corte de que a suspensão do prazo de prescrição para tais indivíduos ocorre no momento em que se manifesta a sua incapacidade, sendo a sentença de interdição, para esse fim específico, meramente declaratória. 3. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento. (RESP – 1429309. Primeira Turma. Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. J. 26/06/2018. DJE DATA:08/08/2018).

Compulsando os autos, verifica-se que, conforme laudo médico pericial realizado pelo INSS em 15/02/2012 (Id 183186667 - Pág. 19), a demandante já era descrita como portadora de “quadro depressivo, alucinações visuais e auditivas, medos infundados, angústia e labilidade emocional”, além de “depressiva, apática, tendência ao mutismo, olhar vago, mímica pobre, um certo embotamento mental, lentidão de raciocínio e de movimentos (...) senso crítico e pragmatismo útil prejudicados. Acompanhada pela mãe”, tendo sido, portanto, recomendado pela autarquia a manutenção do benefício de aposentadoria por invalidez com “limite indefinido”.

Portanto, verifica-se que, já então, a autora apresentava incapacidade, fazendo jus ao acréscimo de 25% sobre o valor do benefício desde a data do requerimento administrativo, formulado em 15/02/2012 (Id 183186651 - Pág. 2).

Consectários legais - correção monetária e juros

A correção monetária e os juros de mora incidirão conforme a legislação de regência, observando-se os critérios preconizados pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Anote-se que recai sobre os débitos previdenciários o teor da súmula 148 do C.STJ: “Os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei nº 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nesse diploma legal”. (Terceira Seção, j. 07/12/1995)

Da mesma forma, aplica-se a súmula 8 deste E. Tribunal: “Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento”.

Assim, a incidência de correção monetária rege-se na forma da Lei n. 6.899, de 08/04/1981, e da legislação superveniente, conforme preconizado pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, consoante os precedentes do C. STF no julgamento do RE n. 870.947 e dos ED RE n. 870.947 (Tema 810), bem como do C. STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905), que definiram o INPC para os débitos previdenciários.

O percentual de juros de mora aplicável deve observar a norma do artigo 240 do CPC, correspondente ao artigo 219 do CPC de 1973, de modo que são devidos a partir da citação, à ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/02; após, à razão de 1% ao mês, por força do art. 406 do Código Civil; e, a partir da vigência da Lei n. 11.960, de 29/06/2009, que alterou o artigo 1º-F da Lei n. 9.494, de 10/09/1997, de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança, conforme definido pelo C. STF no RE n. 870.947 e nos ED RE n. 870.947 (Tema 810).

Ainda quanto aos juros, destaque-se que são devidos até a data da expedição do ofício precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV), conforme o Tema 96/STF, cristalizado pelo C. STF no julgamento do RE n. 579.431, observando-se, a partir de então, o teor da Súmula Vinculante n. 17/STF.

Por fim, registre-se que a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 113, ocorrida em 08/12/2021, há incidência do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), como único índice remuneratório até o efetivo pagamento, nos termos do disposto pelo seu artigo 3º, que estabelece que: “Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente”.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS E DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA*, para determinar a incidência do acréscimo de 25% sobre o valor da aposentadoria por invalidez a partir da data do requerimento administrativo (15/02/2012), nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LEILA PAIVA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5170479-57.2021.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelada: MARIA JOSE DA SILVA
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/03/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEI N. 13.135/2015. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO PAGO ADMINISTRATIVAMENTE PELO PERÍODO DE QUATRO MESES. UNIÃO ESTÁVEL SEGUIDA DE CASAMENTO COMPROVADA. PERÍODO DE CONVIVÊNCIA SUPERIOR A DOIS ANOS. VERBA HONORÁRIA.

- Em atenção ao princípio *tempus regit actum*, aplica-se, no tocante à concessão da pensão por morte, a lei vigente à época do fato que o originou, qual seja, a da data do óbito.
- São requisitos para a obtenção de pensão por morte: a condição de dependente e a qualidade de segurado do falecido (artigos 74 a 79 da Lei n. 8.213/1991).
- A dependência econômica da companheira é presumida, consoante o disposto no art. 16, § 4º, da Lei n. 8.213/1991, mas a existência da união estável deve ser comprovada.
- Ocorrido o óbito após a edição da Lei n. 13.135/2015, no que toca à duração do benefício concedido, deverá ser observado o disposto no artigo 77, § 2º da Lei de Benefícios que, para os cônjuges, companheiras e companheiros, estabelece regras diferenciadas levando em conta o número de contribuições recolhidas pelo segurado falecido, se superior ou inferior a 18 (dezoito) meses; a data do casamento ou do início da união estável, se anterior ou não a dois anos da ocasião do óbito, e a idade do dependente na data do fato gerador.
- Conjunto probatório apto a demonstrar a existência de união estável em período anterior ao casamento e pelo prazo preconizado pelo art. 77, §2º, V, b, da Lei n. 8.213/91, com a redação conferida pela Lei n. 13.135/2015.
- Demonstrado que o falecido verteu mais de 18 (dezoito) contribuições à Previdência Social, comprovada a convivência comum por prazo superior a dois anos, e, ainda, considerando que a beneficiária já contava mais de 44 (quarenta e quatro) anos na data do óbito do segurado, o benefício será vitalício (arts. 74 e 77, inciso V, alínea c, n. 6 da Lei n. 8.213/91). É devido o restabelecimento do benefício.
- Mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado, cujo percentual majoro para 12% (doze por cento) sobre a condenação, em razão da fase recursal, excluindo-se as prestações vencidas após a data da sentença, consoante Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85 do CPC.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença, não submetida a reexame necessário, que julgou procedente o pedido de concessão de pensão por morte à parte autora, desde 3/11/2017, acrescido dos consectários legais, antecipados os efeitos da tutela.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) alega, em síntese, que o pagamento administrativo da pensão, por apenas quatro meses, obedeceu ao disposto no art. 77, §2º, V, “b”, da Lei n. 8.213/91, com a redação incluída pela Lei n. 13.135/2015, porquanto não há comprovação da existência de união estável ou de casamento pelo período mínimo de dois anos. Aduz não estar demonstrada a união estável em período anterior ao casamento. Requer a reforma integral do julgado.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

Conheço do recurso em razão da satisfação de seus requisitos.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de pensão por morte, previsto nos artigos 74 a 79 da Lei n. 8.213/1991, cujo texto original, alterado diversas vezes ao longo dos anos, vigora atualmente com a redação dada pela Lei n. 13.846/2019.

No entanto, em atenção ao princípio *tempus regit actum*, aplica-se, no tocante à concessão desse benefício previdenciário, a lei vigente à época do fato que o originou, qual seja, a da data do óbito.

De toda forma, são requisitos para a obtenção de pensão por morte: a condição de dependente e a qualidade de segurado do falecido.

Segundo o artigo 26, I, da Lei n. 8.213/1991, a concessão do benefício independe do cumprimento de período de carência, conquanto sua duração possa variar conforme a quantidade de contribuições recolhidas pelo instituidor, como previsto no artigo 77 da mesma lei.

Quanto à condição de dependente do segurado, o artigo 16 da Lei n. 8.213/1991 estabelece o rol dos beneficiários, divididos em três classes, e indica as hipóteses em que a dependência econômica é presumida e aquelas em que esta deverá ser comprovada.

Especificamente sobre a companheira, apesar de sua dependência econômica ser presumida, consoante dispõe o artigo 16, § 4º, da Lei n. 8.213/1991, é preciso, antes, perquirir a existência de seu pressuposto: *a união estável*.

Desse modo, não basta a afirmação da qualidade de companheira na data do óbito; faz-se necessário provar essa condição para que possa valer a presunção mencionada no dispositivo legal.

Nesse sentido, cito julgado desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA.

- Em decorrência do cânone *tempus regit actum*, resultam aplicáveis ao caso os ditames da Lei nº 8.213/91 e modificações subsequentes até então havidas, reclamando-se, à outorga do

benefício de pensão por morte, a concomitância de dois pressupostos, tais sejam, ostentação pelo falecido de condição de segurado à época do passamento e a dependência econômica, figurando dispensada a comprovação de carência (artigo 26, inciso I, da Lei nº 8.213/91).

- Comprovada a união estável entre a autora e o segurado falecido, ao tempo do óbito, e sendo presumida sua dependência econômica, na qualidade de companheira, é devido o benefício de pensão por morte, a partir da data de entrada do requerimento administrativo.

- Verba honorária de sucumbência recursal majorada na forma do § 11 do art. 85 do NCPC.

- Antecipação de tutela concedida.

- Apelação do INSS parcialmente provida.”

(Proc. 5001766-09.2017.4.03.6104 – Rel. Des. Fed. Ana Pezarini, 9ª Turma, Publ.13/11/2018).

E não é só, com a edição da Medida Provisória n. 871/2019, publicada em 18/01/2019, posteriormente convertida na Lei n. 13.846/2019, *exige-se* início de prova material para comprovação de união estável, sendo insuficiente a prova exclusivamente testemunhal.

Antes dessa alteração legislativa, era possível, por construção jurisprudencial (Súmula n. 63 TNU), a comprovação da união estável por prova exclusivamente testemunhal, porque semelhante disposição até então não havia.

É o que colhe expressamente do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça (g. n.):

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior tem prestigiado o entendimento de que, antes da Lei n. 13.846/2019, a legislação previdenciária *não exigia* início de prova material para a comprovação de união estável, para efeito de concessão de pensão por morte, considerando suficiente a apresentação de prova testemunhal, *por não ser dado ao julgador adotar restrições não impostas pelo legislador*.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem, pautado no conjunto probatório dos autos, considerou indevida a concessão de pensão por morte, tendo em vista a falta de comprovação da união estável, até mesmo pela prova testemunhal, cuja inversão do julgado demandaria o reexame de prova, inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

3. Agravo interno desprovido.” (AgInt no REsp 1854823 / SP, AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2019/0382572-0, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA - T1 - PRIMEIRA TURMA, Data da Publicação/Fonte DJe 17/12/2020)

No tocante à *duração* do benefício concedido, ocorrido o óbito após a edição da Lei n. 13.135/2015, deverá ser observada norma inserta no artigo 77, § 2º, da Lei de Benefícios, a qual, para os cônjuges, companheiras e companheiros, estabelece regras diferenciadas levando em conta: (i) o número de contribuições recolhidas pelo segurado falecido, se superior ou inferior a 18 (dezoito) meses; (ii) a data do casamento ou do início da união estável, se anterior ou não a dois anos da ocasião do óbito; (iii) a idade do dependente na data do fato gerador.

No caso, o óbito ocorreu em 03/06/2017.

Consoante se infere do extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), a parte autora obteve, administrativamente, o benefício de pensão por morte de seu marido.

A cessação do benefício, após a quitação de quatro parcelas, decorreu da ausência de comprovação de casamento ou união estável pelo período mínimo de 2 (*dois*) anos.

De fato, a certidão de casamento comprova que a autora e o falecido casaram-se em 24 de janeiro de 2017, menos de dois anos antes do óbito do instituidor.

O ponto controvertido, dessa forma, refere-se à comprovação da união estável em período anterior ao casamento e pelo prazo preconizado pelo art. 77, §2º, V, b, da Lei n. 8.213/1991, com a redação conferida pela Lei n. 13.135/2015.

Na hipótese, há nos autos conjunto probatório apto a demonstrar que a autora e o falecido viveram juntos, em união estável por mais de dois anos antes de acabarem convertendo a união em casamento em janeiro de 2017.

Nesse sentido, as provas materiais apresentadas, especialmente as fichas de atendimento ambulatorial do segurado falecido, datadas de 29/10/2014 e 23/10/2015, nas quais consta como endereço do paciente o mesmo endereço em que o casal residia na época do óbito, e foram assinadas pela requerente na condição de responsável, somadas aos depoimentos das testemunhas, que de forma plausível e verossímil confirmaram o longo relacionamento, comprovam a convivência pública, contínua e duradoura em período anterior ao casamento.

Ademais, efetivado o recolhimento à Previdência Social de mais de 18 (dezoito) contribuições, demonstrada a convivência comum por prazo superior a dois anos e, ainda, considerada a idade da beneficiária - de 44 (quarenta e quatro) anos na data do óbito do segurado -, o benefício *será vitalício* (arts. 74 e 77, inciso V, alínea c, n. 6 da Lei n. 8.213/1991).

Em decorrência, impõe-se o restabelecimento do benefício, desde a data da cessação.

Fica mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado, cujo percentual majoro para 12% (doze por cento) sobre a condenação, em razão da fase recursal, excluindo-se as prestações vencidas após a data da sentença, consoante Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85 do CPC.

Diante do exposto, nego *provimento* à apelação do INSS.

É como voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

Direito Processual Civil



AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL

0026558-95.2015.4.03.6100

Agravante: TELEFONICA BRASIL S.A
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: TELEFONICA BRASIL S.A
Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 11/03/2022

EMENTA

AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. ART. 1.030, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JULGADO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO FIRMADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMAS 339 E 660 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 748.371/MT, submetido à sistemática da Repercussão Geral (tema 660), pacificou o entendimento de que a controvérsia envolvendo a violação aos princípios do devido processo legal, dos limites da coisa julgada, do contraditório e da ampla defesa, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação da legislação ordinária, é questão despida de repercussão geral, por ostentar natureza infraconstitucional.
2. Quanto à matéria objeto do AI 791.292/PE (tema 339), o STF reconheceu a repercussão geral da questão e reafirmou sua jurisprudência no sentido de que o princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais se contenta com a existência de motivação (ainda que sucinta) na decisão, de modo que não se demanda o exame aprofundado de cada uma das alegações.
3. O acórdão impugnado encontra-se devidamente fundamentado, com apreciação das questões necessárias à solução da lide.
4. A agravante não traz nenhum fundamento novo capaz de alterar o entendimento firmado.
5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Desembargadora Federal Vice-Presidente CONSUELO YOSHIDA (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, NINO TOLDO, INÊS VIRGÍNIA, VALDECI DOS SANTOS, CARLOS DELGADO, NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA e CARLOS MUTA.

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, NERY JÚNIOR e PAULO DOMINGUES. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo contribuinte contra decisão desta Vice-Previdência que negou seguimento ao recurso extraordinário quanto às matérias decididas pelo Supremo Tribunal Federal, sob a égide paradigmática, nos temas 660 e 339, e não o admitiu com relação às demais questões.

A parte recorrente pugna pela reforma da decisão, em síntese sob os seguintes argumentos: (i) “o v. acórdão recorrido não teve a mínima fundamentação, para negar provimento ao Recurso de Apelação interposto pela Agravante”; (ii) “Patente, pois, a violação direta aos postulados do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, inafastabilidade do Poder Judiciário e fundamentação das decisões judiciais”.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

O agravo interno não merece prosperar.

Insurge-se a agravante contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário quanto às matérias decididas pelo Supremo Tribunal Federal, sob a égide paradigmática, nos temas 660 e 339, e não o admitiu com relação às demais questões.

O acórdão da turma julgadora, contra o qual a ora agravante interpôs recurso excepcional, está assim ementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA 69/STF. INAPLICABILIDADE.

1. A questão atinente à pretensão de descontar créditos sobre os valores de ICMS-Substituição, os quais compõem o custo de aquisição de mercadorias para posterior revenda, na apuração da contribuição ao PIS e à COFINS, encontra forte hostilidade junto à sólida jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, onde restou lá assentado que “não tem direito o contribuinte ao creditamento, no âmbito do regime não cumulativo do PIS e COFINS, dos valores que, na condição de substituído tributário, paga ao contribuinte substituto a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-substituição. Precedentes: REsp. n. 1.456.648 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02.06.2016; REsp. n. 1.461.802 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22.09.2016.” - AgInt nos EDcl no REsp 1.462.346/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017.

2. No mesmo sentido, STJ, AgInt no REsp 1.417.857/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, j. 21/09/2017, DJe 28/09/2017 e AgInt no REsp 1.628.142/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017; TRF - 1ª Região, AMS 0007024-70.2013.4.01.3812, Relator Desembargador Federal, NOVÉLY VILANOVA, Oitava Turma, j. 25/06/2018, e-DJF1 03/08/2018; e TRF 4ª - Região, AC

5008313-27.2017.4.04.7110/RS, Relator Juiz Federal convocado ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, Primeira Turma, j. 14/11/2018.

3. Apelação a que se nega provimento.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pelo órgão fracionário.

Como mencionado na decisão desta Vice-Presidência que negou seguimento ao referido recurso excepcional, a matéria relativa aos princípios do devido processo legal, dos limites da coisa julgada, do contraditório e da ampla defesa já foi decidida pela Corte Suprema no *ARE 748.371, Tema 660*, da Repercussão Geral. O acórdão paradigma está assim ementado:

Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.

(STF, ARE n.º 748.371 RG, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013) (destaque nosso).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento supracitado, pacificou o entendimento de que a controvérsia envolvendo a violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação da legislação ordinária, é questão despida de repercussão geral, por ostentar natureza infraconstitucional.

No caso concreto, faz-se necessária a prévia análise da adequada aplicação de normas infraconstitucionais para verificação de eventual violação aos princípios constitucionais mencionados.

Desse modo, deve ser mantida a negativa de seguimento ao recurso excepcional, por força do art. 1030, I, “a”, do Código de Processo Civil, considerando o caráter infraconstitucional da matéria revolvida no recurso, bem como a manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inexistência de repercussão geral.

Quanto à matéria objeto do *AI 791.292/PE (tema 339)*, o Pretório Excelso reconheceu a repercussão geral da questão e reafirmou sua jurisprudência no sentido de que o princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais se contenta com a existência de motivação, ainda que sucinta, na decisão, pois não se demanda o exame aprofundado de cada uma das alegações, consoante ementa a seguir transcrita:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º).

2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência.

3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.

(STF, AI n.º 791.292 QO-RG, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118) (destaque nosso)

Na hipótese dos autos, o acórdão impugnado encontra-se devidamente fundamentado, com apreciação das questões necessárias à solução da lide, de modo que inexistem as máculas apontadas pela recorrente.

O STF tem reiteradamente asseverado que *as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões*, bem como que *A fundamentação pode, inclusive, ser realizada de forma sucinta* (ARE 1263511 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 28/09/2020, publicado em 02/10/2020).

A parte agravante não traz nenhum fundamento novo capaz de alterar o entendimento firmado.

Ressalte-se, ainda, não ser admitida a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal de origem verificar tão somente a adequação entre o julgado recorrido e o acórdão representativo de controvérsia, *“isso porque foi opção do legislador dar a máxima efetividade à sistemática dos recursos repetitivos, atribuindo, aos Tribunais estaduais e regionais, em caráter exclusivo e definitivo, a competência para proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente abstrato formado no recurso paradigma”* (Pet 011999, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data da Publicação 27/06/2017).

Em face do exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5005890-80.2018.4.03.6110

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, CAFÉ NOVO SABOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA - ME

Apelada: CAMILA MACHADO SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Disponibilização do Acórdão: DJEN 29/03/2022

EMENTA

DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA “BENDITA CAFEÍNA”. OPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA INTEMPESTIVA. DIREITO À APRECIACÃO JUDICIAL DA VALIDADE DA MARCA. MARCA CRIADA E UTILIZADA PELA AUTORA. RÉ QUE REQUEREU E OBTEVE REGISTRO DA MARCA. NULIDADE. HONORÁRIOS RECURSAIS.

1. Pretende a parte autora a anulação do registro da marca “Bendita Cafeína”, de titularidade da requerida, ao argumento de que fazia uso dessa expressão anteriormente como marca. Em reconvenção, pretende a requerida-reconvinte a condenação da autora a abster-se de fazer uso da marca e ao pagamento de indenização pelo uso indevido e por litigância de má-fé.
2. Em se tratando de discussão acerca de vício inerente ao próprio processo de registro, deve a autarquia figurar no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário, e de assistente especial (intervenção *sui generis*) no caso em que se debate vício intrínseco ao objeto do registro. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.
3. Não se conhece do pedido do INPI de afastamento de sua condenação em honorários advocatícios, uma vez que não houve tal condenação em sentença.
4. O fato de a autora ter apresentado intempestivamente oposição administrativa ao pedido de registro de marca formulado pela requerida, na forma do artigo 158 da Lei nº 9.279/96, por si só, não afasta o seu direito de pleitear judicialmente a anulação do registro concedido à demandada. A consequência legalmente prevista dessa ausência de oposição é tão somente o prosseguimento da análise do requerimento pelo INPI, e não a convalidação de eventual ilegalidade quanto ao objeto do pedido. Precedente desta Corte.
5. O direito marcário visa tutelar as criações de elementos originais que identificam um determinado produto ou serviço, e não a esperteza de quem constata a existência de uma marca não registrada e procura obter o seu registro antes do seu verdadeiro criador.
6. Demonstrado nos autos que a autora fazia uso da marca “Bendita Cafeína Coffee Shop” de boa-fé, há mais de seis meses antes do pedido de registro da marca “Bendita Cafeína” pela requerida, correta a decisão de anulação dos registros concedidos à demandada, com fundamento no artigo 129, § 1º da Lei nº 9.279/96.
7. Honorários advocatícios devidos pela apelante Café Novo Sabor majorados para 12% do valor atualizado da reconvenção, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/2015.
8. Apelação do INPI parcialmente conhecida e, nessa extensão, provida para reconhecer a sua posição processual de assistente especial da requerida.
9. Apelação da ré não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente e, nessa extensão, deu provimento à apelação do INPI para reconhecer a sua posição processual de assistente especial da requerida e negou provimento à apelação da ré, majorando os honorários advocatícios devidos pela apelante reconvinde para 12% do valor atualizado da reconvenção, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas pelo *INPI* e por *CAFÉ NOVO SABOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA - ME* contra sentença proferida em ação pelo procedimento comum movida por *CAMILA MACHADO SILVA - ME* objetivando a anulação de registro de marca.

Narra a microempresária autora em sua inicial que registrou seus atos constitutivos na JUCESP e na Receita Federal em 15/11/2015, consignando que fazia uso do nome fantasia “Bendita Cafeína Coffee Shop”, fazendo uso desse nome para estampar carrinhos de venda de café e bebidas derivadas em shoppings centers. Diz que, em fevereiro de 2017, abriu sua primeira loja física, também se valendo desse nome.

Afirma que participou de um evento, em data que não se recorda, no qual foi abordada por um representante da requerida Café Novo Sabor, que se mostrou interessadíssimo nas ideias da autora e propôs, sem maiores cerimônias, uma parceria ou sociedade, o que foi de pronto recusado pela requerente.

Diz que, por não contar com um robusto assessoramento técnico-jurídico, só veio a requerer o registro da marca “Bendita Cafeína” junto ao INPI em 01/11/2016, vindo a ser surpreendida pela constatação de que a ré Café Novo Sabor já havia requerido o registro da marca em 12/04/2016 e 18/10/2016 (ID 193012535).

Indeferido o pedido de tutela de urgência (ID 193012819).

Contra a decisão foi interposto agravo de instrumento pela autora, no qual indeferi o pedido de antecipação da tutela recursal (ID 193012825).

Contestações pelo *INPI* e pela ré *CAFÉ NOVO SABOR* (ID 193012826 e 193012837).

A ré *CAFÉ NOVO SABOR* propôs reconvenção em face da autora, com pedido de abstenção de uso, pela requerente, da marca “Bendita Cafeína” e condenação da demandante ao pagamento de indenização pelo uso indevido da marca e de multa por litigância de má-fé (ID 193012837).

Contestação à reconvenção pela autora-reconvinda (ID 193012853).

A E. Primeira Turma deste Tribunal negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela autora, em acórdão de minha Relatoria (ID 193012883).

Em sentença datada de 04/05/2020, o Juízo de Origem rejeitou o pedido reconvitório e acolheu o pedido autoral para anular o registro da marca “Bendita Cafeína”, condenando a ré *CAFÉ NOVO SABOR* a se abster de utilizar a marca. Deixou de condenar os réus em honorários advocatícios por entender que não deram causa à propositura da demanda, uma vez que a celeuma poderia ter sido resolvida na via administrativa se a autora tivesse manifestado tempestivamente (ID 193012905).

Embargos de declaração opostos pela ré foram rejeitados e aclaratórios opostos pela autora foram acolhidos para condenar a requerida em honorários sucumbenciais relativos à reconvenção, fixados em 10% sobre o valor atualizado ali postulado (ID 193012910, 193012912 e 193012922).

O INPI apela requerendo que seja reconhecida sua posição processual de assistente especial. No mérito, pede o julgamento de improcedência do pedido autoral, sustentando, em síntese, que não houve prova efetiva de que a autora utilizava o nome empresarial “Bendita Caféina” antes do pedido de registro formulado pela ré (ID 193012913).

A ré *CAFÉ NOVO SABOR* apela para ver acolhido o seu pedido reconvitório, sustentando, em síntese, que a autora manifestou-se intempestivamente nos processos administrativos do INPI, que não houve prova da alegada utilização anterior da marca (ID 193012927).

Contrarrazões pela parte autora (ID 193012936).

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

Do caso dos autos

Pretende a parte autora a anulação do registro da marca “Bendita Caféina”, de titularidade da requerida, ao argumento de que fazia uso dessa expressão anteriormente como marca. Em reconvenção, pretende a requerida-reconvinte a condenação da autora a abster-se de fazer uso da marca e ao pagamento de indenização pelo uso indevido e por litigância de má-fé.

Passo a analisar topicamente os temas trazidos a julgamento.

Da posição processual do INPI

No que se refere à apelação do INPI, tenho que assiste razão à autarquia ao pleitear o reconhecimento de que figurou na causa como assistente especial da ré, e não como requerida.

No caso dos autos, por se tratar de ação anulatória de registro da qual o INPI não é autor, sua intervenção no feito ocorre *ex lege*, por expressa previsão do art. 175 da Lei nº 9.279/96:

Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

§ 1º O prazo para resposta do réu titular do registro será de 60 (sessenta) dias.

§ 2º Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros.

A Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento de que, em se tratando de discussão acerca de vício inerente ao próprio processo de registro, deve a autarquia figurar no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário, e de assistente especial (intervenção *sui generis*) no caso em que se debate vício intrínseco ao objeto do registro.

Em outras palavras, versando a discussão sobre vício intrínseco de registro de marca (e não extrínseco), o INPI atuou no feito por imposição legal para preservação do interesse público, que pode ou não coincidir com os interesses das partes.

Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO MARCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRETENSÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. ATUAÇÃO OBRIGATÓRIA DO INPI. ART. 175 DA LEI 9.279/96. POSIÇÃO PROCESSUAL. QUALIDADE DA INTERVENÇÃO. CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO. LITISCONSORTE PASSIVO OU ASSISTENTE ESPECIAL (INTERVENÇÃO *SUI GENERIS*). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS PELA ATUAÇÃO COMO ASSISTENTE ESPECIAL.

1. O art. 175 da Lei n. 9.279/96 prevê que, na ação de nulidade do registro de marca, o INPI, quando não for autor, intervirá obrigatoriamente no feito, sob pena de nulidade, sendo que a definição da qualidade dessa intervenção perpassa pela análise da causa de pedir da ação de nulidade.

2. O intuito da norma, ao prever a intervenção da autarquia, foi, para além do interesse dos particulares (em regra, patrimonial), o de preservar o interesse público, impessoal, representado pelo INPI na execução, fiscalização e regulação da propriedade industrial.

3. No momento em que é chamado a intervir no feito em razão de vício inerente ao próprio registro, a autarquia federal deve ser citada na condição de litisconsórcio passivo necessário.

4. *Se a causa de pedir da anulatória for a desconstituição da própria marca, algum defeito intrínseco do bem incorpóreo, não havendo questionamento sobre o vício do processo administrativo de registro propriamente dito, o INPI intervirá como assistente especial, numa intervenção sui generis, em atuação muito similar ao amicus curiae, com presunção absoluta de interesse na causa.*

5. No tocante aos honorários, não sendo autor nem litisconsorte passivo, mas atuando na condição da intervenção *sui generis*, não deverá o INPI responder pelos honorários advocatícios, assim como ocorre com o assistente simples.

6. Recurso especial provido.

(STJ, REsp nº 1.264.644/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 09/08/2016). (destaquei).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE RAZÕES RECURSAIS. NÃO CONHECIMENTO. NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS DESNECESSÁRIAS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DESENHO INDUSTRIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO. PREEXISTÊNCIA DE OBJETOS VISUALMENTE SEMELHANTES AO OBJETO DO DESENHO INDUSTRIAL. AUSÊNCIA DE NOVIDADE E ORIGINALIDADE. NULIDADE DO REGISTRO. INTERVENÇÃO DO INPI NO FEITO. ASSISTENTE SIMPLES. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. DESCABIMENTO. APELAÇÕES NÃO CONHECIDA, NÃO PROVIDA E PROVIDA.

1. Muito embora tenha constado do recurso de apelação “Sérgio de Souza Vinagre e Outro”, a denotar que o apelo foi manejado tanto pelo corréu pessoa física quanto por Sérgio de Souza Vinagre-EPP, verifica-se que a pessoa jurídica em comento foi excluída da lide por ilegitimidade passiva e que o recurso versa, exclusivamente, sobre as condenações impostas ao outro correquerido. Sendo assim, não conheço do recurso de apelação interposto por Sérgio de Souza Vinagre-EPP, por absoluta ausência de razões recursais.

2. Afastada a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que o Juízo Sentenciante formou o seu convencimento com base nos elementos probatórios coligidos aos autos, sem necessidade de produção de outras provas, como se verá quando da análise do mérito, não se verificando qualquer prejuízo processual à coapelante em decorrência da ausência de oportunidade para produção de prova pericial.

3. São requisitos para a registrabilidade do desenho industrial a novidade, decorrente do fato de não estar o registro compreendido no estado da técnica, e a originalidade, assim enten-

dida a distinção da configuração visual do desenho com relação a outros objetos anteriores. Inteligência dos art. 95, 96, *caput*, e 97, *caput*, da Lei nº 9.279/96.

4. Os elementos dos autos permitem concluir pela existência, antes do depósito do pedido de registro pelo corréu Sérgio, de outras esporas visualmente semelhantes ao desenho industrial apresentado por esta parte ao INPI. Daí porque correta a sentença ao declarar a nulidade do registro de desenho industrial em comento.

5. A determinação judicial de que o corréu Sérgio se abstenha do uso do registro industrial em questão não impediu a parte de continuar a fabricar e comercializar esporas, como alega o coapelante, mas determinou que se abstivesse do uso do registro de desenho industrial, o que é bastante diverso, sendo certo que a vedação diz com o exercício de poderes e faculdades inerentes ao suposto direito de propriedade industrial que adviria ao autor do registro de desenho industrial que foi anulado nestes autos.

6. A Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento de que, *em se tratando de discussão acerca de vício inerente ao próprio processo de registro, deve a autarquia figurar no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário, e de assistente especial (intervenção sui generis) no caso em que se debate vício intrínseco ao objeto do registro.*

7. No caso dos autos, a parte autora intentou a presente demanda objetivando a anulação de registro de desenho industrial por entender que o objeto não é registrável, tratando-se, portanto, de vício intrínseco, hipótese em que o INPI intervém no feito na qualidade de assistente especial, uma vez que não deu causa à propositura da ação, mas, de modo diverso, atua no feito por imposição legal para preservação do interesse público, que pode ou não coincidir com os interesses das partes. Afastada, portanto, sua condenação em honorários advocatícios sucumbenciais.

8. Apelação de Sérgio de Souza Vinagre-EPP não conhecida.

9. Apelação de Sérgio de Souza Vinagre não provida.

10. Apelação do INPI provida.

(TRF da 3ª Região, Apelação Cível nº 0002755-29.2005.4.03.6102/SP, Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy, Primeira Turma, e-DJF3: 10/10/2018) (destaquei).

No caso concreto, reconheceu-se a nulidade do registro de titularidade da requerida por vício intrínseco, a saber: a colidência do objeto do registro com outro, de titularidade da requerida.

Forçoso reconhecer, portanto, que a atuação do INPI no feito se deu *ex lege*, vindo a autarquia a se manifestar favoravelmente à ré por entender que essa seria a solução jurídica mais correta ao caso, o que lhe é permitido fazer em prol do interesse público.

Da suposta condenação do INPI em honorários advocatícios

Não conheço do pedido do INPI de afastamento de sua condenação em honorários advocatícios, uma vez que não houve tal condenação em sentença.

A única parte condenada em honorários foi a ré Café Novo Sabor, em razão de sua sucumbência na reconvenção. Na ação principal, entendeu o Juízo que a própria autora é quem teria dado causa à demanda ao se opor intempestivamente, na via administrativa, aos pedidos de registro formulados pela ré.

Do mérito da causa

Para melhor compreensão da discussão aqui posta, transcrevo o seguinte trecho da fundamentação adotada em sentença (ID 193012905):

“(…)

É incontroverso que o pedido de registro da marca “Bendita Caféina” junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI pelo requerido Café Novo Sabor Indústria e Comércio Ltda. foi feito primeiro, no processo n. 910891532 em 12/04/2016 (ID 13193528), em relação ao pedido

feito pela autora Camila Machado Silva, processo n. 911857630, em 01/11/2016 (ID 13193509). Após regular tramitação do procedimento administrativo perante o INPI, em 16/10/2018 foi concedido o registro da marca ao requerido.

A questão controversa nos autos refere-se à alegação de anterioridade do uso pela autora, o que lhe assegura o direito de precedência de registro, assunto não analisado no bojo do procedimento administrativo por nele a requerente ter se manifestado intempestivamente.

Ao tratar dos direitos sobre a marca a Lei n. 9.279/96, que versa sobre direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, dispõe:

(...)

Diante de expressa previsão legal assegurando o direito de precedência ao registro a quem, de boa-fé, esteja usando marca idêntica ou semelhante há pelo menos 6 meses antes da data do pedido de concessão da marca, mister analisar as provas produzidas nos autos.

Além do registro da marca na Junta Comercial e na Receita Federal (ID 13190963) em 15/11/2015, sendo criada a pessoa jurídica com o nome de sua responsável legal, Camila Machado Silva, e com a denominação comercial de BENDITA CAFEÍNA COFFEE SHOP, verifica-se do conjunto probatório a utilização de boa-fé da marca em outras ocasiões, compreendidas no período de até 6 meses antes de 12/04/2016:

Foto de 19/12/2015 nas redes sociais (fl. 3 do ID 13190519) traz o carrinho de café com a marca “Bendita Cafeína” bem estampada.

O domínio “benditacafeína.com” foi registrado no site “UOLHOST” em 28/10/2015 (ID 13193534 – fl. 9).

O domínio “benditacafeína.com.br” foi registrado no site “registro.br” em 28/10/2015 (ID 13193534 – fl. 10).

As fotos em redes sociais também comprovam o uso da marca pela Requerente, com o usuário “Bendita Cafeína Coffee Shop” no Facebook em 29/10/2015, 10/11/2015, 03/12/2015, 19/12/2015 (ID 13193534 – fls. 11/14).

Por conseguinte, reconheço o direito de registro da marca “Bendita Cafeína” à autora Camila Machado Silva, eis que esteve comprovado nos autos que a marca, de sua criação, era por ela utilizada de boa-fé nos seis meses anteriores ao pedido de registro formulado pelo requerido ao INPI.

Rejeito a condenação do requerido ao pagamento de indenização sugerida em R\$100.000,00, eis que seu pedido de registro da marca para si, mesmo sabendo que criada e utilizada por outrem, em que pese possa ser considerada imoral, não é ilegal. Ante a desídia da autora em proceder ao registro da marca perante o INPI, qualquer pessoa teria o direito de requerer a concessão.

(...)”.

Contra a decisão insurge-se a autora-reconvinte, sustentando (i) que os áudios trazidos aos autos pela autora seriam ilegais, porque frutos de uma gravação unilateral, não consensual e premeditada, (ii) que a autora apresentou oposições aos pedidos de registro intempestivamente, (iii) que o documento de situação cadastral junto à Receita Federal é posterior aos pedidos de registro e, portanto, a autora pode ter modificado para fazer constar o nome empresarial “Bendia Cafeína” e (iv) que não há prova do uso da marca “Bendita Cafeína” no período anterior a 12/10/2015 (ID 193012927).

Da licitude das gravações unilaterais juntadas aos autos

Muito embora o Juízo Sentenciante não tenha se valido do teor da gravação mencionada pelo apelante, registro que é pacífico na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é lícita a gravação de conversa por um de seus interlocutores, ainda que sem o conhecimento dos demais, como exemplifica o seguinte precedente:

“EMENTA: ELEITORAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPRA DE VOTOS. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. SÚMULA 279 DO STF.

I. - *A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.* Precedentes.

II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF.

III - Ausência de novos argumentos.

IV - Agravo regimental improvido” (destaquei).

(STF, AI nº 666.459/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 06/11/2007).

Embora alegue a apelante que tal gravação teria sido premeditada, não há nenhuma prova dessa alegação. Tampouco a parte se contrapõe ao teor dos diálogos gravados ou explica em qual(is) trecho(s) eles não corresponderiam à verdade dos fatos.

Mais adiante tratarei, ainda que brevemente, do teor dessas conversas.

Da apresentação intempestiva de oposição administrativa

Dito isso, consigno que o fato de a autora ter apresentado intempestivamente oposição administrativa ao pedido de registro de marca formulado pela requerida, na forma do artigo 158 da Lei nº 9.279/96, por si só, não afasta o seu direito de pleitear judicialmente a anulação do registro concedido à demandada.

A consequência legalmente prevista dessa ausência de oposição - ou do seu manejo intempestivo - é tão somente o prosseguimento da análise do requerimento pelo INPI, e não a convalidação de eventual ilegalidade quanto ao objeto do pedido.

Decidir de modo diverso - pela impossibilidade de demonstração, em âmbito judicial, da nulidade do registro de marca alegada pela autora - importaria em verdadeira negativa de jurisdição, em violação à garantia de acesso ao Judiciário prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Neste sentido já decidiu esta Corte:

“DIREITO EMPRESARIAL. MARCAS. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO OBSTA A APRECIÇÃO JUDICIAL DO PEDIDO DE NULIDADE. PRODUTOS IDÊNTICOS. SEMELHANÇA ENTRE OS ELEMENTOS NOMINATIVOS. POSSIBILIDADE DE CONFUSÃO OU ASSOCIAÇÃO. ART. 124, XIX, DA LPI. HONORÁRIOS RECURSAIS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Pretende a parte autora, titular dos registros das marcas “Aeroteto” e “Aeromax”, a declaração de nulidade de marca de titularidade da ré, “Aeropoli”, todas destinadas a identificar um tipo de cobertura metálica que tem a funcionalidade de abrir e fechar.

2. *O fato de a autora não ter apresentado oposição administrativa ao pedido de registro de marca formulado pela requerida, na forma do artigo 158 da Lei nº 9.279/96, por si só, não afasta o seu direito de pleitear judicialmente a anulação do registro concedido à demandada. A consequência legalmente prevista dessa ausência de oposição é tão somente o prosseguimento da análise do requerimento pelo INPI, e não a convalidação de eventual ilegalidade quanto ao objeto do pedido.*

3. Presente hipótese legal de nulidade da marca conferida à ré, possível sua anulação judicial, ainda que não tenha a parte interessada apresentado oposição administrativa ao requerimento.

4. A marca da requerida, “Aeropoli”, é posterior às marcas de titularidade da autora, designa produto idêntico e tem clara semelhança gráfica e fonética com os elementos nominativos das marcas da autora, “Aeroteto” e “Aeromax”, tudo a evidenciar a possibilidade de confusão ou associação entre marcas pelo público consumidor, sendo correta, portanto, a anulação da marca da demandada com fundamento no artigo 124, inciso XIX da Lei nº 9.279/96.

5. Deixa-se de aplicar a regra prevista no § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a sentença foi proferida antes de 18 de março de 2016 (art. 14 do CPC/2015 e Enunciado Administrativo nº 7/STJ).

6. Apelação não provida”.

(TRF da 3ª Região, Apelação Cível nº 0004250-70.2012.4.03.6100/SP, Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy, Primeira Turma, julgamento em 15/04/2021, DJEN: 20/04/2021).

Daí porque não pode prosperar a argumentação recursal de que a norma contida no inciso XIX do artigo 124 da LPI prevê a impossibilidade do registro da marca, mas não a anulação deste registro, quando concedido. Não há direito adquirido à manutenção de registro de marca ilegalmente concedido.

Da nulidade do registro das marcas de titularidade da requerida

Como visto até aqui, o Juízo de Origem reputou demonstrado o uso anterior, de boa-fé, da marca “Bendita Caféina” pela autora, vindo a decidir pela anulação dos registros da requerida com fundamento no artigo 129, parágrafo único, da Lei nº 9.279/96, que assim dispõe:

“Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148. § 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

§ 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento”.

Com efeito, a apelante tem razão ao alegar que alguns dos documentos mencionados em sentença são posteriores ao pedido de registro formulado pela requerida.

Nada obstante, há outros que demonstram, inequivocamente, que a autora fazia uso da marca “Bendita Caféina” em datas anteriores. Dentre eles, destaco:

- documento intitulado “Instrumento particular de participação do direito de uso de área em evento”, firmado em 21/06/2016, relativo à participação da autora no evento “12º AT! Bazar”, com uso do nome fantasia “Bendita Caféina Coffee Shop” (ID 193012549);

- documento intitulado “Contrato de parceria WBAZAR”, firmado em 02/11/2016, relativo a evento no qual a autora participaria com o seu “food truck” (ID 193012550);

Destaco que em todos esses documentos consta que a autora faria uso do nome fantasia “Bendita Caféina Coffee Shop”.

Além disso, há fotografias nos autos que revelam que o modelo de negócio explorado pela autora consiste no fornecimento de café, outras bebidas e doces expostos sobre uma bicicleta, com o logotipo “Bendita Caféina” (ID 193012567, 193012568 e 193012569).

Em que pese essas fotografias não sejam datadas, há nos autos um documento que comprova a compra de um veículo descrito como “triciclo food trike dianteiro”, equipado com

um “ombrellone - guarda-sol”, em 22/10/2015, pelo preço de R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais) (ID 193012546).

Ao que tudo indica, trata-se da bicicleta utilizada pela autora para venda de seus produtos.

Oportuno destacar, ainda, que a autora alegou em sua inicial que fazia uso da referida marca anteriormente, que veio a conhecer um dos representantes da ré em um evento e que foi assim que a demandada teve ciência da existência da marca, vindo a requerer seu registro posteriormente.

Essa narrativa jamais foi impugnada pela ré nesses autos, uma vez que a parte se limitou a afirmar, em contestação/reconvenção, que “(a)ntes de realizar os pedidos, a Requerida fez um trabalho extremamente cuidadoso de pesquisa para verificar se haveria alguma marca que fosse considerada como óbice para a concessão dos registros” (ID 193012837 - pág. 04).

Na verdade, entendo que há elementos que comprovam a tese fática trazida pela requerente, dentre os quais destaco:

- diálogo havido entre a autora e pessoa que se identificou como “Alessandro da Bendita Cafeína”, por meio do aplicativo de mensagens “Whatsapp”. Em síntese, o interlocutor pede à autora que não mais utilize a marca “Bendita Cafeína”. Chama a atenção o trecho em que a autora afirma textualmente “(e)u tenho como provar que uso antes o nome”, assertiva que o interlocutor não questiona (ID 193012803);

- diálogo havido entre a autora, terceira pessoa (provavelmente o marido da microempresária autora) e um representante da ré, de prenome Alessandro, gravado unilateralmente pela requerente.

Embora não esteja claro quem são os demais participantes, não há dúvida de que um deles é representante da requerida. A existência do encontro e o teor da conversa não foram impugnados pela demandada, como visto até aqui (ID 193012895/193012900).

Sobre esse diálogo, destaco os seguintes pontos relevantes para o deslinde da causa:

i. O momento em que a autora diz que Alessandro tomou o caminho errado para propor uma parceria com a autora, ao que Alessandro responde que “o mundo dos negócios não é fácil” e que pretende ganhar metade dos ganhos da empresa autora “daqui pra frente”, sem participar dos ganhos que a requerente já havia obtido;

ii. O momento em que Alessandro diz que “apesar de tudo o que aconteceu”, pretende ser parceiro da autora;

iii. O momento em que o terceiro pergunta a Alessandro o que ele teria para “agregar” ao negócio, ao que Alessandro responde: “a marca”, e a autora rebate dizendo que a marca é dela e ela tem como provar isso. Alessandro explica com um exemplo: registrou a marca “Oficial” para mais de mil produtos e serviços, cada um com uma classe NCL diferente. Ao final, pergunta em qual classe a autora quer discutir o registro da marca;

iv. O momento em que a autora diz que, quando conheceu Alessandro, já tinha uma “bike”, que está concretizando os seus planos em relação à marca, e que os seus planos estão sendo dificultados pelas coisas que Alessandro está fazendo;

v. O momento em que a autora e o terceiro dizem que Alessandro os conheceu “naquele evento, no Vila Sansu”, apertou as mãos de ambos, deu seu cartão, convidou-os para conhecer a sua torrefação e disse que eles poderiam ser parceiros. A autora e o terceiro dizem que ficaram muito felizes naquele dia, mas que essa confiança foi quebrada pela conduta de Alessandro. Alessandro responde que vislumbrou essa marca e a vendeu, e que a autora e o terceiro em nenhum momento pensaram em fazer isso. A autora diz que criou a marca.

Alessandro não contesta. A autora diz que foi procurada inúmeras vezes para franquear a marca e nunca teve interesse.

De uma análise sistemática dos elementos probatórios constantes dos autos, concluo o seguinte: a autora fazia uso da marca “Bendita Cafeína Coffee Shop” desde data não especificada nos autos, mas certamente anterior ao primeiro pedido de registro de marca formulado pela autora (12/04/2016).

Algum representante da ré veio a saber da existência dessa marca e requereu seu registro junto ao INPI, vindo a obtê-lo.

O INPI rejeitou a oposição administrativa apresentada pela autora em razão de sua intempestividade.

A requerida passou a procurar a autora, primeiramente, para que ela deixasse de fazer uso da marca e, depois, para propor uma parceria.

Pois bem.

Naturalmente, não se olvida da existência de entendimento jurisprudencial no sentido de que o registro de marca conferido pelo INPI é de natureza constitutiva e que, com isto, se tem por regra a concessão do registro àquele que primeiro o requerer.

Nada obstante, isto não se presta a legitimar a atividade daquele que, tomando conhecimento da existência de uma marca preexistente no mercado (e ainda sem registro), corre ao balcão da autarquia para registrar outra marca idêntica como sua, pegando verdadeira “carona” no prestígio obtido ao longo dos anos pela marca primitiva junto ao público consumidor.

Ou pior: registrando a marca com o fito único de “vendê-la” posteriormente ao seu próprio criador, como pretende a requerida.

Ao contrário, é exatamente este tipo de prática que o direito de propriedade industrial visa coibir, e é isto que muito possivelmente se está a verificar no caso concreto.

Há que se ter em mente que o direito marcário visa tutelar as criações de elementos originais que identificam um determinado produto ou serviço, e não a esperteza de quem constata a existência de uma marca não registrada e procura obter o seu registro antes do seu verdadeiro criador.

Portanto, demonstrado nos autos que a autora fazia uso da marca “Bendita Cafeína Coffee Shop” de boa-fé, há mais de seis meses antes do pedido de registro da marca “Bendita Cafeína” pela requerida, correta a decisão de anulação dos registros concedidos à demandada, com fundamento no artigo 129, § 1º da Lei nº 9.279/96.

Da suposta litigância de má-fé

Rejeito o pedido da apelante de condenação da autora em litigância de má-fé, uma vez que a conduta da demandante não se amolda a nenhuma das hipóteses legais de litigância ímproba.

Não há má-fé na conduta da demandante que ofertou oposição administrativa intempestivamente, bem como não há prova nos autos de que só depois dos pedidos de registro da requerida é que a autora teria procurado fazer prova do uso da marca “Bendita Cafeína”.

Diversamente, entendo que a autora tem razão quanto ao seu pleito e em nenhum momento alterou a verdade dos fatos ou litigou contra texto expresso de lei.

Dos honorários advocatícios

Como visto até aqui, não houve condenação do INPI em honorários em sentença e estou a conhecer parcialmente e, nessa extensão, a dar provimento ao seu recurso, de sorte que não há que se falar em honorários recursais em desfavor da autarquia.

Majoro os honorários advocatícios devidos pela apelante Café Novo Sabor para 12% do valor atualizado da reconvenção, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/2015.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por *conhecer parcialmente e, nessa extensão, dar provimento* à apelação do INPI para reconhecer a sua posição processual de assistente especial da requerida e *negar provimento* à apelação da ré, majorando os honorários advocatícios devidos pela apelante reconvinte para 12% do valor atualizado da reconvenção.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5011115-10.2020.4.03.0000

Agravante: MARIA DE LOURDES BENEDITO COLOMBANI
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MÔNICA BONAVINA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/03/2022

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA n. 0011237-82.2003.4.03.6163. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ÓBITO DO TITULAR ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO COLETIVA. COBRANÇA DE ATRASADOS PELOS SUCESSORES. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* CONFIGURADA.

O sistema processual civil veda que se postule em nome próprio direito alheio, de cunho personalíssimo. É o que preconizava o art. 6º do CPC/73 (*“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”*), regramento atualmente previsto no art. 18 do CPC/2015 (*“Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.”*).

In casu, o Sr. Antonio não formulou o pedido de revisão da renda mensal do benefício previdenciário ainda em vida e faleceu em 30/08/2000, antes mesmo da ação coletiva que deu origem ao título exequendo, proposta em 14/11/2003, de modo que as diferenças ora pleiteadas não chegaram sequer a ser incorporadas ao seu patrimônio jurídico, sendo inaplicável na hipótese, portanto, o disposto no artigo 112 da Lei n. 8.213/91.

Em decorrência, o reconhecimento da ilegitimidade ativa dos credores para postular as diferenças do benefício titularizado por seu falecido genitor é medida que se impõe.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada MÔNICA BONAVINA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora em face da decisão que, em execução individual de sentença oriunda de ação civil pública, reconheceu a sua ilegitimidade para a revisão da renda mensal inicial do benefício do falecido.

Em síntese, pleiteia a reforma da decisão, alegando possuir legitimidade ativa para pleitear e receber os valores dos atrasados não recebidos em vida pelo segurado, conforme dispõe o artigo 112 da Lei n. 8.213/91. Diante disso, pede o reconhecimento da sua legitimidade.

Requer seja dado provimento ao recurso.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MÔNICA BONAVIDA - Relatora

VOTO

Cuidam os autos de execução individual do título executivo formado na Ação Civil Pública n. 0011237-82.2003.4.03.6163, que assegurou aos segurados domiciliados no Estado de São Paulo o recálculo da RMI de seus benefícios previdenciários, após a atualização dos salários-de-contribuição, integrantes do período básico de cálculo, pela variação do IRSM de fevereiro de 1994.

No caso dos autos, verifica-se que os credores são herdeiros do segurado Antonio Colombani que, por sua vez, foi titular de benefício de aposentadoria (NB : 057223797-9).

O sistema processual civil veda que se postule em nome próprio direito alheio, de cunho personalíssimo. É o que preconizava o art. 6º do CPC/73 (*“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”*), regramento atualmente previsto no art. 18 do CPC/2015 (*“Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.”*).

In casu, o Sr. Antonio não formulou o pedido de revisão da renda mensal do benefício previdenciário ainda em vida e faleceu em 30/08/2000, antes mesmo da ação coletiva que deu origem ao título exequendo, proposta em 14/11/2003, de modo que as diferenças ora pleiteadas não chegaram sequer a ser incorporadas ao seu patrimônio jurídico, sendo inaplicável na hipótese, portanto, o disposto no artigo 112 da Lei n. 8.213/91.

Em decorrência, o reconhecimento da ilegitimidade ativa dos credores para postular as diferenças do benefício titularizado por seu falecido genitor é medida que se impõe.

Neste sentido, reporto-me ao seguinte precedente desta Corte Regional:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. PENSIONISTA. LEGITIMIDADE NÃO RECONHECIDA. ÓBITO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.

- Trata-se de cumprimento de sentença contra Fazenda Pública, com fundamento no título executivo judicial formado na Ação Civil Pública 0011237-82.2003.403.6183 (ajuizada em 14/11/2003 e transitada em julgado em 21/10/2013 – vide RE 722465), que condenou o INSS a revisar os benefícios previdenciários concedidos no Estado de São Paulo, cujo cálculo da renda mensal inicial incluía a competência de fevereiro de 1994, aplicando o IRSM integral no percentual de 39,7% na atualização dos salários-de-contribuição desta competência que integraram a base de cálculo.

- Pretende a parte agravante executar os atrasados do benefício previdenciário do instituidor da pensão, falecido em 10/09/2003.

- As parcelas vencidas e não pagas somente teriam se incorporado ao patrimônio jurídico do segurado falecido, se o óbito tivesse ocorrido após o ajuizamento da Ação Civil Pública em comento.

- Isso porque, os substituídos processuais na ação civil pública são todos aqueles que na época da propositura da demanda se encontram na situação abrangida pela relação de direito material e que, embora pudessem, optaram tacitamente pela não propositura de uma ação individual.

- Assim, o segurado, tendo conhecimento da propositura da ação civil pública que defendia seu direito, não era obrigado a propor uma demanda individual, pois tal circunstância incorreria no próprio desvirtuamento da demanda coletiva.

- No entanto, tendo o instituidor da pensão falecido antes do ajuizamento da ação civil pública, inexistindo qualquer manifestação de vontade, administrativa ou judicial, que desse amparo ao pedido de revisão, não possui o pensionista legitimidade ativa para requerer, em nome daquele, revisão de benefício que o próprio segurado não requereu.

- Com essas considerações, tendo em vista que o instituidor da pensão faleceu em 10/09/2003 e a ação civil pública foi ajuizada em 14/11/2003, não é possível entender que o provimento judicial favorável da ação coletiva passou a integrar seu patrimônio, não se aplicando ao caso o art. 112 da Lei 8.213/1991.”

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028735-35.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal INES VIRGINIA PRADO SOARES, julgado em 22/04/2021, Intimação via sistema DATA: 05/05/2021)

Nestes termos, entendo que a r. decisão recorrida não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.

Juíza Federal Convocada MÔNICA BONAVIDA - Relatora

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

5016497-47.2021.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 2ª VARA FEDERAL
Suscitados: UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA

Interessado: ALI NASSARDIN GEHA NETO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 04/02/2022

EMENTA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA NO ATO DE INSCRIÇÃO NO REVALIDA. QUESTÃO DE DIREITO. MULTIPLICIDADE DE AÇÕES. CONTROVÉRSIA VERIFICADA. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. ADMISSIBILIDADE. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS EM CURSO NA JUSTIÇA FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO. RESSALVA DE APRECIACÃO DAS MEDIDAS URGENTES. IRDR ADMITIDO.

1. Considerando que a matéria de origem— revalidação de diploma (ensino superior) - conforme artigo 10, § 2º, IV do Regimento Interno desta Corte Federal, está inserta dentre as competências de julgamento desta 2ª Seção e das Turmas que a compõem, cabe a este colegiado o juízo de admissibilidade do feito, estando correta a sua distribuição a teor do que dispõe o artigo 12, VIII, do Regimento Interno desta Corte Federal.
2. A legitimidade do Juízo para pedir instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vem estampada no artigo 977, I, do Código de Processo Civil.
3. Quanto à admissibilidade deste IRDR, nos termos do artigo 976, I e II, do Código de Processo Civil, a parte interessada demonstrou a presença dos pressupostos necessários e simultâneos ao processamento e julgamento do feito, quais sejam, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão e risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica.
4. Com efeito, afora a menção do Magistrado ao elevado número de feitos distribuídos só em 2021 na Subseção Judiciária de Ponta Porã/MS sobre a matéria (necessidade de diploma no ato de inscrição para o REVALIDA), com potencial prolação de decisões conflitantes, é também expressivo o número de alunos cursando Medicina na cidade fronteira, sendo real a probabilidade de considerável repetição de feitos deste jaez.
5. Cada ação distribuída, ante a natureza da pretensão, conta com inexorável pedido de antecipação dos efeitos da tutela. A decisão concessiva ou negativa, por sua vez, deflagra a interposição de recurso, pela parte prejudicada, para apreciação deste Tribunal.
6. Pesquisa rápida da jurisprudência desta Corte sobre o tema revela, além de evidente multiplicidade de casos similares, efetiva controvérsia. Há Julgados no sentido de ser desnecessária a apresentação prévia de diploma para inscrição no REVALIDA e outros em sentido oposto.
7. Observa-se, outrossim, que as decisões proferidas não são circunstanciais. Mesmo durante a pandemia de COVID-19, cujos efeitos foram exaustivamente apreciados pela primeira e segunda instâncias judiciais nas mais variadas situações, gerando, em al-

guns casos, flexibilização de algumas exigências, restou decidido pela necessidade da apresentação do diploma no ato de inscrição, TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028784-76.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 30/04/2021, Intimação via sistema DATA: 04/05/2021, assim como, antes mesmo da pandemia, já havia decisão contra a exigência (TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5000352-48.2018.4.03.6004, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

8. Ou seja, se, por um lado, a pandemia pode exercer influência nas decisões judiciais afetas ao tema, por outro não é fator determinante. As ações, embora contem com peculiaridades intrínsecas, têm como pano de fundo uma mesma questão de direito que independe das vicissitudes concretas.

9. Restam demonstradas concorrentemente: i) a multiplicidade de ações envolvendo questão unicamente de direito; ii) a controvérsia entre decisões proferidas por esta Corte Federal. O requisito de “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” se faz presente eis que consequência lógica e natural da efetiva controvérsia sobre o tema.

10. Não consta que o tema esteja afetado para apreciação dos Tribunais Superiores, estando satisfeita também a condição negativa prevista no artigo 976, § 4º, do Código de Processo Civil.

11. Dando azo ao primado da segurança jurídica e ao escopo pacificador inerente ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), de modo a balizar, no âmbito desta Terceira Região, a questão de direito - necessidade de apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição no REVALIDA – multiplicada no bojo de diversas ações judiciais e recursos decorrentes, propõe-se a instauração do presente incidente, bem como a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos sobre a questão que estejam em trâmite perante a Justiça Federal da Terceira Região, observando-se, quanto à apreciação das medidas urgentes, a previsão contida no § 2º do artigo.

12. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas admitido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Seção, por unanimidade, decidiu ADMITIR o presente INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, bem como, conforme o artigo 982 do Código de Processo Civil, suspender os processos pendentes, individuais ou coletivos sobre a questão que estejam em trâmite perante a Justiça Federal da Terceira Região, observando-se, quanto à apreciação das medidas urgentes, a previsão contida no § 2º do artigo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) dirigido a este Tribunal por ordem proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Ponta Porã/MS, no bojo dos autos do mandado de segurança nº 5001250-53.2021.4.03.6005 em que

são partes Ali Nassardin Geha Neto e o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, com fundamento no artigo 976 e seguintes do Código de Processo Civil.

Narra o Magistrado, Ney Gustavo Paes de Andrade, que diversas são as ações distribuídas na Subseção Judiciária de Ponta Porã/MS visando discutir a validade da exigência de apresentação, no ato da inscrição do exame REVALIDA, do diploma do curso de medicina expedido no exterior. Afirma que em consulta realizada ao tempo da decisão dirigida a este Tribunal para análise da conveniência da instauração do IRDR, proferida em 16.07.2021, já haviam sido ajuizadas, na Subseção, ao menos 193 (cento e noventa e três) ações com o mesmo tema entre mandados de segurança e ações ordinárias. Considera que o REVALIDA é um evento semestral e que a cidade vizinha, Pedro Juan Caballero (Paraguai), conta com aproximadamente 15 mil estudantes de medicina, concluindo ser necessária a pacificação do tema.

O Magistrado, nas suas razões, observa que entre os pleitos há algumas nuances, como, por exemplo, a situação em que alguns autores não possuem o diploma por questões meramente administrativas, enquanto outros porque ainda não finalizaram o curso superior.

Pondera, contudo, haver efetiva repetição e controvérsia sobre o tema, sendo prudente que este Tribunal verifique a viabilidade da instauração do presente IRDR a fim de pacificar a questão, a exemplo, inclusive, do que ocorreu perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, autos nº 0045947- 19.2017.4.01.0000/DF.

O Ministério Público Federal, em parecer, manifesta-se pela admissibilidade do presente conflito.

É o relato do essencial.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

De saída, considerando que a matéria de origem– revalidação de diploma (ensino superior) - conforme artigo 10, § 2º, IV do Regimento Interno desta Corte Federal, está inserta dentre as competências de julgamento desta 2ª Seção e das Turmas que a compõem, cabe a este colegiado o juízo de admissibilidade do feito, estando correta a sua distribuição a teor do que dispõe o artigo 12, VIII, do Regimento Interno desta Corte Federal.

Assim, nos termos do artigo 981 do Código de Processo Civil, submeto o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ao Juízo de Admissibilidade desta 2ª Seção.

O pedido de instauração do IRDR foi realizado nos seguintes termos:

“Em tempo, conforme se observa do acervo processual desta seccional, há enorme quantidade de feitos envolvendo a matéria em discussão (exigência de apresentação, no ato da inscrição do exame –REVALIDA–, do diploma do curso de medicina expedido no exterior).

Somente na Subseção de Ponta Porã, no primeiro semestre de 2021, foram ajuizados 193 mandados de segurança e ações ordinárias sobre esse tema. Merece destacar que, segundo previsão do § 4º do art. 2º da Lei 13.959/2019, o REVALIDA deve ser realizado semestralmente. Por essa razão, e considerando que a cidade paraguaia vizinha a Ponta Porã, Pedro Juan Caballero, conta atualmente com mais de 15 mil alunos de medicina, extrai-se a necessidade de pacificação do tema.

Outrossim, impende registrar a existência de nuances nos pleitos, eis que alguns acadêmicos apenas aguardam tramites administrativos para a expedição do diploma, enquanto outros

ainda não terminaram o curso superior, estando matriculados no último ano da instrução superior com diversas matérias a serem cursadas e realização do internato.

Assim, diante da repetição de processos e a controvérsia entre os julgados do E. TRF da 3ª Região, com a cisão das Decisões, conforme se colhe dos autos sob nºs ApelRemNec 5001498-53.2020.4.03.6005 (Rel. Des. Fed. Luiz Alberto de Souza Ribeiro), ApCiv 0001669-03.2017.4.03.6005 (Rel. Juíza Federal Convocada Leila Paiva Morrison), AI 5028784-76.2020.4.03.0000 (Rel. Des. Fed. Luis Antonio Johonsom Di Salvo), AI 5017027-90.2017.4.03.0000 (Rel. Des. Fed. Fabio Pietro de Souza); ApCiv 0001566-93.2017.4.03.6005 (Rel. Des. Fed. Antonio Carlos Cedenho), RemNecCiv 5002390-40.2017.4.03.6110 (Rel. Des. Fed. Marcelo Mesquita Saraiva), AI 5033870-28.2020.4.03.0000 (Rel. Des. Fed. Nery da Costa Junior) e AI 5015067-02.2017.4.03.0000 (Rel. Juíza Federal convocada DENISE AVELAR), situação que enseja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, com fulcro no inciso I, do art. 977 do CPC, oficie-se à Presidência do E. TRF da 3ª Região para verificar a viabilidade de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e ss do CPC). Registro que tal procedimento foi adotado no TRF da 1ª Região INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS N. 0045947- 19.2017.4.01.0000/DF, cópia em anexo, assentando a seguinte tese:

“Não há ilegalidade ou abuso de poder na exigência, no ato da inscrição, de diploma devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação ou por órgão correspondente no país de conclusão do curso, para fins de participação no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por universidades estrangeiras (Revalida)”.

Cópia desta Decisão servirá como ofício.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após, voltem-me os autos conclusos para sentença”.

Pois bem.

A legitimidade do Juízo para pedir instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vem estampada no artigo 977, I, do Código de Processo Civil.

Quanto à admissibilidade deste IRDR, destaco que, nos termos do artigo 976, I e II, do Código de Processo Civil, a parte interessada demonstrou a presença dos pressupostos necessários e simultâneos ao processamento e julgamento do feito, quais sejam, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão e risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Com efeito, afora a menção do Magistrado ao elevado número de feitos distribuídos só em 2021 na Subseção Judiciária de Ponta Porã/MS sobre a matéria (necessidade de diploma no ato de inscrição para o REVALIDA), com potencial prolação de decisões conflitantes, é também expressivo o número de alunos cursando Medicina na cidade fronteiriça, sendo real a probabilidade de considerável repetição de feitos deste jaez.

Cada ação distribuída, ante a natureza da pretensão, conta com inexorável pedido de antecipação dos efeitos da tutela. A decisão concessiva ou negativa, por sua vez, deflagra a interposição de recurso, pela parte prejudicada, para apreciação deste Tribunal.

E a questão não é pacífica no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região.

Sem descuidar os precedentes já citados pelo Juízo no bojo do pedido de instauração do IRDR, uma pesquisa rápida da jurisprudência desta Corte sobre o tema revela, além de evidente multiplicidade de casos similares, efetiva controvérsia.

A seguir, colaciono julgados no sentido de ser desnecessária a apresentação prévia de diploma para inscrição no REVALIDA (precedentes das 3ª e 4ª Turmas deste Tribunal):

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INEP. APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE DIPLOMA PARA A INSCRIÇÃO NO REVALIDA. DESNECESSIDADE. ATRASO NA EMISSÃO DO DIPLOMA EM RAZÃO DA COVID-19. EXIGÊNCIA DO DOCUMENTO EM MOMENTO POSTERIOR. RAZOABILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. A questão controversa nos autos diz respeito à legalidade da exigência por parte do INEP da apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição do candidato no exame REVALIDA.
2. A atuação do INEP se restringe à elaboração da prova unificada. Somente após a aprovação dos candidatos é que será feita a análise da revalidação ou não do diploma pelas Instituições de Ensino Superior.

3. Nesse prisma, a exigência de apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição parece descabida, podendo-se aplicar por analogia a Súmula 266 do STJ: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.” Precedentes.

4. No caso dos autos, a impetrante demonstra já ter concluído os requisitos para a expedição do diploma, retardada pela instituição de ensino em razão da pandemia de COVID-19.

5. Remessa necessária e apelação desprovidas. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001114-56.2021.4.03.6005, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 08/10/2021, Intimação via sistema DATA: 14/10/2021)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. PARTICIPAÇÃO NO EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA NO ATO DA INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. RECURSO DESPROVIDO.

- A Quarta Turma deste Tribunal já decidiu no sentido da aplicabilidade, por analogia, do enunciado nº 266 da Súmula do STJ, relacionado à exigência de apresentação de diploma, no caso de concurso público, somente no ato da posse, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a fim de que o impetrante possa participar da prova do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior Estrangeira - REVALIDA, bem como das fases posteriores, caso aprovado, devendo apresentar o documento na forma exigida pelo edital somente no momento da revalidação do diploma.

- Reconhecida a presença do *fumus boni iuris*, justifica-se a manutenção da decisão agravada que deferiu o pedido liminar para garantir a inscrição do impetrante no exame REVALIDA 2020 sem a exigência inicial de diploma.

- Agravo de instrumento desprovido. Agravo interno prejudicado. (TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029179-68.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE NETO, julgado em 02/09/2021, DJEN DATA: 08/09/2021)

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REVALIDA. INEP. DIPLOMA. APRESENTAÇÃO PARA A INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1-No presente caso, a autora concluiu o curso de medicina e somente não colocou grau em virtude da pandemia causada pelo COVID-19, havendo previsão de conclusão, antes do término das

etapas do REVALIDA, de modo que não há óbice a sua participação no certame. Destaca-se, ainda, que o diploma será necessariamente analisado por ocasião do procedimento de revalidação pela IES, de modo que não há razoabilidade em exigí-lo previamente.

2-Apesar de a administração pública gozar de autonomia para determinar as regras dos concursos/exames em prol do interesse público, as exigências formalizadas no edital devem ostentar compatibilidade entre os meios e os fins almejados pela administração pública, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade.

3-Embora a prova para validação não seja um concurso público, e não seja um exame de órgão de controle de exercício de profissão, o fato é que impedir que os estudantes que cursaram a faculdade de Medicina em países estrangeiros de participar do exame, antes da apresentação do diploma, não se mostra uma restrição proporcional ao direito de livre exercício da profissão, mostrando-se demais para a proteção do direito a que se queira proteger, a regularidade do exercício da profissão e a saúde pública.

4-Deve-se aplicar o entendimento da Súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que: “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.

5-Apeleção não provida. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5005584-64.2020.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, julgado em 02/08/2021, Intimação via sistema DATA: 04/08/2021)

Doravante, julgados em sentido oposto, isto é, considerando legal a exigência do diploma no ato da inscrição:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INTERNO. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA ESTRANGEIRO. REVALIDA. DIPLOMA. APRESENTAÇÃO: NECESSIDADE. VINCULAÇÃO AO EDITAL. GRAVE LESÃO: EFEITO MULTIPLICADOR DE DEMANDAS. RECURSO PROVIDO.

1. O edital regula o certame e se dirige a todos os interessados, assegurando a impessoalidade. Não é dado ao Judiciário eleger exceções às regras editalícias, beneficiando um ou mais interessados que ostentam situações peculiares e que – como os agravados – sabiam das regras e que deveriam a elas corresponder para obterem a inscrição no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Universidades Estrangeiras.

2. Os agravados inseriram-se voluntariamente na regra onde está escrito que para a efetivação da inscrição no REVALIDA/2020 é necessária a apresentação do diploma. Ocorre que os impetrantes não têm diploma. Prometem que o terá em data futura e incerta.

3. Refutada a alegação de “omissão” atribuída a minha decisão anterior, que contém os fundamentos que entendi suficientes para resolver o pedido, no momento em que o apreciei.

4. A exigência da apresentação do diploma no momento da inscrição no exame REVALIDA, que é expressamente prevista no edital ao qual aderiu a impetrante, não pode ser reputada ilegal.

5. Não há, portanto, vestígio de qualquer ilegalidade ou abuso de poder que determine a ingerência do Poder Judiciário, motivo suficiente para a suspensão dos efeitos da decisão de primeiro grau, a qual se aproxima do ativismo judiciário na medida em que decide de modo contrário àquilo que a própria parte impetrante aderiu de modo livre e voluntário.

6. As regras são para todos os que pretendem o REVALIDA, não sendo lícito abrir “exceção” para os impetrantes, em demérito de quem atendeu cumpridamente a todos os requisitos do édito.

7. Não há, na situação pessoal dos impetrantes, qualquer circunstância capaz de justificar um discrimen a favor deles e nesse cenário o Poder Judiciário não pode adotar posição criativa e inovadora. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e da Sexta Turma desta Corte Regional (STJ: AgRg no REsp 973.199/RS; TRF3 - 6ª Turma: ApCiv 0001669-03.2017.4.03.6005 e AI 5013616-39.2017.4.03.0000).

8. Resta ainda evidente que a imediata produção de efeitos da daquela decisão poderia acarretar lesão de grave e difícil reparação, cabendo sua suspensão a fim de afastar potencial efeito multiplicador de demandas, preservando-se o interesse público.

9. Agravo de instrumento provido. Prejudicado o agravo interno. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028784-76.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 30/04/2021, Intimação via sistema DATA: 04/05/2021)

ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – REVALIDA – DIPLOMA MÉDICO – APRESENTAÇÃO – SÚMULA Nº 266 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. No caso concreto, os apelados buscam a participação no Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos expedidos por Instituição de Educação Superior Estrangeira (Revalida), independentemente do cumprimento de requisito previsto no edital.

2. A Portaria Normativa nº. 22 do MEC prevê a possibilidade de complementação da documentação. Nos casos de revalidação de diplomas médicos, contudo, a norma aplicável é a Portaria Interministerial MEC/MS nº 278, com exigência de porte do diploma no momento da candidatura ao processo. Trata-se de exigência compatível com a importância da atividade médica.

3. O procedimento de revalidação de diploma visa atender a demanda de profissionais que buscam o exercício profissional em território brasileiro. Trata-se de política pública, à cargo do Poder Executivo. Não cabe ao Poder Judiciário criar norma constitucional, ordinária ou regulamentar.

4. O requisito, previsto em edital, atente à lei e à regulamentação pertinente. É regular o indeferimento da inscrição do pedido de revalidação em decorrência da falta de apresentação do diploma.

5. Não é possível postergar a apresentação, a partir de interpretação da Súmula nº 266 do Superior Tribunal de Justiça (“O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”). A súmula trata de habilitação para concurso público. A apresentação do diploma é requisito para a sua revalidação.

6. Apelação provida. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001669-03.2017.4.03.6005, Rel. Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

No âmbito da própria Sexta Turma, em recente decisão, o Relator do Agravo Interno em AI nº 5013411-68.2021.4.03.6100, Desembargador Federal Souza Ribeiro, monocraticamente, reconsiderando decisão dantes proferida, decidiu pela manutenção da liminar de primeira instância que permitiu a inscrição no REVALIDA sem apresentação do diploma no ato. Igualmente, *mutatis mutandis*, também já procedeu a Desembargadora Federal Marli Ferreira, autos nº 5019297-87.2017.4.03.0000.

Parece-me certo que o tema não está pacificado, havendo efetiva controvérsia em tema repetidamente submetido à análise do Judiciário Federal da 3ª Região.

Observe-se, outrossim, que as decisões proferidas não são circunstanciais. Mesmo durante a pandemia de COVID-19, cujos efeitos foram exaustivamente apreciados pela primeira e segunda instâncias judiciais nas mais variadas situações, gerando, em alguns casos, flexibilização de algumas exigências, restou decidido pela necessidade da apresentação do diploma no ato de inscrição, TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028784-76.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 30/04/2021, Intimação via sistema DATA: 04/05/2021, assim como, antes mesmo da pandemia, já havia decisão contra a exigência (TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5000352-48.2018.4.03.6004, Rel. Desem-

bargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Ou seja, se, por um lado, a pandemia pode exercer influência nas decisões judiciais afetas ao tema, por outro não é fator determinante. As ações, embora contem com peculiaridades intrínsecas, têm como pano de fundo uma mesma questão de direito que independe das vicissitudes concretas.

Assim, reputo terem sido demonstradas concorrentemente: i) a multiplicidade de ações envolvendo questão unicamente de direito; ii) a controvérsia entre decisões proferidas por esta Corte Federal. O requisito de “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” se faz presente eis que consequência lógica e natural da efetiva controvérsia sobre o tema em âmbito judicial.

Não consta que o tema esteja afetado para apreciação dos Tribunais Superiores, estando satisfeita também a condição negativa prevista no artigo 976, § 4º, do Código de Processo Civil.

Destarte dando azo ao primado da segurança jurídica e ao escopo pacificador inerente ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), de modo a balizar, no âmbito desta Terceira Região, a questão de direito - necessidade de apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição no REVALIDA – multiplicada no bojo de diversas ações judiciais e recursos decorrentes, voto pela instauração do presente incidente.

Ante o exposto, satisfeitos os requisitos necessários, proponho a admissibilidade do presente IRDR, bem como, nos termos do artigo 982 do Código de Processo Civil, a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos sobre a questão que estejam em trâmite perante a Justiça Federal da Terceira Região, observando-se, quanto à apreciação das medidas urgentes, a previsão contida no § 2º do artigo.

Nos termos do artigo 982, III, do Código de Processo Civil, abra-se vista ao Ministério Público Federal para parecer no prazo de 15 (quinze) dias.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5017023-14.2021.4.03.0000

Agravante: DERLI DALVA Malfatti Marchetti

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/03/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CERTIDÃO DE HABILITAÇÃO DE ADVOGADO. NECESSIDADE DE PROCURAÇÃO ESPECÍFICA. RESOLUÇÃO 458/2017 DO CJF.

- Com efeito, o parágrafo 5º do artigo 40, da Resolução 458/2017 do CJF, incluído pela Resolução 670/2020 do CJF, determina: “O saque por meio de procurador somente poderá ser feito mediante procuração específica, da qual conste o número da conta de depósito ou o número de registro da requisição de pagamento no tribunal e, em caso de dúvida de autenticidade, com firma reconhecida.

- Foi apresentado pedido de providências pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de Sergipe em relação à determinação dos magistrados das 5ª e 8ª Varas Federais da Seção Judiciária daquele estado.

- O pedido de providências foi interposto em razão da exigência, por parte dos magistrados, de apresentação de nova procuração, atualizada e com firma reconhecida, com a finalidade específica para o levantamento dos valores relativos a precatórios e requisições de pequeno valor (RPVs).

- Ao analisar o pedido de providências, o ministro Humberto Martins decidiu que o § 5º do art. 40 da Resolução CJF n. 458/2017 não se aplica aos advogados que já tenham poderes especiais decorrentes da cláusula *ad judicium et extra*, com os poderes especiais de receber e dar quitação, acompanhada de certidão emitida pela secretaria da vara ou juizado em que tramita o processo.

- Inobstante a decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins, no caso, se observa que o instrumento de procuração fora firmado pela autora com a advogada Juliana de Paiva Almeida OAB/SP 334.591 (id Num. 12378723 - Pág. 19 – PJE 1ª instância), a qual substabeleceu sem reserva os poderes que lhe foram outorgados em favor de Rodolfo Nascimento Fiorezi OAB/SP 184.479 (id Num. 12378723 - Pág. 21 – PJE 1ª instância).

- Assim sendo, tendo em vista que a procuração fora firmada pela parte exequente com a advogada Juliana de Paiva Neto, que não mais a representa nos autos, é temerário o reconhecimento da autenticidade da procuração para fins de levantamento de valores de titularidade da autora pelo substabelecido.

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Derli Dalva Malfatti Marchetti, em face de decisão proferida em execução de sentença, que deferiu a expedição da certidão de habilitação de advogado, condicionada a juntada aos autos de procuração específica, nos termos da Resolução 458/2017 do CJP, incluído pela Resolução 670/2020 do CJP.

Em suas razões de inconformismo, o recorrente pede a reforma da decisão, para que seja expedida a certidão de autenticidade da procuração para fins de levantamento de depósito, com fulcro na decisão proferida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Eustáquio Soares Martins.

Pugna pela reforma da decisão agravada.

Foi indeferido o efeito suspensivo.

Sem apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

Melhor analisando os autos verifico que, com efeito, o parágrafo 5º do artigo 40, da Resolução 458/2017 do CJP, incluído pela Resolução 670/2020 do CJP, determina:

“O saque por meio de procurador somente poderá ser feito mediante procuração específica, da qual conste o número da conta de depósito ou o número de registro da requisição de pagamento no tribunal e, em caso de dúvida de autenticidade, com firma reconhecida. (Incluído pela Resolução n. 670, de 10 de novembro de 2020)”

Houve apresentação de pedido de providências pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de Sergipe em relação à determinação dos magistrados das 5ª e 8ª Varas Federais da Seção Judiciária daquele estado.

O pedido de providências foi interposto em razão da exigência, por parte dos magistrados, de apresentação de nova procuração, atualizada e com firma reconhecida, com a finalidade específica para o levantamento dos valores relativos a precatórios e requisições de pequeno valor (RPVs).

Ao analisar o pedido de providências, o ministro Humberto Martins decidiu que:

“A norma do mencionado § 5º do art. 40 da Resolução deste Conselho se aplica a terceiros e visa proteger a parte e o advogado, coibindo fraudes.

Dessa forma, não se aplica aos próprios advogados que já tenham poderes decorrentes da cláusula *ad judicium*, desde que nela constem poderes para dar e receber quitação, e, ainda, seja acompanhada de certidão emitida pela secretaria da vara/juizado em que tramita o processo, atestando a habilitação do advogado para representar o titular do crédito a ser liberado e a existência de poderes para receber e dar quitação.

(...)

Há que se ressaltar que tal entendimento está em harmonia com a Resolução CNJ n. 303/2019, que dispõe sobre a gestão dos precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário.

Decidindo de outra forma, o Poder Judiciário inviabilizaria o livre exercício da advocacia consagrado em sede constitucional, sobretudo se na relação convencionada entre a parte e o advogado, foi confiado a este poderes especiais para levantamento de valores devidos à parte beneficiária.

Nesse sentido, reafirmo que o § 5º do art. 40 da Resolução CJF n. 458/2017 não se aplica aos advogados que já tenham poderes especiais decorrentes da cláusula *ad judicium et extra*, com os poderes especiais de receber e dar quitação, acompanhada de certidão emitida pela secretaria da vara ou juizado em que tramita o processo.

Ante o exposto, conheço do pedido e determino às varas federais da Seção Judiciária de Sergipe que se abstenham de exigir dos advogados com procuração *ad judicium et extra*, contendo poderes especiais de receber e dar quitação, a apresentação de uma nova procuração específica de levantamento de valores.” (grifo nosso).

Inobstante a decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins, no caso, observo que o instrumento de procuração fora firmado pela autora com a advogada Juliana de Paiva Almeida OAB/SP 334.591 (id Num. 12378723 - Pág. 19 – PJE 1ª instância), a qual substabeleceu sem reserva os poderes que lhe foram outorgados em favor de Rodolfo Nascimento Fiorezi OAB/SP 184.479 (id Num. 12378723 - Pág. 21 – PJE 1ª instância).

Assim sendo, tendo em vista que a procuração fora firmada pela parte exequente com a advogada Juliana de Paiva Neto, que não mais a representa nos autos, entendo por temerário o reconhecimento da autenticidade da procuração para fins de levantamento de valores de titularidade da autora pelo substabelecido.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5028058-68.2021.4.03.0000

Agravante: RANIELLE ARAUJO RODRIGUES
Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 29/03/2022

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CITAÇÃO EDITALÍCIA. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS TENTATIVAS DE LOCALIZAÇÃO DA PARTE. RECURSO PROVIDO.

- Nos termos do art. 256, 3º, do CPC, o réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.
- Há de se considerar, na hipótese da citação por edital, a necessidade de esgotamento das tentativas de localização da parte, não se cogitando da citação editalícia sem que se tenham sido tentados ao menos os endereços constantes dos autos.
- No caso dos autos, não foram esgotados todos os meios possíveis à localização da parte executada. De rigor o reconhecimento da nulidade da citação por edital realizada nos autos de origem.
- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por *RANIELLE ARAUJO RODRIGUES* contra decisão proferida nos autos de execução de título extrajudicial que lhe é movida pela *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL*.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“ID 56727855: Trata-se de Exceção de Pré-Executividade cumulada com pedido de liberação dos valores bloqueados via SISBAJUD, proposta por *RANIELLE ARAÚJO RODRIGUES* em face da execução promovida pela *Caixa Econômica Federal – CEF*.

Alega, primeiramente, a nulidade da citação via edital. No mérito, afirma que os valores bloqueados pelo sistema SISBAJUD, mantidos junto às contas de sua titularidade na CEF (ag. 2982, CC 826.036.259-5) e no Bradesco (ag. 0264, CC 19174-4) devem ser liberados por se tratarem de contas de poupança. Juntou os documentos e extratos da constrição.

A exequente CEF, em resposta, rebate todas alegações do executado e pugna pelo não acolhimento dos argumentos, com o consequente prosseguimento da execução.

É o relatório. *Decido.*

Com relação à preliminar de nulidade da citação, entendo que o pedido está prejudicado.

As partes não foram encontradas nas diversas tentativas de citação, pelo que esta se deu de forma ficta, via Edital. Não tendo havido resposta a este, a DPU foi nomeada curadora especial, e em sua contestação apresentou somente negativa geral, não questionando o formato de citação. Assim, entendo que a questão está *preclusa*.

Com relação aos bloqueios, da análise dos documentos apresentados pela parte executada, em especial os documentos ID 56727861 e 56727864, verifico que a conta mantida por ela na CEF se trata de conta poupança. Quanto à conta mantida no Banco Bradesco, é pela qual recebe seus salários, além de se tratar de conta mista, ou seja, conta salário atrelada à poupança.

É certo que os valores percebidos a título de salário e remunerações, e os depositados em caderneta de poupança até o montante de 40 salários mínimos, nos termos dos incisos IV e X, do artigo 833, do Código de Processo Civil, são impenhoráveis. Ademais, a soma dos valores de ambas as contas não atinge o limite de 40 salários-mínimos acima indicada.

Por este motivo, determino o *desbloqueio* das constrições de R\$ 520,55 (CEF, *ag. 2982, CC 826.036.259-5*) e de R\$ 31.050,42 (Bradesco, *ag. 0264, CC 19174-4*).

Expeçam-se Alvarás de Levantamento em nome da coexecutada *Ranielle Araújo Rodrigues* dos valores de R\$ 520,55 (quinhentos e vinte reais e cinquenta e cinco centavos) e R\$ 31.050,42 (trinta e um mil e cinquenta reais e quarenta e dois centavos).

Em prosseguimento, tendo em vista a ausência de manifestação dos demais executados em relação aos valores bloqueados a seguir: Bancoseguro S/A – R\$ 1.102,08; Banco C6 S/A – R\$ 718,37; Banco Modal – R\$ 100,00; Picpay Serviços S/A – R\$ 11,32; XP Investimentos CCTVM S/A – R\$ 570,38; Modal DTVM – R\$ 30,07, nos termos do artigo 854, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, *converto a indisponibilidade destes valores bloqueados em penhora*, devendo ser a exequente intimada a requerer o que de direito, no prazo de 10 (dez) dias.

Servirá este despacho como mandado para que se cumpram as determinações, quando necessário.

Intimem-se.”

Alega a parte agravante, em síntese, a nulidade da citação por edital. Afirma que foi tolhida do direito de apresentar embargos à execução e de seguir participando efetivamente de processo de seu interesse. Requer a decretação da nulidade da citação por edital e de todos os atos subsequentes.

Não foi formulado pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): Diante das informações constantes dos autos, defiro os benefícios da gratuidade de justiça à agravante, apenas para o processamento do presente recurso

A exceção de pré-executividade é construção doutrinária e jurisprudencial que serve para que o executado se defenda em temas juridicamente simples que não demandam dilação probatória.

Esse meio processual hábil e célere não fica restrito às matérias de ordem pública e que podem ser conhecidas de ofício, de modo que a exceção de pré-executividade é útil para quaisquer aspectos modificativos, suspensivos ou extintivos atinentes ao título executivo (judicial ou extrajudicial), desde que possam ser facilmente demonstradas (p. ex., com a apresentação de prévio pagamento de *quantum* executado) e sem que seja exigida produção de provas. Exigindo exame aprofundado de provas ou, sobretudo, sendo necessária a dilação probatória, a exceção de pré-executividade não pode ser utilizada, quando então o devedor deve se servir dos embargos próprios ou outro meio de impugnação judicial.

No julgamento do REsp 1104900/ES, que gerou a Tese no Tema 104, o E.STJ deixou consignada a maior amplitude da exceção de pré-executividade, sempre exigindo simplicidade da questão *sub judice*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009)

O mesmo E.STJ reforçou seu entendimento quanto ao cabimento de exceção de pré-executividade, desde que seja atinente à questões simples pelas quais seja facilmente verificado o insucesso da execução:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECONHECIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. SÚMULA 7/STJ.

1. Não verificando nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC e tendo em vista o princípio da fungibilidade recursal, recebo os presentes Embargos como Agravo Regimental.

2. O acórdão recorrido consignou que, “Constituído o crédito tributário, o prazo prescricional foi interrompido com a confissão da executada para fins de parcelamento, só voltando a correr com o descumprimento do acordo (SÚMULA 248/TFR). Ajuizada a EF e determinada a citação dentro do prazo prescricional, a exequente não teve culpa pela demora na citação. Aplicável a SÚMULA 106/STJ”.

3. No julgamento dos aclaratórios, a Corte local conclui que “A CDA é título executivo que tem presunção de certeza e liquidez (art. 3º da Lei n. 6.830/80). Se, para afastar a referida presunção, é indispensável a dilação probatória para que cotejados quais os débitos que integraram o parcelamento, é de se concluir que o caso dos autos não suporta a discussão pela via da exceção de pré-executividade, pois ela, criação da jurisprudência, se resume a uma simples petição convenientemente instruída, que permita ao juízo conhecer de plano das questões que, à vista d’olhos, permitam concluir, de logo, pelo insucesso da execução (AG 1999.01.00.055381-1/DF; AG 1999.01.00.026862-2/BA). A matéria, então, deverá ser tratada pela via dos embargos do devedor”.

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

5. A Primeira Seção do STJ assentou, em recurso representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC), o não cabimento de Exceção de Pré-Executividade quando for reconhecida a necessidade de produzir provas.

6. O acórdão recorrido foi categórico ao afirmar que o caso dos autos demanda dilação probatória, sendo os Embargos à Execução a via processual adequada. Assim, o conhecimento do Recurso Especial esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

7. Agravo Regimental não provido.

(EDcl no AREsp 726.282/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 20/11/2015)

Em face de execuções fiscais, essa via processual foi objeto de vários pronunciamentos do E.STJ, dentre eles a Súmula 393 e o Tema 104/REsp 1104900/ES, ambos com o mesmo teor (“A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”).

Logo, podem ser apreciadas em exceção de pré-executividade matérias de ordem pública, violações a decisões vinculantes (do E.STF) ou obrigatórias (do mesmo Pretório Excelso ou do E.STF), erros de cálculo e qualquer assunto modificativo, suspensivo ou extintivo do título executivo, desde que seja de fácil cognição e não dependa de produção de provas.

In casu, a parte agravante tece considerações acerca de nulidade na citação por edital. Sobre o tema, assim estabelece o art. 256 do CPC/2015:

“Art. 256. A citação por edital será feita:

I - quando desconhecido ou incerto o citando;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;

III - nos casos expressos em lei.

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

§ 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.” (sem destaques no original)

Há de se considerar, na hipótese da citação por edital, a necessidade de esgotamento das tentativas de localização da parte, não se cogitando da citação editalícia sem que se tenham sido tentados ao menos os endereços constantes dos autos. Sobre o assunto, vale conferir:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CITAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. MONTANTE SUPERIOR AO VALOR DA CAUSA. POSSIBILIDADE. I - É nula a citação por edital realizada sem a tentativa de comunicação do ato processual em todos os endereços constantes dos autos. II - Embora o percentual de 10% a 20% do valor da causa seja referência para a fixação dos honorários advocatícios, nada impede que, em demandas cujo valor da causa seja irrisório, a fixação da verba honorária ocorra em montante superior, uma vez que o seu escopo é o de remunerar o trabalho realizado pelo advogado, o que deve ser feito de forma equitativa, evitando-se o seu arbitramento em valor ínfimo, incompatível com o exercício da profissão. III - Recurso parcialmente provido. (TRF3. Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1994787 / SP 0002607-93.2011.4.03.6106. Segunda Turma. Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães. Data do Julgamento: 03/04/2018. Data da Publicação/Fonte: e-DJF3 Judicial 1, 12/04/2018)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÕES DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS. APELAÇÃO. MESMO IMÓVEL GARANTIDOR DAS DÍVIDAS NOS TRÊS FEITOS EXECUTIVOS. CITAÇÃO PESSOAL DOS DEVEDORES INFRUTÍFERA. CITAÇÃO POR EDITAL: NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE TODAS AS POSSIBILIDADES DE CITAÇÃO PESSOAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (...) 8. Consoante o artigo 231 do Código de Processo Civil/1973, vigente à época da prolação da sentença e da interposição do recurso, admite-se a citação do executado por edital após o esgotamento de todos os meios possíveis à sua localização, tendo em vista que a citação editalícia é ficta, devendo ser a última forma de constituir a relação jurídica processual. Precedentes do STJ e deste TRF-3ª Região. 9. Na hipótese, foi realizada uma única tentativa de citação dos executados por oficial de justiça, num único endereço constante dos autos, a qual restou infrutífera (fls. 25 verso e 42 verso dos autos 00.0056792-2; fls. 23 verso dos autos 00.0009176-6 e fls. 18 verso dos autos 00.000981-2). 10. Entende-se pela anulação da citação por edital para que a execução prossiga, com diligências à localização dos executados, a fim de possibilitar a citação pessoal e, após esgotadas tais providências, avaliar-se a necessidade de citação ficta. 11. Apelação desprovida. (TRF3. Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 793890 / SP. Processo 0020451-60.2000.4.03.6100. Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA. Data do Julgamento: 28/11/2017. Data da Publicação/Fonte: e-DJF3 Judicial 1, 12/12/2017).

Compulsando os autos originários, verifico que *não foram esgotados todos os meios possíveis à localização*. Com efeito, a tentativa de citação da executada/agravante ocorreu no endereço Rua José Vedovatto, 1995, Parque das Nações, Sumaré/SP, sendo que, segundo o contrato firmado entre as partes (ID. 3770483 dos autos originários), o logradouro correto é Rua José Vedovatto, 195, Parque das Nações, Sumaré/SP. Além disso, não foi realizada diligência no endereço apontado na pesquisa junto à Receita Federal (ID. 9089835 dos autos originários), a saber: Rua Fause Miguel Hueb, 87, Jardim Maracanã, Uberaba/MG.

De rigor, portanto, o reconhecimento da nulidade da citação por edital realizada nos autos de origem.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* ao agravo de instrumento, com o fim de declarar a nulidade da citação editalícia realizada nos autos de origem.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5028195-50.2021.4.03.0000

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI - OITAVA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO - TERCEIRA TURMA

Interessadas: MYRALIS INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 04/03/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE TURMAS INTEGRANTES DA SEGUNDA E TERCEIRA SEÇÕES. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO DA LEI N. 14.151/2021. TRABALHO PRESENCIAL. AFASTAMENTO DE EMPREGADAS GESTANTES. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO.

I. Nos autos originários, o agravante alega que a Lei n. 14.151/2021, que dispõe sobre o afastamento da empregada gestante das atividades presenciais durante a pandemia, é omissa em pelo menos dois aspectos: “a) o afastamento das empregadas gestantes que não podem realizar suas atividades à distância, e b) sobre o responsável pelo pagamento da remuneração das empregadas gestantes”.

II. Pedido de aplicação de dispositivos da CLT, da Lei n. 8.213/91 e da Instrução Normativa n. 971/09 da Receita Federal, objetivando o pagamento de salário-maternidade às empregadas gestantes afastadas, com posterior compensação de valores quando do pagamento das contribuições sociais.

III. A Lei n. 14.151/2021 traz a obrigatoriedade de afastamento da empregada gestante, em relação à atividade presencial, nada dispondo acerca do pagamento de eventual benefício previdenciário em situações específicas.

IV. Na sessão de 26 de janeiro próximo passado, apreciando questão assemelhada, o Órgão Especial decidiu que a competência para julgar o processo que tramitava em primeiro grau era do juízo cível. Considerou-se que a natureza tributária da discussão se sobrepunha a eventual debate de ordem previdenciária (CC 5022952-28.2021.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, Rel. para acórdão Des. Fed. Wilson Zauhy, por maioria, acórdão pendente de publicação).

V. A competência em grau recursal não é das Turmas da 3ª Seção desta Corte. A demanda apresenta natureza tributária ampla e versa sobre as omissões do diploma normativo (Lei n. 14.151/2021), de modo que a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições e o pagamento do salário-maternidade constituem um *minus* em relação ao que foi pedido (alcance/interpretação da lei nova).

VI. Conforme disposto no art. 10, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, cabe à 2ª Seção processar e julgar os feitos relativos ao direito público, sendo esse o caso dos autos.

VII. Conflito negativo de competência julgado procedente, a fim de declarar competente o Desembargador Federal suscitado, integrante da 3ª Turma da 2ª Seção.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por maioria, julgou procedente este conflito negativo de competência, a fim de declarar competente o Desembargador Federal suscitado, integrante da 3ª Turma da 2ª Seção, nos termos do voto da Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais NINO TOLDO, INÊS VIRGÍNIA, VALDECI DOS SANTOS, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, NEWTON DE LUCCA, THEREZINHA CAZERTA e CONSUELO YOSHIDA. Vencidos os Desembargadores Federais WILSON ZAUHY, CARLOS DELGADO, NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, CARLOS MUTA, SOUZA RIBEIRO, que julgavam procedente o conflito, fixando a competência, contudo, de um dos Desembargadores que compõem a Primeira Seção desta Corte para o julgamento do recurso de origem. Impedido o Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum). Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, NERY JÚNIOR e PAULO DOMINGUES. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Desembargadora Federal MARISA SANTOS (RELATORA):

Conflito negativo de competência suscitado pelo Desembargador Federal Luiz Stefanini (8ª Turma – 3ª Seção) em face do Desembargador Federal Antonio Cedenho (3ª Turma – 2ª Seção), nos autos do agravo de instrumento n. 5023252-87.2021.4.03.0000, interposto contra decisão que indeferiu pedido formulado pela Myralis Indústria Farmacêutica para “(i) afastar as empregadas gestantes de suas atividades, em razão da impossibilidade de realização de seu trabalho à distância; (ii) solicitar os salários maternidade em favor das empregadas gestantes durante todo o período de emergência de saúde pública decorrente da pandemia de Covid-19; e (iii) autorizar a dedução/compensação do valor dos salários maternidade quando do pagamento das contribuições sociais previdenciárias, nos termos do artigo 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91, artigo 94 do Decreto nº 3.048/99 e artigo 86 da Instrução Normativa RFB nº 971/09”.

O suscitado, em decisão declinatória de competência, argumenta que a empresa agravante pede a concessão de benefício previdenciário para suas empregadas gestantes, matéria de competência da 3ª Seção, sendo que “a compensação tributária requerida envolve aspecto secundário, que será até dispensável em caso de provimento judicial favorável ao benefício previdenciário”.

O suscitante alega que o pedido versa sobre compensação tributária e “isenção” do pagamento dos salários das funcionárias gestantes, matéria de direito público, a atrair a competência da 2ª Seção.

O Desembargador Federal suscitante foi designado para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes, nos termos do art. 955, *caput*, parte final, do CPC.

Considerando as informações dos autos, foi dispensada a oitiva do suscitado.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito, sem necessidade de sua intervenção.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

Conflito negativo de competência suscitado pelo Desembargador Federal Luiz Stefanini (8ª Turma – 3ª Seção) em face do Desembargador Federal Antonio Cedenho (3ª Turma – 2ª Seção), nos autos do agravo de instrumento n. 5023252-87.2021.4.03.0000.

Assiste razão ao suscitante.

Conforme consulta aos autos do mandado de segurança originário, a Myralis Indústria Farmacêutica alega que a Lei n. 14.151/2021, que dispõe sobre o afastamento da empregada gestante das atividades presenciais durante a pandemia, foi omissa em pelo menos dois aspectos: *“a) o afastamento das empregadas gestantes que não podem realizar suas atividades à distância, e b) sobre o responsável pelo pagamento da remuneração das empregadas gestantes”*.

Diz que se vê obrigada a arcar com os custos do salário-maternidade das empregadas gestantes que, pela natureza das atividades, não podem exercer atividades remotas, além de arcar com os custos de contratação de profissionais substitutas.

Alega ser possível a aplicação de dispositivos da CLT, da Lei n. 8.213/91 e da Instrução Normativa n. 971/09 da Receita Federal, a fim de permitir o afastamento das empregadas, tal como ocorre nos casos de atividade insalubre ou gravidez de risco, com o *“pagamento do salário-maternidade durante todo o período de emergência de saúde pública, garantindo-se, inclusive, a dedução desses valores da contribuição previdenciária”*.

Ao final, pede a concessão de liminar para: *“(i) afastar as empregadas gestantes de suas atividades, em razão da impossibilidade de realização de seu trabalho à distância; (ii) solicitar os salários maternidade em favor das empregadas gestantes durante todo o período de emergência de saúde pública decorrente da pandemia de Covid-19; e (iii) autorizar a dedução/compensação do valor dos salários maternidade quando do pagamento das contribuições sociais previdenciárias, nos termos do artigo 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91, artigo 94 do Decreto nº 3.048/99 e artigo 86 da Instrução Normativa RFB nº 971/09”*.

A Lei n. 14.151/2021, que se reputa omissa, foi sancionada nos seguintes termos:

“Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.

Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do caput deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Como se vê, a lei traz a obrigatoriedade de afastamento da empregada gestante, em relação à atividade presencial, nada dispondo acerca do pagamento de eventual benefício previdenciário em situações específicas.

O que a empresa pretende, conforme consta de sua petição, é valer-se do disposto no art. 72, § 1º, da Lei n. 8.213/91, segundo o qual *“cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço”*.

Busca deduzir o valor do salário-maternidade quando do pagamento das contribuições previdenciárias devidas, *“a fim de que o ônus recaia sobre o Estado, que em última análise é o responsável por este custeio”*.

Pois bem.

Na sessão de 26 de janeiro próximo passado, apreciando questão assemelhada, o Órgão Especial decidiu que a competência para julgar o processo que tramitava em primeiro grau era do juízo cível. Considerou-se que a natureza tributária da discussão se sobrepunha a eventual debate de ordem previdenciária (CC 5022952-28.2021.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, Rel. para acórdão Des. Fed. Wilson Zauhy, por maioria, acórdão pendente de publicação).

Aderindo a esse posicionamento, resta claro que a competência em grau recursal não é das Turmas da 3ª Seção desta Corte.

Como bem observado pelo suscitante, *“o objeto do ‘writ’ subjacente não visa, diretamente, à concessão de salário-maternidade às empregadas gestantes da impetrante - mesmo porque referido pleito teria, necessariamente, que ser previamente formulado perante o INSS -, sendo o intuito da empresa impetrante, na realidade, o de preservar a sua capacidade econômico-financeira e de gestão empresarial, através da interpretação constitucional e extensiva da Lei nº 14.151/21 ao artigo 394-A da CLT e com o disposto na Solução de Consulta COSIT nº 287, de modo que o afastamento de suas empregadas por meio do recebimento do salário-maternidade, a ser arcado pelo INSS, é apenas meio a essa sua finalidade econômica, na qual também está inclusa a compensação do valor dos salários-maternidade quando do pagamento das contribuições previdenciárias”* (destaquei).

Não se ignora que questões relacionadas ao custeio da Previdência Social são decididas pela 1ª Seção. Contudo, quer me parecer que a demanda apresenta natureza tributária ampla e versa sobre as omissões do diploma normativo (Lei n. 14.151/2021), de modo que a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições e o pagamento do salário-maternidade constituem um *minus* em relação ao que foi pedido (alcance/interpretação da lei nova).

Conforme disposto no art. 10, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, cabe à 2ª Seção processar e julgar os feitos relativos ao direito público, sendo esse o caso dos autos.

Diante do exposto, julgo procedente este conflito negativo de competência, a fim de declarar competente o Desembargador Federal suscitado, integrante da 3ª Turma da 2ª Seção.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY:

Peço vênica para divergir da e. Relatora para o efeito de julgar procedente o conflito, fixando a competência, contudo, de um dos Desembargadores que compõem a Primeira Seção desta Corte para o julgamento do recurso de origem.

No feito originário, a autora, pessoa jurídica, alega que a Lei nº 14.151/2021 determinou o afastamento da empregada gestante das atividades presenciais, devendo trabalhar à distância, sem prejuízo de sua remuneração, durante todo o período de emergência de saúde pública decorrente do novo Coronavírus (Covid-19).

Aduz que a referida legislação foi omissa (a) em relação ao afastamento das empregadas gestantes que não puderem realizar suas atividades à distância; e sobre o responsável pelo pagamento da remuneração das empregadas gestantes”.

Nessa direção, assevera que as suas empregadas gestantes, dada a natureza do trabalho desempenhado, não podem exercer as suas atividades à distância.

Destaca que, além de ser obrigada a manter a remuneração das empregadas gestantes, terá que contratar outros profissionais para substituir aquelas que foram afastadas, gerando um enorme dispêndio, ainda mais na atual conjuntura econômica.

Postula o acolhimento do pedido deduzido na origem para declarar o direito de a) afastar as empregadas gestantes de suas atividades, em razão da impossibilidade de realização de seu trabalho à distância, b) solicitar os salários maternidades em favor da empregada gestante durante todo o período de emergência de saúde pública decorrente da Covid-19; e c) compensar (deduzir) o valor dos salários maternidade quando do pagamento das contribuições sociais previdenciárias, nos termos do artigo 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91, artigo 94 do Decreto nº 3.048/99 e artigo 86 da Instrução Normativa RFB nº 971/09”.

Como se vê, o caso não cuida propriamente de concessão de benefício previdenciário, como uma leitura mais apressada pode induzir.

Na verdade, trata-se de pleito deduzido pela empresa, que pretende se desonerar da obrigação de pagar a remuneração das suas empregadas gestantes (que, segundo a empresa, não poderiam desenvolver trabalho à distância) durante o período de afastamento decorrente da crise de saúde pública gerada pelo novo Coronavírus.

Evidente aqui a natureza tributária da discussão, uma vez que a autora (empresa) almeja transferir o ônus do pagamento dos salários de suas empregadas gestantes para o Fisco, mediante a concessão do salário-maternidade, alcançando, assim, a possibilidade de valer-se da sistemática disposta no artigo 72, § 1º da Lei nº 8.213/91, que atribuiu ao empregador a responsabilidade pelo pagamento do benefício, mas ao mesmo tempo permite a compensação do respectivo valor pago “quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço”.

O debate, portanto, passa pela relação da empresa autora com o Fisco, pretendendo ela, pessoa jurídica não beneficiária do salário-maternidade, a concessão do benefício em favor de suas empregadas para o fim de valer-se da prerrogativa de compensação com as contribuições previdenciárias devidas.

Portanto, não se trata de discussão sobre a relação entre beneficiário e a autarquia previdenciária que justifique a competência da Turma especializada.

Essa, aliás, a posição assentada por este c. Órgão Especial quando do julgamento do conflito 5022952-28.2021.4.03.0000, em que fiquei como relator para acórdão em conflito entre Varas Federais, no qual se decidiu pela competência da Vara Cível para o processamento do feito de origem.

Com todas as vênias, entendo que não seja o caso de se fixar a competência da Segunda Seção, sobressaindo a natureza tributária estrita da discussão. Independentemente do debate

sobre a omissão do diploma legislativo cogitado sobre a questão da responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade, a discussão e o pedido postos na origem envolvem decidir, em fim último, sobre a compensação de contribuições previdenciárias devidas pela empresa requerente, questão de competência da Primeira Seção deste tribunal, ao qual o recurso de origem deve ser livremente distribuído.

Sobre a possibilidade de fixação da competência de um terceiro Juízo estranho ao conflito para o processamento do feito originário, admite-o a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça, consoante julgado abaixo transcrito:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ART. 20, § 2º, DA LEI 7.716/89. DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO CONTRA O POVO JUDEU. CONVENÇÃO INTERNACIONAL ACERCA DO TEMA. RATIFICADA PELO BRASIL. DISSEMINAÇÃO. PRATICADA POR MEIO DA REDE SOCIAL “FACEBOOK”. SÍTIO VIRTUAL DE AMPLO ACESSO. CONTEÚDO RACISTA ACESSÍVEL NO EXTERIOR. POTENCIAL TRANSNACIONALIDADE CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IDENTIFICAÇÃO DA ORIGEM DAS POSTAGENS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE TERCEIRO JUÍZO ESTRANHO AO CONFLITO.

1. O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d da Constituição Federal - CF.

2. Segundo o art. 109, V, da Constituição Federal - CF, compete aos juízes federais processar e julgar “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.

3. Na presente investigação é incontroverso que o conteúdo divulgado na rede social “Facebook”, na página “Hitler Depressão - A Todo Gás”, possui conteúdo discriminatório contra todo o povo judeu e não contra pessoa individualmente considerada. Também é incontroverso que a “Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial”, promulgada pela Assembléia das Nações Unidas foi ratificada pelo Brasil em 27.03.1968. O núcleo da controvérsia diz respeito exclusivamente à configuração ou não da internacionalidade da conduta.

4. À época em que tiveram início as investigações, não havia sólido entendimento da Suprema Corte acerca da configuração da internacionalidade de imagens postadas no “Facebook”. Todavia, o tema foi amplamente discutido em recurso extraordinário cuja repercussão geral foi reconhecida. “A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da Internet no Brasil” (RE 628624, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, Dje 6/4/2016)

5. Muito embora o paradigma da repercussão geral diga respeito à pornografia infantil, o mesmo raciocínio se aplica ao caso concreto, na medida em que o acórdão da Suprema Corte vem repisar o disposto na Constituição Federal, que reconhece a competência da Justiça Federal não apenas no caso de acesso da publicação por alguém no estrangeiro, mas também nas hipóteses em que a amplitude do meio de divulgação tenha o condão de possibilitar o acesso. No caso dos autos, diante da potencialidade de o material disponibilizado na internet ser acessado no exterior, está configurada a competência da Justiça Federal, ainda que o conteúdo não tenha sido efetivamente visualizado fora do território nacional.

6. Na singularidade do caso concreto diligências apontam que as postagens de cunho racista e discriminatório contra o povo judeu partiram de usuário localizado em Curitiba. Nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal - CPP, ‘a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução’.

7. *“A jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de declaração da competência de um terceiro juízo que não figure no conflito de competência em julgamento, quer na qualidade de suscitante, quer na qualidade de suscitado”* (CC 168.575/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 14/10/2019).

8. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal atuante em Curitiba - SJ/PR, a quem couber a distribuição do feito.” (CC 163420, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, DJe 1.6.2020) (grifei)

Face ao exposto, julgo procedente o conflito, fixando a competência, contudo, de um dos Desembargadores que compõem a Primeira Seção desta Corte para o julgamento do recurso de origem.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY

Direito Processual Penal



RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

5008922-61.2021.4.03.6119

Recorrente: DAVID OLIVEIRA DE MIRANDA
Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/03/2022

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA TELECOMUNICAÇÕES. ARTIGO 183 DA LEI 9.472/97. DECISÃO DENEGATÓRIA DE *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. REQUISIÇÃO DO PROCURADOR DA REPÚBLICA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Se a instauração do inquérito policial decorreu de requisição do Procurador da República, o Delegado de Polícia Federal é parte ilegítima para figurar no polo passivo do *habeas corpus* que visa ao trancamento do procedimento.

2. A ilegitimidade passiva é vício insanável pela parte, já que a impetração de *habeas corpus* em decorrência de ato coator praticado por membro do Ministério Público Federal implicaria a incompetência absoluta do magistrado *a quo* para processamento do feito.

3. Se o órgão de acusação formou a *opinio delicti* necessária à propositura do pacto previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, é dizer que as diligências investigativas preliminares se esgotaram e não há interesse de agir quanto ao pedido de trancamento do inquérito policial respectivo.

4. *Habeas Corpus* extinto sem resolução do mérito. Recurso em sentido estrito da defesa prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu, julgar extinto o *habeas corpus* sem resolução do mérito, com base no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil c.c. o artigo 3º do Código de Processo Penal e julgar prejudicado o exame do recurso em sentido estrito interposto pela defesa de David Oliveira de Miranda., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pela defesa de *David Oliveira de Miranda* em face da decisão (id. 221476868) que denegou a ordem de *habeas corpus* impetrado com o objetivo de trancar os inquéritos policiais nº 2108/2018-1 e 760/2019-1, instaurados para apurar o cometimento do delito previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97.

Em razões recursais (id. 221476879), a defesa sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, porque a conduta imputada ao acusado é atípica, seja por ausência de subsunção à norma penal, seja por aplicação do princípio da insignificância e porque não há provas de sua autoria, motivos pelos quais deve ser concedida ordem de *habeas corpus* consistente no trancamento dos inquéritos policiais nº 2108/2018-1 e 760/2019-1.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões de recurso (id. 221476932) e, em juízo de retratação, o magistrado de primeiro grau manteve a decisão recorrida (id. 221476933).

Os autos vieram a esta Corte Regional, onde foram distribuídos, por sorteio, a minha relatoria.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso (id. 244580925).

É o relatório.

Dispensada a revisão, a teor dos artigos 34 e 236, *caput*, do Regimento Interno desta Corte Regional.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O julgamento do recurso em sentido estrito deve ser julgado prejudicado, já que o caso é de extinção do *habeas corpus* impetrado na origem, sem resolução do mérito, por ausência de condições da ação.

De início, faço breve relato das principais passagens processuais, sendo que decorre dos autos que, em 12/06/2018, agentes da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, durante fiscalização em região de mata fechada em Taipas, São Paulo/SP, encontraram e apreenderam equipamentos destinados à emissão clandestina de radiodifusão, os quais operavam na frequência de 88,3 MHz. Em posterior análise dos aparelhos, foram localizados arquivos de programação com conteúdo de interesse da *Igreja Pentecostal Santificação no Senhor*, administrada por *David Oliveira de Miranda* (id. 221476837 – fl. 18 e id. 221476838 – fls. 5/6).

O fato foi comunicado ao Ministério Público Federal e, após processada a Notícia de Fato, foi requisitada a instauração de inquérito policial para apurar o cometimento do crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 (id. 221476838 – fl. 17), autuado sob o nº 2108/2018-1 (id. 221476837 – fls. 1/2).

Consta, ainda, que durante o mês de abril de 2019, agentes da ANATEL identificaram no município de Mairiporã/SP o uso de radiofrequência sem autorização da agência reguladora na frequência 99,7 MHz, fato que motivou a instauração do inquérito policial nº 760/2019-1 (id. 221476841 – fl. 2). Durante o período de fiscalização, a ANATEL apurou a propagação de conteúdo relacionado à *Igreja Pentecostal Santificação no Senhor*, presidida por *David Oliveira de Miranda* (id. 221476843 – fls. 2 e 5).

Após a realização das diligências investigativas no bojo do inquérito policial nº 760/2019-1, a Procuradoria da República notificou *David Oliveira de Miranda* para ciência e manifestação de interesse na oferta de acordo de não persecução penal, já que constatou provas de autoria e de materialidade da ocorrência do crime estabelecido no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 e consignou que a recusa do acordo acarretaria o oferecimento da denúncia (id. 221476855).

Por verificar constrangimento ilegal na instauração dos inquéritos policiais, foi impetrado *habeas corpus* contra o ato do Delegado de Polícia Federal da Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários em São Paulo, no qual se sustentou a ausência de justa causa para prosseguimento das investigações, pleiteou-se a concessão delimitar para suspensão do trâmite dos apuratórios e, no mérito, o arquivamento dos procedimentos (id. 221476834).

Indeferido o pedido liminar (id. 221476857) e apresentadas as informações pela autoridade coatora (id. 221476862), o magistrado de primeira instância denegou a ordem de *habeas corpus* (id. 221476868), o que ensejou a interposição do presente recurso em sentido estrito, com fundamento no artigo 581, inciso X, do Código de Processo Penal, em reiteração aos argumentos iniciais de atipicidade da conduta e ausência de indícios de autoria.

Pois bem, no caso dos autos o recorrente pretende o trancamento de dois inquéritos policiais distintos (nº 2108/2018-1 e nº 760/2019-1) e, para tanto, aponta como autoridade coatora o Delegado de Polícia Federal da Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários em São Paulo.

Neste ponto, destaco que o inquérito policial de nº 2108/2018-1 foi instaurado por requisição do Procurador da República, ato que não se sujeita a juízo de discricionariedade da autoridade policial, a quem cabe acatar a requisição ministerial sob pena de sofrer sanções penais e administrativas.

Dessa forma, em realidade, o ato tido coator emanou do membro do *Parquet* federal que requisitou a instauração do procedimento investigativo, pelo que o Delegado de Polícia Federal da Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários em São Paulo é parte ilegítima para figurar no polo passivo deste *writ*.

No particular, a ilegitimidade passiva é vício insanável pela parte, já que a impetração de *habeas corpus* em decorrência de ato coator praticado por membro do Ministério Público Federal implicaria a incompetência absoluta do magistrado *a quo* para processamento do feito, diante da regra estabelecida no artigo 108, I, “a”, da Constituição Federal.

Assim, ao pretender o trancamento do procedimento investigativo instaurado sob o nº 2108/2018-1, o recorrente deveria ter impetrado *habeas corpus* perante esta Corte Regional e apontado o Procurador da República requisitante como autoridade coatora.

Por sua vez, em relação ao inquérito policial nº 760/2019-1, constato que à época da impetração do *writ*, o Ministério Público Federal já havia ofertado proposta de acordo de não persecução penal em relação aos fatos investigados naquele feito, de maneira que carece à parte impetrante o interesse de agir quanto ao trancamento das investigações.

Com efeito, o inquérito policial constitui procedimento administrativo informativo e preparatório realizado pela Polícia Judiciária, cuja finalidade é reunir elementos necessários para a apuração da prática de uma infração penal e sua autoria, com o intuito de propiciar ao órgão ministerial a formação da opinião para o oferecimento ou não da peça acusatória e dos benefícios cabíveis na hipótese.

Se o órgão de acusação formou a *opinio delicti* necessária à propositura do pacto previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, é dizer que as diligências investigativas preliminares se esgotaram e não há que se falar em trancamento do inquérito policial respectivo.

Finalmente, observo que tampouco é o caso de se conceder *habeas corpus* de ofício, já que o trancamento de inquérito policial somente é possível em situações excepcionais e decorre da demonstração inequívoca do total descabimento do procedimento inquisitorial, ou seja, quando evidente a ausência de justa causa consubstanciada na extinção da punibilidade,

atipicidade da conduta ou ausência de indícios de materialidade e autoria delitivas, o que não ocorreu no presente caso.

Ante o exposto, *julgo extinto o habeas corpus* sem resolução do mérito, com base no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil c.c. o artigo 3º do Código de Processo Penal e *julgo prejudicado* o exame do recurso em sentido estrito interposto pela defesa de *David Oliveira de Miranda*.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL

5028151-31.2021.4.03.0000

Impetrante: GIGA BR DISTRIBUIDOR E ATACADISTA LTDA

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 7ª VARA FEDERAL CRIMINAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/03/2022

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL. PROCESSO PENAL. MEDIDA ACAUTELATÓRIA DE SEQUESTRO DE BENS. CABIMENTO. LIBERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Em que pese alguma hesitação da jurisprudência quanto ao cabimento do mandado de segurança contra medida que, em feito de natureza penal, decreta a constrição de bens, o remédio constitucional é cabível.
2. A medida de sequestro de bens é decretada initio litis, de maneira que a apelação é recurso distante, do ponto de vista procedimental, não nos parecendo suficiente à garantia dos direitos individuais, se violados. Outrossim, é sabido que a apelação é despida de efeito suspensivo quando a sentença estabelece medidas como a tutela provisória ou quando confirma medida liminar anteriormente concedida, conforme preceituam, respectivamente, os artigos 294 e 1.012 do NCPC. Esse aspecto, aliado à inexistência, no processo penal, de um recurso contra decisões interlocutórias com a abrangência do agravo de instrumento, mais amplo que o recurso em sentido estrito, demonstra também a conveniência de admitir-se o mandado de segurança em casos que tais.
3. Infere-se dos autos que a investigação criminal apurou indícios da prática de furto mediante fraude continuado em detrimento da Caixa Econômica Federal, causando-lhe prejuízos de grande monta mediante desvio de cartões de crédito emitidos pelo banco em nome de diversos clientes, e posterior utilização deles para realização de compras de atacado em estabelecimentos comerciais específicos, no caso a impetrante. Os titulares das contas às quais os cartões estavam vinculados contestaram as compras gerando à CEF um prejuízo de R\$1.250.010,54.
4. Existem, efetivamente, indícios veementes da prática dos delitos indicados e de que seus autores são as pessoas nominadas na representação. A medida de sequestro foi decretada tendo como fundamento o conjunto das operações do grupo consideradas suspeitas.
5. A decisão constritiva apontada como ato coator no presente *mandamus* fundamentou-se não só no Decreto-Lei nº 3.240/41, mas também nos artigos 125 a 127 e 132, todos do Código de Processo Penal e artigo 91, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal, que pertinem a bens adquiridos pelos indiciados com os proveitos da infração.
6. O próprio Código Penal, no seu art. 91, II, parágrafo 2º, é assente no sentido de que “as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda”, não se vislumbrando, portanto, qualquer ilicitude na decretação do sequestro e bloqueio dos bens móveis e imóveis da impetrante no montante do prejuízo apurado.
7. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu, DENEGAR A SEGURANÇA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, sem pedido de liminar, impetrado por GIGA BR DISTRIBUIDOR E ATACADISTA, em face de ato imputado ao Juízo da 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP que, nos autos da nº 5005837-75.2021.4.03.6181, deferiu pedido de sequestro e bloqueio de bens móveis e imóveis.

Consta da inicial que foi deferido Pedido de Sequestro de Bens e Outras Medidas, com supedâneo no Decreto-Lei nº 3.240/41, por pretensão aproveitamento ilícito de recursos oriundos da Caixa Econômica Federal, conforme requerimento da Polícia Federal e manifestação favorável do Ministério Público Federal.

Relata que a investigação capitaneada pela Polícia Federal visa apurar fraudes cometidas por DIEGO MORAIS SANTANA decorrente de uso de cartão de crédito fraudado, em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, as quais resultaram em um prejuízo de R\$ 1.250.010,54 (um milhão, duzentos e cinquenta mil, dez reais e cinquenta e quatro centavos), realizando compras em nome das empresas Supermercado São Paulo Ltda. e Imigrantes Bebidas Eireli, nos estabelecimentos da empresa GIGA BR DISTRIBUIDOR E ATACADISTA, nas cidades de Jundiaí/SP e Guarulhos/SP.

A impetrante alega a inaplicabilidade do decreto-lei 3240/41 aos crimes que resulta prejuízo à Caixa Econômica Federal, pois sua abrangência se limita à Fazenda Nacional.

Aponta ausência de materialidade delitiva nos fatos imputados ao impetrante, o qual é pessoa jurídica não investigada ou formalmente acusada, ou a colaboradores do impetrante ou representante legal.

Também alega ausência de tipicidade na conduta do impetrante, uma vez que não há lei federal que obrigue o estabelecimento comercial a exigir documento de identidade do portador do cartão no ato do pagamento, sobretudo na hipótese em que a utilização do cartão é vinculada à senha pessoal, não havendo como concluir que o impetrante agiu com culpa, mesmo porque os crimes imputados (furto qualificado e associação criminosa) não possuem modalidade culposa.

Aduz que colaborou com as investigação capitaneada pela Polícia Federal e que também é uma vítima da referida fraude.

Discorre sobre sua tese e requer a suspensão de qualquer constrição ou sequestro de bens da impetrante e suas filiais. No mérito, pugna pela concessão definitiva da segurança.

A liminar foi indeferida (ID 220887666).

A autoridade impetrada prestou suas informações (ID 221803735), instruídas com cópias dos autos de origem (ID 221801973).

O Exmo. Procurador Regional da República, João Francisco Bezerra de Carvalho, manifestou-se pelo desprovisionamento do *mandamus*, mantendo-se a decisão proferida nos autos originais (ID 221986156)

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

Em que pese alguma hesitação da jurisprudência quanto ao cabimento do mandado de segurança contra medida que, em feito de natureza penal, decreta a constrição de bens, entendo que o remédio constitucional é cabível.

Argumenta-se, em sentido contrário, que a medida poderia ser contestada em primeiro grau através de pedido de restituição ou embargos de terceiro, ambos os casos ensejando apelação, recurso que, por ter em regra efeito suspensivo, desautorizaria o uso do mandado de segurança.

Contudo, tem-se que, nesses casos, em geral a medida é decretada initio litis, de maneira que a apelação é recurso distante, do ponto de vista procedimental, não nos parecendo suficiente à garantia dos direitos individuais, se violados. Outrossim, é sabido que a apelação é despida de efeito suspensivo quando a sentença estabelece medidas como a tutela provisória ou quando confirma medida liminar anteriormente concedida, conforme preceituam, respectivamente, os artigos 294 e 1.012 do NCPC. Esse aspecto, aliado à inexistência, no processo penal, de um recurso contra decisões interlocutórias com a abrangência do agravo de instrumento, mais amplo que o recurso em sentido estrito, demonstra também a conveniência de admitir-se o mandado de segurança em casos que tais.

Passo, pois, a analisar as alegações do impetrante.

A decisão impugnada está assim redigida (ID 210368458):

Trata-se de representação formulada pela Autoridade Policial, vinculada ao GRUPO DE REPRESSÃO A CRIMES CIBERNÉTICOS - GRCC/DRCOR/SR/PF/SP, datada de 13.08.2021 (ID 70213142 - Pág. 1 a 44), pugnando, em síntese, pela:

A) (...)

B) (...)

C) SEQUESTRO E BLOQUEIO DE BENS E VALORES para ressarcimento do dano ao erário em especial veículos, valores em espécie ou depositados em contas bancárias, em moeda nacional e/ou estrangeira, e joias, bem como dos bens imóveis, declarando, na decisão, nulo de pleno direito qualquer ato posterior de disposição dos referidos bens, oficiando-se na sequência aos bancos e órgãos de registros respectivos em face Das pessoas físicas e jurídicas abaixo relacionada:

(...)

9 GIGA JUNDIAI 10.194.833/0006-07 R\$802.947,98

10 GIGA GUARULHOS 10.194.833/0012-47 R\$447.062,56

(...)

O pedido veio instruído com:

- Ofício 044/2020 CECAC (CECAC – CN Segurança em Cartões de Crédito da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL) em Brasília/DF, datado de 15.10.2020, reportando fraudes em cartões de CEF vinculadas à rede de estabelecimentos GIGA, rede de atacadistas que atua em algumas cidades no estado de São Paulo (Guarulhos e Jundiaí), totalizando R\$1.250.010,54 em prejuízo líquido suportado pela Caixa Econômica Federal (ID 70297008 - Pág. 1 a 6);

- INFORMAÇÃO TÉCNICA Nº 01/2021- GRCC/DRCOR/SR/PF/SP, datada de 08.07.2021, sobre as Fraudes por meio de desvio de cartões de crédito CAIXA – terminal de compras EC GIGA ATACADO (ID 70297011 - Pág. 1 a 64);

- INFORMAÇÃO Nº 26/2021 - GRCC/DRCOR/SR/PF/SP, de 08.07.2021, dando conta de que foram realizadas diligências nos endereços cujos possíveis moradores apresentavam maiores indícios de envolvimento na fraude, além de endereços de entrega cujos gastos realizados pelo usuário do cartão fossem superiores a 50 mil reais (ID 70297014 - Pág. 1 a 23);
- INFORMAÇÃO Nº 30/2021 - GRCC/DRCOR/SR/PF/SP, datada de 29.07.2021, noticiando diligência junto ao estabelecimento GIGA GUARULHOS, para questionar o cadastro dos clientes SUPERMERCADO SÃO PAULO LTDA. e IMIGRANTES BEBIDAS EIRELI, que constam como compradores do GIGA GURULHOS com a utilização dos cartões de crédito fraudados; também realizada diligência na unidade do GIGA localizada na cidade de Jundiaí/SP (ID 70297020 - Pág. 10);
- INFORMAÇÃO Nº 37/2021 - GRCC/DRCOR/SR/PF/SP, datada de 05.08.2021, dando conta de diligência junto ao SUPERMERCADO SÃO PAULO, que informou NUNCA ter realizado compras em quaisquer das lojas do GIGA, tampouco ter efetuado cadastro com eles (ID 70297021 - Pág. 1 a 4);
- RELATÓRIO DE ANÁLISE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA Nº 02/2021 NO/GRCC/DRCOR/SR/PF/SP - relatório com finalidade de consubstanciar os principais alvos de interesse da investigação e sintetizar o modus operandi utilizado por eles, além de complementar as Informações nº 01, 26, 30 e 37/2021 - GRCC/DRCOR/SR/PF/SP e consolidar aquilo que foi levantado no curso da investigação, de modo a tornar conciso os elementos que eventualmente possam fundamentar representação acerca de mandados de busca e apreensão e prisão (ID 70297024 - Pág. 1 a 33).

(...)

É o relato do essencial. Decido.

A presente medida cautelar refere-se aos autos nº 5005704-33.2021.403.6181 (IPL eletrônico nº. 2021.0025854), distribuídos livremente a esta 7ª Vara em 06.08.2021, tratando-se de inquérito policial instaurado em 05/05/2021 para apurar a suposta formação de organização criminosa para a prática de furtos mediante fraude em detrimento da Caixa Econômica Federal no período de 01.01.2020 a 10.09.2020, causando-lhe prejuízos de grande monta (apurado, até o momento, um prejuízo de R\$1.250.010,54 (um milhão, duzentos e cinquenta mil, dez reais e cinquenta e quatro centavos)), mediante desvio de cartões de crédito emitidos pelo banco em nome de diversos clientes, e posterior utilização deles para realização de compras de atacado em estabelecimentos comerciais específicos.

Conforme consta dos autos, no quadro em ID 70297024, fls. 11, houve realização, no período de janeiro a agosto de 2020, de 49 compras de alto valor em estabelecimento da rede atacadista “Giga” situado na Rua Zuferey, 210, Vila Angélica, Jundiaí/SP, e portador do CNPJ 10.194.833/0006-07, com uso de 21 cartões de crédito em modalidade presencial. Os titulares das contas às quais os cartões estavam vinculados contestaram as compras, gerando para a Caixa Econômica Federal um prejuízo de R\$ 802.947,98.

De acordo com quadro em ID 70297024, fls. 12, houve realização, no período de junho a agosto de 2020, de 15 compras de alto valor em estabelecimento da rede atacadista Giga situado na Avenida Presidente Tancredo de Almeida Neves, 568, Macedo, Guarulhos/SP, e portador do CNPJ 10.194.833/0012-47, com uso de 8 cartões de crédito em modalidade presencial. Os titulares das contas às quais os cartões estavam vinculados contestaram as compras, gerando para a Caixa Econômica Federal um prejuízo de R\$ 447.062,56.

A presente investigação abrange, portanto, 64 compras fraudulentas efetuadas no ano de 2020 com 29 cartões de crédito emitidos pela Caixa Econômica Federal, totalizando prejuízo de R\$1.250.010,54 (um milhão, duzentos e cinquenta mil, dez reais e cinquenta e quatro centavos). Diligências efetuadas pela Polícia Federal junto a esses estabelecimentos comerciais revelaram que a maioria das compras foi realizada pela empresa “Supermercado São Paulo Ltda.” Avenida Presidente Vargas, 162, Cidade Nova, Franca/SP, e portadora do CNPJ 04.104.379/0001-30. Algumas foram efetuadas pela empresa Imigrantes Mercantil Eireli, situada na Avenida Mi-

guel Stéfano, 2096, Agua Funda, São Paulo/SP e portadora do CNPJ 04.517.343/0001-89. A mercadoria objeto das compras consistia em bebidas.

Revelou-se durante, entretanto, que as investigações os cartões utilizados nas compras não eram de titularidade das empresas compradoras, “Supermercado São Paulo Ltda. e Imigrantes Mercantil Eireli”, mas de terceiros. Eles foram entregues em dezenas de endereços diferentes, a maioria em São Paulo/SP (ID 70297011, fls. 14/15), mas tais endereços não são nem os das empresas compradoras, nem os dos titulares das contas a que vinculados os cartões.

Com efeito, embora os cartões tenham de fato sido emitidos pela Caixa Econômica Federal, os elementos até o momento constantes dos autos evidenciam que chegaram em endereços diversos por troca fraudulenta de endereços dos titulares das contas no sistema da Caixa Econômica Federal ou por desvio no fluxo postal.

A informação da Polícia Federal em ID 70297024 trouxe alguns elementos importantes para a identificação da autoria delitiva, evidenciando-se o seguinte:

- a. DIEGO MORAIS SANTANA (...)
- b. EMANUEL ARAÚJO DOS SANTOS (...)
- c. IVONE BALSOTI CALIXTO (...)
- d. DENIS SAMPAIO DOS SANTOS (...)
- e. KATHLEEN MANTAS MARCONDES DA FONSECA (...)
- f. GUSTAVO VERÍSSIMO COSTA (...)

Assim, até o momento foram identificados os recebedores de 12 cartões, com os quais foram feitas 32 compras fraudulentas.

(...)

Com relação à “GIGA ATACADO”, a situação é muito mais delicada. Embora a Polícia Federal tenha recebido da empresa notas fiscais relativas às vendas, os representantes das empresas compradoras não foram devidamente identificados, nem foi justificada a razão pela qual, em transações de valores tão altos, foram aceitos cartões em nome de terceiros.

Reitero os argumentos ministeriais no sentido de que “é espantoso que a GIGA ATACADO não conhecesse bem clientes tão diferenciados, sendo mesmo de duvidar que as vendas realmente ocorreram, embora documentadas. O fato é que os valores subtraídos da Caixa Econômica Federal foram pagos à Giga Atacado. Se ela mesma não simulou as operações, sendo delas a principal beneficiada e agindo dolosamente, no mínimo atuou com culpa grave, permitindo que terceiros realizassem compras com uso fraudulenta tanto do CNPJ de duas empresas quanto de cartões de diversos clientes da Caixa Econômica Federal.”

(...)

DO SEQUESTRO DE BENS

O sequestro de bens está disciplinado nos artigos 125 e seguintes do Código de Processo Penal da seguinte maneira:

(...)

Sobre as medidas assecuratórias contidas no CPP, houve alteração dada pela Lei 12.694/2012 no Código Penal que nessas medidas repercutem:

(...)

Com efeito, sequestro é uma medida cautelar de natureza patrimonial fundada precipuamente no interesse público de ulterior confisco (qualquer espécie) e, secundariamente, no interesse da reparação do dano.

Trata-se de medida cautelar da competência do juízo penal, que pode recair sobre bens móveis e imóveis:

CPP, art. 132: “Proceder-se-á ao sequestro dos bens móveis se verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro.” Logo, quando se trata de bem móvel que é produto direto da infração penal, decreta-se a apreensão, salientando que a busca e apreensão está inserida no Título VII que se refere às Provas, no seu Capítulo XI.

E, quando incabível a apreensão, é possível haver o sequestro de bens móveis (art. 132 do CPP). Deve ser observado que, até a Lei 12.694/12, o sequestro recaía apenas sobre bens de origem ilícita. Assim sendo, até a referida lei, o sequestro não podia recair sobre bens de origem lícita. A Lei 12.694/12 acrescentou dois parágrafos ao art. 91 do Código Penal e passou a prever que, se o produto do crime não for encontrado ou se ele se localizar no exterior, será possível, nesses casos, que o sequestro recaia sobre patrimônio de origem lícita.

Sobre a possível incidência do sequestro sobre bens lícitos do investigado/acusado, o próprio eg. STJ tem entendimento da aplicação do Decreto-Lei 3.240/1941, que visa garantir a reparação do dano causado à Fazenda Pública, vítima de crime, podendo incidir até sobre os bens de origem lícita do acusado/investigado (Processo: AgRg no AREsp 1182173 / MG - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL- Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - Órgão Julgador: SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 05/04/2018).

Nesta análise primária, busca-se constatar eventual subsunção dos motivos que embasam o pedido da d. Autoridade Policial à *fattispecie* abstrata. E, verifico nesta cognição sumária a possibilidade de provimento do SEQUESTRO E BLOQUEIO DE BENS E VALORES para ressarcimento do dano ao erário, em especial veículos, valores em espécie ou depositados em contas bancárias em moeda nacional e/ou , e estrangeira e joias, bem como dos bens imóveis, porquanto existem indícios veementes de que DIEGO MORAIS SANTANA e os responsáveis pela “GIGA ATACADO” em Jundiaí/SP e Guarulhos/SP se beneficiaram com os prejuízos causados à CEF com os fatos aqui apurados, seja na condição, o primeiro, de um dos responsáveis pela fraude, seja, os responsáveis pelos estabelecimentos comerciais, de terceiros cujos representantes agiram com culpa grave, nos exatos termos do artigo 4º do Decreto-Lei nº 3.240/1941.

Conforme exposto pelo MPF. cujos argumentos adoto como razão de decidir e que abaixo transcrevo, a medida se mostra apropriada quanto ao investigado DIEGO e ao “GIGA ATACADO” em Jundiaí/SP, CNPJ 10.194.833/0006-07 e “GIGA ATACADO” em Guarulhos/SP, CNPJ 10.194.833/0012-47:

(...)

Anoto que o bloqueio das contas bancárias e de eventuais aplicações, bem como o sequestro como um todo, deve ser deferido como medida assecuratória da eficácia de eventual decisão judicial contrária aos investigados, para eventual reparação dos danos provenientes das práticas delituosas ora noticiadas e para assegurar a efetiva execução da pena e de seus efeitos. Diante do exposto, nos termos dos artigos 125 a 127 e 132, todos do Código de Processo Penal, artigo 91, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal, combinados com o Decreto-Lei nº 3.240/1941, aplicável à seara penal conforme jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, defiro o SEQUESTRO bens imóveis, veículos, valores depositados em contas bancárias e outros bens móveis de valor expressivo acima de R\$ 1.000,00, observados os seguintes limites, conforme prejuízos causados pelos investigados a seguir relacionados:

a) (...)

b) R\$802.947,98 para a GIGA ATACADO em Jundiaí/SP, CNPJ 10.194.833/0006-07, ficando expressamente excluídos da medida os estoques de bens diretamente comercializados pelos estabelecimentos, a fim de que se possibilite a manutenção da atividade econômica e, conseqüentemente, dos empregos gerados;

c) R\$ 447.062,56 “GIGA ATACADO” em Guarulhos/SP, CNPJ 10.194.833/0012-47 ficando expressamente excluídos da medida os estoques de bens diretamente comercializados pelos estabelecimentos, a fim de que se possibilite a manutenção da atividade econômica e, conseqüentemente, dos empregos gerados.

(...)

Infere-se dos autos que a investigação criminal apurou indícios da prática de furto mediante fraude continuado em detrimento da Caixa Econômica Federal, causando-lhe pre-

juízos de grande monta mediante desvio de cartões de crédito emitidos pelo banco em nome de diversos clientes, e posterior utilização deles para realização de compras de atacado em estabelecimentos comerciais específicos, no caso a impetrante.

No período de janeiro a agosto de 2020 foram efetuadas compras de alto valor nos estabelecimentos da GIGA ATACADO nas cidades de Jundiaí/SP e Guarulhos/SP, com uso inúmeros cartões de crédito gerados de forma fraudulenta, com troca de endereços dos titulares das contas ou por desvio no fluxo postal. Os titulares das contas às quais os cartões estavam vinculados contestaram as compras gerando à CEF um prejuízo de R\$1.250.010,54.

As compras eram feitas em nome das empresas Supermercados São Paulo Ltda. e Imigrantes Mercantil Eireli, mesmo com cartões pertencentes aos terceiros. Os representantes destas empresas afirmaram que nunca efetuaram compras nos estabelecimentos da GIGA ATACADO.

Por sua vez, a empresa GIGA ATACADO, mesmo apresentando notas fiscais, não esclareceu porque eram aceitos os cartões de terceiros para compras de valores tão elevados, bem como porque não procedia à verificação da autenticidade das compras.

In casu, existem, efetivamente, indícios veementes da prática dos delitos indicados pela autoridade policial e pelo Ministério Público Federal e de que seus autores são as pessoas nominadas na representação.

Nesse sentido, anotamos que a medida de sequestro foi decretada tendo como fundamento o conjunto das operações do grupo consideradas suspeitas.

Importante ressaltar, ainda, que a decisão constritiva apontada como ato coator no presente *mandamus* fundamentou-se não só no Decreto-Lei nº 3.240/41, mas também nos artigos 125 a 127 e 132, todos do Código de Processo Penal e artigo 91, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal, que pertinem a bens adquiridos pelos indiciados com os proveitos da infração.

Ademais, o próprio Código Penal, no seu art. 91, II, parágrafo 2º, é assente no sentido de que “as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda”, não se vislumbrando, portanto, qualquer ilicitude na decretação do sequestro e bloqueio dos bens móveis e imóveis da impetrante no montante do prejuízo apurado.

Dessa forma, temos que todos os itens sequestrados, móveis e imóveis, objetivam garantir o perdimento ou reparação de danos resultantes das condutas criminosas que foram objeto da representação.

Por fim, cumpre salientar, no que tange aos fundamentos adotados pela autoridade impetrada, que a decisão ora impugnada encontra-se devidamente justificada diante do elevado acervo probatório amealhado e está em consonância com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não se vislumbrando a ocorrência das ilegalidades apontadas pelo impetrante, razão pela qual a mesma deve ser mantida.

Ante o exposto, DENEGO A SEGURANÇA.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5002169-78.2022.4.03.0000

Paciente: SUZY DA SILVA GOMES

Impetrante: DYLLAN REBELLO NETO

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 9ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/03/2022

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62/20 DO CNJ. CRIME COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PACIENTE DE 18 ANOS DE IDADE. PRIMÁRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.

1. Em que pesem os indícios de materialidade e autoria delitivas, trata-se de crime cometido sem violência ou grave ameaça.
2. Embora conste do auto de prisão em flagrante que no momento da abordagem policial a paciente declarara que praticava fraudes em agências bancárias havia 3 (três) meses, o que foi corroborado pelo seu interrogatório em sede policial no sentido de que seria a sexta ou sétima vez que viajava a Campinas e proximidades para perpetrar a fraude, não há prova de que a paciente possua registros criminais anteriores nem de que efetivamente integre organização criminosa, destacando-se suas declarações no sentido de que teria sido “abandonada” pelos coautores do delito, seu namorado e um amigo deste.
3. Mantenho a liminar deferida para o fim de substituir a prisão preventiva por medidas cautelares alternativas à prisão.
4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu, *CONCEDER* a ordem de *habeas corpus* para substituir a prisão preventiva da paciente Suzy da Silva Gomes pelo cumprimento das seguintes medidas cautelares alternativas à prisão: a) comprovação, em 30 (trinta) dias, do local em que pode ser encontrada para intimação; b) comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de que seja restabelecida a prisão preventiva; c) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga se tiver residência e trabalhos lícitos; d) proibição de mudar de endereço sem informar a Justiça Federal, assim como de ausentar-se de seu respectivo domicílio, por mais de uma semana, sem prévia e expressa autorização do Juízo; e) proibição de ausentar-se do País sem prévia e expressa autorização judicial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Suzy da Silva Gomes a fim de que seja revogada a prisão preventiva decretada nos Autos n. 5000771-17.2022.4.03.6105, em trâmite perante a 9ª Vara Criminal Federal de São Paulo (SP) (Id n. 252743541).

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) a paciente foi presa em flagrante delito por suposta prática dos crimes previstos nos arts. 171, § 3º, e art. 288, ambos do Código Penal;

b) realizada a audiência de custódia, o representante do Ministério Público Federal requereu a conversão do flagrante em prisão preventiva, ao passo que a defesa requereu o relaxamento da prisão em flagrante com relação ao crime do art. 288 do Código Penal e a concessão da liberdade provisória, demonstrando a desnecessidade da prisão preventiva;

c) o Magistrado converteu a prisão em flagrante da paciente em prisão preventiva, alegando de forma genérica que a prisão cautelar é necessária para garantia da ordem pública, para evitar a reiteração de crimes;

d) a paciente preenche todos os requisitos para responder ao processo em liberdade, sendo pessoa trabalhadora, que exerce a profissão de manicure, e possuindo residência fixa, além de ser primária;

e) há constrangimento ilegal sofrido pela paciente, consistente na desproporcionalidade da prisão preventiva, bem como pelo fato de ser negada a fiança, tornando-se perfeitamente cabível a impetração do *writ*;

f) o delito imputado tem pena mínima de 1 (um) ano, sendo certo que a paciente poderá ser beneficiada com o acordo de não persecução penal e/ou suspensão condicional do processo, e, em remota possibilidade de condenação, a pena de reclusão será substituída pela pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal;

g) evitar a soltura da paciente, sob entendimento de que livre voltará a delinquir, sem nenhum pressuposto que autorize tal conclusão, consubstancia mera presunção e especulação, não havendo no presente caso dados concretos e inequívocos da possibilidade de reiteração criminosa;

h) embora existam indícios de autoria e materialidade do delito, ausente o perigo decorrente da liberdade da paciente apto a autorizar a prisão preventiva;

i) o delito não foi cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, tratando-se de paciente primária e não havendo indicativos de que solta voltará a delinquir;

j) não estão presentes os requisitos exigidos para a manutenção da prisão cautelar, pois ausente risco à ordem pública, à conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal;

k) não há necessidade de segregação cautelar antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e a liberdade provisória cumulada com algumas medidas cautelares se mostram suficientes ao caso, tendo em vista se tratar de paciente trabalhadora, com residência fixa e família constituída, primária e sem nenhum gravame que desprestige a sua personalidade;

l) liminarmente, pleiteia a revogação da prisão preventiva, por falta de fundamentação idônea, ou, ainda, a concessão de liberdade provisória, expedindo-se alvará de soltura clausulado;

m) no mérito, requer a concessão da ordem, confirmando-se a liminar pela soltura da paciente (Id n. 252743541).

Foram juntados documentos (Ids ns. 252743549, 252743565, 252743576, 252743577 e 252743579).

A liminar foi deferida para substituir a prisão preventiva da paciente Suzy da Silva Gomes pelo cumprimento das seguintes medidas cautelares alternativas à prisão: a) comprovação, em 30 (trinta) dias, do local em que pode ser encontrada para intimação; b) comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de que seja restabelecida a prisão preventiva; c) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga se tiver residência e trabalhos lícitos; d) proibição de mudar de endereço sem informar a Justiça Federal, assim como de ausentar-se de seu respectivo domicílio, por mais de uma semana, sem prévia e expressa autorização do Juízo; e) proibição de ausentar-se do País sem prévia e expressa autorização judicial (Id n. 252748053).

A autoridade impetrada prestou informações (Id n. 253002503).

O Ilustre Procurador Regional da República, Vinícius Fernando Alves Fermino, manifestou-se pela denegação da ordem, com revogação da medida liminar concedida (Id n. 253302940).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Habeas Corpus. Prisão preventiva. Requisitos: fumus comissi delicti e periculum libertatis. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a prisão preventiva deve ser lastreada em fundamentação concreta sobre a existência de prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), e presente uma das situações de risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (*periculum libertatis*) (STJ, HC n. 516.105, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.09.19; RHC n. 113.380, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13.08.19).

Do caso dos autos. A presente impetração impugna decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal de Campinas (SP), datada de 02.02.22, que indeferiu o pedido defensivo de concessão de liberdade provisória e, por outro lado, acolheu o pleito ministerial e converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, nos seguintes termos:

Pela narrativa dos autos, a flagranciada foi detida por suposta infringência ao artigo 171 §3º c/c art. 288 CP, ocorrido no dia 30/01/2021.

Referido delito possui pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, o que, em tese, autorizaria a decretação da prisão preventiva.

Por outro lado, nos termos da Lei nº 12.403/2011 e ditames da nova Lei nº 13.964/2019 e seus reflexos no CPP, a prisão preventiva revela-se medida de caráter excepcional no nosso ordenamento jurídico, mormente, se, no caso concreto, a imposição das cautelares arroladas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal forem suficientes e adequadas.

A nova sistemática deixa, sem dúvidas, a medida cautelar da prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou reiteração criminosa, devendo, em princípio, ser evitada, tendo lugar apenas quando inadequadas ou descumpridas outras medidas cautelares impostas.

Constato que não foram juntados ao Auto de Prisão em Flagrante os apontamentos criminais formais da presa, portanto, neste momento, não há apontamentos desfavoráveis a serem considerados.

Somado a isso, cabe ressaltar que o crime a ela imputado nestes autos não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Todavia, quanto às condições pessoais da presa constato, pelo interrogatório e boletim individual de vida pregressa, consta que ela seria natural de São Paulo/SP, CPF nº 530.757.278-65, residente na(o) SECONDINO, nº 538, CASA, bairro JARDIM INDEPENDENCIA, CEP 03225-040, São Paulo/SP, BRASIL, fone(s) (11) 64632731.

Portanto, a flagranciada reside fora do Distrito da Culpa.

Por sua vez, alega possuir “cônjuge” há um ano, e que ele seria “marceneiro”. Ainda, assevera trabalhar como Manicure e possuir renda de R\$ 1.000,00 (um mil reais), a qual somada com a renda do “cônjuge”, totalizaria renda mensal de R\$2.000,00 (dois mil reais). Todavia, conforme bem apontado pelo MPF na CTPS da presa, de ID 241045395 não consta qualquer ocupação lícita pela flagranteada (ID 241257819).

Alega residir em um imóvel alugado, com outras seis pessoas. E que o custo de moradia seria R\$ 800,00 (oitocentos reais) de aluguel. Afirma não possuir filhos ou dependentes.

Finalmente, na posse da flagranciada foram apreendidos um dispositivo de plástico cor preta, conhecido como “chupa cabra”, Lacre 0000010 e Um aparelho celular REDMI, Imei1: 867745050635354, Imei2: 867745050635665, com chip Claro, Lacre 0002474, segundo consta do Auto de Apreensão de ID 241034734, fl. 05.

II– DA NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

A autoridade policial, quando da sua manifestação de ID 241034734, fl. 07, representa tanto pela prisão preventiva da flagranciada, quanto pelo acesso e quebra de sigilo de dados do celular apreendido, nos seguintes termos:

“(…) DA REPRESENTAÇÃO PELO AFASTAMENTO DO SIGILO TELEFONICO E DEMAIS DADOS CONTIDOS NO APARELHO CELULAR APREENDIDO DO CONDUZIDO. Considerando a necessidade de aprofundamento nas investigações criminais do caso em apreço, represento pela autorização judicial para que seja efetuada a perícia e/ou Informação Policial a partir dos dados contidos no aparelho celular apreendido do ora conduzido, SUZY DA SILVA GOMES, CPF nº 530.757.278-65, para fins de, em sendo o caso, instruir a presente investigação criminal. Acrescento que há outros envolvidos e portanto sendo de alto interesse da Polícia Federal a desarticulação de organização criminosa. DO PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA Observa-se possível e iminente ORCRIM, mas tipificada nesse primeiro momento em ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA resta claro que não se trata de caso comum, demandando medidas mais graves dos órgãos de repressão penal, sob pena de inviabilizar o devido processamento dos responsáveis. De acordo com a nova redação do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada nos seguintes casos: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (...) Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; Passemos então a analisar os requisitos para concessão da medida. Inicialmente cumpre esclarecer que os crimes em comento – associação criminosa e estelionato majorado – têm pena superior a quatro anos, sendo preenchido tal requisito legal. Também a autoria resta verificada de forma inequívoca, tal como demonstrado nos depoimentos e apreensões realizadas Com efeito, observa-se pelos fatos que trata-se de COMPLEXA LOGÍSTICA e rentável grupo criminoso em que envolve até número “o800” FALSO. Isto posto, insta salientar que as elevadas penas cominadas aos delitos em questão certamente gerariam nos presos o receio da repressão penal. Por conta de tal fato, a decretação de sua prisão preventivas serviria para garantir a aplicação da lei Nesta esteira, a sofisticada empreitada delitiva permite concluir que, caso em liberdade, os autuados voltariam a delinquir, gerando perigo social concreto, sendo que a decretação de suas preventivas também serviria para garantia da ordem pública.

Diante do exposto, represento pela decretação das prisões preventivas dos autuados (...). Da mesma forma, requereu o MPF que fosse convertida a prisão flagrancial em preventiva, conforme manifestação de ID 241123537 e manifestação de ID 241257819.

De fato, assiste razão à autoridade policial e MPF.

Da análise do feito, verifico que no presente caso, tanto a materialidade quanto os indícios de autoria encontram-se evidenciados pelos depoimentos prestados pelos policiais, assim como pelas declarações da flagranciada.

A versão apresentada pela custodiada, que não só confessa a empreitada criminosa como indica que o seu suposto namorado já estaria “envolvido” há mais tempo, indica reiteração delitiva e também a provável formação de um grupo criminoso voltado para a fraude em caixas eletrônicos, através do uso de dispositivo nomeado como “chupa-cabra”.

A flagranciada, quando ouvida em sede policial, afirma ter saído da cidade em que reside, São Paulo/SP, exclusivamente para cidade de Campinas/SP para realizar a fraude. E que esta seria “a sexta ou sétima vez que vem a cidade de Campinas e proximidades para aplicar a fraude”. Somado a isso, afirma que “estava na presença de IGOR BRUNO DE BARROS OLIVEIRA (NAMORADO) e ANTONIO amigo), os quais vieram em um carro HB20 BRANCO, o qual emprestado de uma amigo do ANTONIO.

Acrescenta que ANTONIO teria sido responsável pela instalação do dispositivo, e que “(...) *modus operandis* (sic) é a instalação de dispositivo em caixa eletrônico o que inviabiliza a retirada do cartão, após se aproxima da vítima e comunica que é necessário ligar para um 0800 onde é colhido a senha; QUE não conhece as “atendentes falsas”; QUE nunca conversou com essas atendentes; QUE ANTONIO que é o responsável de fazer esse contato; QUE após o saque é rateado o dinheiro; QUE somente após 05 dias recebem o “pagamento”; QUE recebem em dinheiro; QUE nunca recebeu via PIX ou TRANSFERÊNCIA; QUE IGOR e ANTONIO já participavam anteriormente do “esquema”; QUE última vez que cometeu a fraude foi em dezembro de 2021 (agência da CEF) na cidade de Campinas - próximo a uma praça; QUE recebem pelo tanto que foi sacado no “golpe”; QUE hoje foi “abandonada” por IGOR e ANTONIO; QUE possivelmente ao perceberem a chegada da polícia se evadiram; QUE IGOR mora também com sua mãe, nome MARISTELA -no bairro ELBA; QUE é obrigatório enviar imagens que estava realizando o golpe; QUE as imagens eram enviadas para um grupo; QUE apagou o grupo ao visualizar a PM; QUE o nome do grupo era “...”; QUE estava no grupo IGOR, ANTONIO e mais dois números que não estavam salvo no seu telefone (...). Grifei. Portanto, do quanto exposto, verifica-se que a flagranciada narra um *modus operandi* de suposta associação criminosa, com tarefas definidas e organização, a indicar (em tese) que o fato ora investigado não teria sido isolado.

Apesar de não constar no feito os antecedentes criminais formais, a própria flagranciada afirma já ter participado de outras condutas delitivas, em outras seis ou sete oportunidades, a indicar REITERAÇÃO DELITIVA.

Assim, assiste razão ao MPF quando pugna pela prisão preventiva da presa, haja vista SUZY ter admitido “já vir praticando tal espécie de delito há tempo relativamente longo”, sendo, portanto o seu encarceramento necessário para assegurar a ordem pública, evitando que cometa novos delitos.

Além disso, no Auto de Prisão em Flagrante, consta um extrato bancário (ID 241034734, fl. 19 e seguintes) que indica compras realizadas no cartão de débito em diversos dias próximas, e o valor somado ultrapassa R\$ 2.000,00 (dois mil reais), ou seja, desproporcional com a renda e trabalho desempenhado pela flagranciada, haja vista ela ter indicado auferir renda de R\$ 1.000,00 (um mil reais) em seu trabalho de manicure.

Alega não possuir filhos ou dependentes.

Por seu turno, também não restou claro a sua situação familiar, pois ora fala em residir com o cônjuge, e em outro momento fala do namorado de nome IGOR BRUNO DE BARROS OLIVEIRA.

Não afirma residir com o namorado objeto da sua confissão, e sim com um cônjuge. Afirma morar em um imóvel alugado, de 4 (quatro) cômodos, com outras pessoas, em um total de 07 (sete), mas não restou elencado quais sejam referidas pessoas.

Embora nos termos da Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva revele-se medida de caráter excepcional, é preciso avaliar se, no caso concreto, a imposição das cautelares arroladas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal são suficientes e adequadas.

As condições pessoais da presa, que não reside no Distrito da Culpa, pois mora em São Paulo/SP; o *modus operandi* utilizado na prática delitiva e a aparente presença de reiteração delitiva, indicam o RISCO CONCRETO à ordem pública que a liberdade da flagranciada representa. Nos termos da bem lançada manifestação Ministerial de ID 241257819, além de a flagranciada ter confessado a prática delitiva, e que inclusive já teria praticado por seis vezes, haveria o risco concreto de voltar a delinquir, e também supostamente, se posta em liberdade, “voltar a encontrar os comparsas para delinquir, eis que da CTPS de ID 241045395 não consta qualquer ocupação lícita pela flagranteada”, a indicar (em tese) que a conduta delitiva investigada possa ser o seu meio de vida.

Além disso, o *modus operandi* utilizado indica organização e pode indicar (indícios) a formação de organização criminosa, pois conforme afirmado pelo MPF, as diligências investigativas requeridas pela autoridade policial são “imprescindíveis para avaliar a magnitude da operação em que SUZY foi presa, que parece bastante vultosa ante a utilização de uma central telefônica 0800 para ludibriar clientes da CEF”.

Portanto, de todo o exposto, verifica-se que há prova da existência do crime bem como indícios de autoria, com base no quanto relatado pelos policiais, pela flagranciada e por uma suposta vítima da fraude.

Assim, verifico, nesta oportunidade, a necessidade de CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA para a garantia da ordem pública.

As circunstâncias desfavoráveis, aliadas aos fortes indícios de autoria nestes autos e comprovação da existência do crime, levam a impor a conversão da prisão em flagrante em preventiva, como última medida para garantia da ordem pública, e EVITAR A PRÁTICA REITERADA DE CRIMES, bem como a aplicação da lei penal.

Do quanto exposto nos autos, especialmente pela confissão da presa, constata-se que ela estava ciente de que participava de um “grupo” voltado à prática delitiva, com *modus operandi* estabelecido e organizado, inclusive tendo a flagranciada confessado que possuía um grupo via celular (possivelmente no aplicativo WhatsApp), para que pudessem se comunicar, o qual foi apagado por ela quando da abordagem policial.

Na esteira deste entendimento, verifico que a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, bem como as medidas cautelares diversas da prisão, não se revelam adequadas ao presente caso.

Destarte, diante das circunstâncias do fato, todas detalhadas acima, reputo ineficazes e insuficientes quaisquer medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos artigos 318 e 319 do CPP, razão pela qual deixo de aplicá-las.

Diante de todo o exposto, com fundamento nos artigos 310, inciso II, 312 e 313, incisos I, todos do Código de Processo Penal, indefiro os pedidos defensivos e CONVERTO a prisão em flagrante de SUZY DA SILVA GOMES EM PRISÃO PREVENTIVA para GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

Expeça-se MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA, nos moldes e cautelas de praxe. (Id n. 252743549)

O impetrante aduz, em síntese, a ausência de *periculum libertatis* a justificar a prisão preventiva da paciente no caso concreto.

É caso de acolher o pedido.

Considerando a declaração pública de situação de pandemia em relação ao novo coronavírus pela Organização Mundial da Saúde – OMS em 11 de março de 2020, assim como a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional da Organização Mundial da Saúde, em 30 de janeiro de 2020, da OMS, a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN veiculada pela Portaria n. 188/GM/MS, em 4 de fevereiro de 2020, e o previsto na Lei n. 13.979/20, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, bem como considerando que o grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 compreende pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação n. 62/2020, resolveu o seguinte:

Art. 4º: Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

No caso dos autos, em que pesem os indícios de materialidade e autoria delitivas, trata-se de crime cometido sem violência ou grave ameaça.

Embora conste do auto de prisão em flagrante que no momento da abordagem policial a paciente declarara que praticava fraudes em agências bancárias havia 3 (três) meses, o que foi corroborado pelo seu interrogatório em sede policial no sentido de que seria a sexta ou sétima vez que viajava a Campinas e proximidades para perpetrar a fraude (Id n. 252743565), não há prova de que a paciente possua registros criminais anteriores nem de que efetivamente integre organização criminosa, destacando-se suas declarações no sentido de que teria sido “abandonada” pelos coautores do delito, seu namorado e um amigo deste. Confirmam-se os depoimentos prestados pelos Policiais Militares:

QUE foi acionado via COPOM de possível fraude envolvendo caixa eletrônico da CAIXA ECONOMICA FEDERAL (agência Jardim do Trevo (Av. Papa Paulo VI, 444 - Jardim do Trevo, Campinas - SP) ; QUE foram até o local dos fatos e se deparam apenas com um casal dentro da agência com dificuldades para sacar o cartão ; QUE possivelmente os investigados ao perceberem a chegada da PM se evadiram da agência ; QUE outra viatura que estava indo

ao local conseguiu identificar a suspeita que estava se evadindo a pé ; QUE *a posteriori*, a investigada narrou que seu namorado estava dentro de um HB20 BRANCO ; QUE ao perceber que seu namorado foi embora, decidiu sair ; QUE ao checarem o caixa eletrônico perceberam que havia um dispositivo de fraude ; QUE dessa maneira, foi possível retirar o cartão do casal que estava na agência ; QUE quando questionada sobre os fatos a investigada confessou que havia colocado o dispositivo ; QUE seu namorado já está envolvido nessas fraudes com um amigo há um bom tempo. (Id n. 252743565, p. 2)

QUE foi acionado via COPOM de possível fraude na CAIXA ECONOMICA FEDERAL ; QUE a equipe de monitoramento da CAIXA informou ao COPOM ; QUE a situação era no bairro JARDIM DO TREVO ; QUE foi passada informação que um casal estaria realizando fraudes ; QUE ao chegar na agência visualizaram um casal dentro da agência e um HB20 BRANCO HATCH a cerca de 300 metros ; QUE ao entrar na agência em breve entrevista com casal que estavam lá perceberam que eram vítimas ; QUE a possível autora havia passado por eles quando entraram na agência ; QUE outra viatura da PM conseguiu localizar a investigada ; QUE quando questionada ela confessou que praticava fraudes em Bancos ; QUE comentou que que está há 03 meses cometendo fraude, mas que seu namorado e amigo eram mais experientes ; QUE ambos (amigo e namorado) estavam no HB20 BRANCO ; QUE o nome deles são IGOR (namorado) ANTONIO (amigo) ; QUE o número CAIXA ELETRONIO fraudado é 28611006 ; QUE desconfia que o “MODUS OPERANDI” é com um peça plástica que inviabiliza a retirada do cartão da vítima ; QUE ela faz contato com essa vítima pessoalmente na agência e comunica da necessidade de ligar em número da “CEF”; QUE todavia, esse número é - possivelmente - atendido por um integrante do grupo criminoso em que é solicitada a senha da vítima ; QUE *a posteriori*, é ocorrido os saques e fraudes ; QUE comentou por fim que reside na cidade de SÃO PAULO, bairro VILA PRUDENTE. (Id n. 252743565, p. 3)

E o interrogatório da paciente em sede policial:

QUE é manicure na cidade de São Paulo ; QUE veio exclusivamente para cidade de Campinas/SP para realizar a fraude ; QUE é a sexta ou sétima vez que vem a cidade de Campinas e proximidades para aplicar a fraude ; QUE estava na presença de IGOR BRUNO DE BARROS OLIVEIRA (NAMORADO) e ANTONIO (amigo) ; QUE vieram em um HB20 BRANCO ; QUE o carro é emprestado de uma amigo do ANTONIO ; QUE apenas se recorda que passou por pedágios havendo a necessidade de parar para realizar o pagamento ; QUE saíram 05h da manhã da cidade de SÃO PAULO ; QUE chegaram por volta de 08:30h na agência ; QUE quem instalou o dispositivo foi o ANTONIO ; QUE o ANTONIO é gordinho ; QUE seu namorado é bem magro (imagem no seu instagram HB_SUZUK) ; QUE o *modus operandis* é a instalação de dispositivo em caixa eletrônico o que inviabiliza a retirada do cartão, após se aproxima da vítima e comunica que é necessário ligar para um 0800 onde é colhido a senha ; QUE não conhece as “atendentes falsas” ; QUE nunca conversou com essas atendentes ; QUE ANTONIO que é o responsável de fazer esse contato ; QUE após o saque é rateado o dinheiro ; QUE somente após 05 dias recebem o “pagamento” ; QUE recebem em dinheiro ; QUE nunca recebeu via PIX ou TRANSFERÊNCIA ; QUE IGOR e ANTONIO já participavam anteriormente do “esquema” ; QUE última vez que comentou a fraude foi em dezembro de 2021 (agência da CEF) na cidade de Campinas - próximo a uma praça ; QUE recebem pelo tanto que foi sacado no “golpe” ; QUE hoje foi “abandonada” por IGOR e ANTONIO ; QUE possivelmente ao perceberem a chegada da polícia se evadiram ; QUE IGOR mora também com sua mãe , nome MARISTELA -no bairro ELBA ; QUE é obrigatório enviar imagens que estava realizando o golpe ; QUE as imagens eram enviadas para um grupo ; QUE apagou o grupo ao visualizar a PM ; QUE o nome do grupo era “...” ; QUE estava no grupo IGOR , ANTONIO e mais dois números que não estavam salvo no seu telefone ; (Id n. 252743565, pp. 4-5)

O suposto ofendido também foi ouvido pela Autoridade Policial:

QUE é vigia na cidade de Campinas ; QUE entrou na agência Jardim do Trevo por volta 09:00h da manhã do dia 30/01/2022 ; QUE logo que inseriu o cartão percebeu que o cartão ficou preso no Caixa eletrônico ; QUE dessa maneira, se aproximou uma mulher muito comunicativa dando instruções ; QUE “ela comentou primeiro ligue no 0800 da CEE todavia logo em seguida afirmou que teria um numero que o atendimento “era mais rápido”; QUE ligou nesse número e chegou a ficar supreso pelo rápido atendimento ; QUE o número era 0800 808 0730 ; QUE atendeu uma mulher que se identificou como funcionária da CEF ; QUE foi solicitado pela “atendente” CPF e senha ; QUE a atendente comentou que teria liberado o cartão ; QUE tempo duração da ligação foi menos de 1 minuto :QUE logo após chegou a Polícia Militar ; QUE quando a investigada visualizou a PM “foi saindo de fininho”; QUE a PM fez inúmeras perguntas ; QUE chegou a ver um “gordinho” dentro da agência (possível namorado). ; QUE após a PM explicar foi solicitado a ir a Polícia Federal para maiores esclarecimentos. (Id n. 252743565, p. 30)

O impetrante apresentou certidão negativa de distribuição de feitos criminais perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como extrato de tela informando que não foi encontrado o nome da paciente no Sistema das Varas de Execuções Criminais do Estado de São Paulo (Ids ns. 252743576 e 252743577).

Foi juntada correspondência em nome de Maristela Barros Oliveira, com endereço na Rua Ilha da Trindade, n. 285, Parque Santana, São Paulo (SP), CEP 03981-020 (Id n. 252743579), mesmo endereço declinado no Termo de Qualificação e Interrogatório lavrado pela Polícia Federal, no qual consta que Suzy da Silva Gomes nasceu em 21.05.03, contando com 18 (dezoito) anos de idade, portanto (Id n. 252743565, p. 4).

No Boletim Individual Criminal e no Boletim de Vida Pregressa consta que a paciente reside na Secondino (*sic*), n. 538, casa, Jardim Independência, São Paulo (SP), CEP 03225-040. É informado ainda que a paciente nunca trabalhou, mas auferia renda de R\$ 1.000,00 (mil reais) como manicure e possui cônjuge há 1 (um) ano, com renda familiar total de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), residindo em imóvel alugado pelo valor aproximado de R\$ 800,00 (oitocentos reais) (Id n. 252743565, pp. 11-15).

Examinando o caso nos termos da Recomendação n. 62/2020, nas circunstâncias excepcionais propiciadas pela pandemia resultante do Covid-19, deferi a liminar para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares de natureza diversa da prisão (CPP, arts. 282 e 319), nos seguintes moldes:

- a) comprovação, em 30 (trinta) dias, do local em que pode ser encontrada para intimação;
- b) comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de que seja restabelecida a prisão preventiva;
- c) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga se tiver residência e trabalhos lícitos;
- d) proibição de mudar de endereço sem informar a Justiça Federal, assim como de ausentar-se de seu respectivo domicílio, por mais de uma semana, sem prévia e expressa autorização do Juízo;
- e) proibição de ausentar-se do País sem prévia e expressa autorização judicial.

Em parecer, o Ministério Público Federal aduz, em síntese, que a prisão da paciente mostra-se imprescindível para a garantia da ordem pública, tendo em vista o risco concreto de

reiteração delitiva e a gravidade concreta, considerado o número de condutas por ela assumido, indicando que a paciente faz do crime o seu meio de vida. Também aponta a incompatibilidade dos gastos da paciente com seus supostos ganhos lícitos, a sua proximidade com organização criminosa e a sua inclinação à destruição de provas, pois apagara grupo do *WhatsApp* mantido com os demais envolvidos na fraude, além do risco concreto de se furtar a eventual aplicação da sanção criminal, pois viajava para Campinas (SP) somente para a execução de fraudes, apesar de residir em São Paulo (SP), demonstrando precaução em praticar os delitos em local distante de sua residência para dificultar a sua identificação e localização em uma eventual investigação e a sua prisão (Id n. 253302940).

Em que pese o quanto aduzido no parecer ministerial, trata-se de paciente de 18 (dezoito) anos de idade, sem antecedentes criminais, e que supostamente teria sido aliciada pelo namorado, este mais experiente na execução das fraudes. Os fatos em tese criminosos estão ainda em apuração no feito originário, recomendando-se cautela na conclusão a respeito do vínculo da paciente com organização criminosa ou mesmo de sua periculosidade.

Sendo assim, mantenho a liminar deferida para a substituição da prisão preventiva pelas seguintes medidas cautelares alternativas à prisão:

- a) comprovação, em 30 (trinta) dias, do local em que pode ser encontrada para intimação;
- b) comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de que seja restabelecida a prisão preventiva;
- c) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga se tiver residência e trabalhos lícitos;
- d) proibição de mudar de endereço sem informar a Justiça Federal, assim como de ausentar-se de seu respectivo domicílio, por mais de uma semana, sem prévia e expressa autorização do Juízo;
- e) proibição de ausentar-se do País sem prévia e expressa autorização judicial.

Mantenho a condicionante da substituição da prisão preventiva por tais medidas cautelares ao dever de a paciente indicar local para intimações, sendo certo que o descumprimento poderá acarretar nova decretação da prisão preventiva, a teor do art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, *CONCEDO* a ordem de *habeas corpus* para substituir a prisão preventiva da paciente Suzy da Silva Gomes pelo cumprimento das seguintes medidas cautelares alternativas à prisão: a) comprovação, em 30 (trinta) dias, do local em que pode ser encontrada para intimação; b) comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de que seja restabelecida a prisão preventiva; c) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga se tiver residência e trabalhos lícitos; d) proibição de mudar de endereço sem informar a Justiça Federal, assim como de ausentar-se de seu respectivo domicílio, por mais de uma semana, sem prévia e expressa autorização do Juízo; e) proibição de ausentar-se do País sem prévia e expressa autorização judicial.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Tributário



AGRAVO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0003617-70.2014.4.03.6106

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, METALÚRGICA RAMASSOL IMPERIAL LTDA, JOSÉ APARECIDO RAMALHO

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/03/2022

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, CPC/2015. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS (TEMA 985 - REPERCUSSÃO GERAL) - CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O STF fixou a seguinte tese: “É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias”.

Em juízo de retratação positivo do art. 1.040, II, do CPC/2015, aplico o entendimento fixado pelo C. STF quanto à constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária patronal sobre o terço constitucional de férias.

Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Segunda Turma decidiu, por unanimidade, em juízo de retratação positivo, dar parcial provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de incidente de juízo de retratação, nos termos do artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil de 2015, decorrente de recurso extraordinário interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) contra acórdão julgado por esta Segunda Turma (id 5046544.v003 1/27), tendo em vista o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 1.072.485/PR, alçado como representativo de controvérsia (tema n.º 985) e submetido à sistemática da repercussão geral (art. 1.036 do CPC), que pacificou o seguinte entendimento: “É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias”.

Decisão (id 7891688.v001 2/2) da C. Vice-Presidência deste Tribunal encaminhou os autos a este C. Turma Julgadora para reexame da controvérsia à luz do paradigma citado e verificação da pertinência de se proceder a um juízo positivo de retratação na espécie.

É o breve relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

DO TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - TEMA 985/STF

Em 31/08/2020, o Pleno do C. STF julgou o mérito do Leading Case: RE 1072485, afetado em repercussão geral, de relatoria do Min. Marco Aurélio, tema 985, quando proferiu a seguinte decisão:

“O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 985 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, assentando a incidência de contribuição previdenciária sobre valores pagos pelo empregador a título de terço constitucional de férias, nos termos do voto do Relator. Foi fixada a seguinte tese: “É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias”, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin, que conhecia do recurso da União apenas em relação ao capítulo do acórdão referente ao terço constitucional de férias, para negar provimento e fixava tese diversa.”

Assim, reformo meu entendimento anterior e aplico a tese fixada pelo C. STF quanto à legitimidade da incidência de contribuição previdenciária patronal sobre o terço constitucional de férias.

Ante o exposto, em juízo de retratação positivo, previsto no artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil de 2015, dou parcial provimento ao agravo legal, por reconhecer a incidência de contribuição previdenciária patronal sobre o terço constitucional de férias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

5005297-13.2020.4.03.6100

Agravante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelada: LUA MUSIC DIGITAL LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 04/03/2022

EMENTA

PIS. COFINS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO RE 574.706/PR. INAPLICABILIDADE AO ISSQN.

Relativamente ao ISSQN, tal tributo não compõe a base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, aplicando, por similaridade, a tese fixada no RE nº 574.706. Entretanto, tenho que a *modulação dos efeitos da decisão do RE nº 574.706/PR* não se aplica aos casos do ISS e, por conseguinte, não há que se falar em sucumbência recíproca. Quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tratando-se a modulação dos seus efeitos de questão secundária, que se deu, por conta da segurança jurídica, dada a estimativa do impacto financeiro que a tese firmada geraria aos cofres públicos, não há que se impor ao contribuinte condenação na verba honorária, pois reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS de acordo com o objeto da ação ajuizada.

Desprovimento do agravo interno da União.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo da União, nos termos do voto do Desembargador Federal Souza Ribeiro, no que foi acompanhado pelos votos dos Juízes Federais Giselle França e Otavio Port, vencidos o Relator e o Desembargador Federal Carlos Muta, que lhe davam parcial provimento. Lavrará o acórdão o Desembargador Federal Souza Ribeiro, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL contra decisão monocrática deste Relator que, diante de sentença que reconheceu a exclusão do montante de ISSQN da base de cálculo de PIS/COFINS e regrou a recuperação do tributo pago a maior, deu parcial provimento ao seu apelo e à remessa necessária, para adequar a repetição do indébito às normas de regência.

A União Federal questiona a utilização de decisão monocrática no caso, reitera o pedido de sobrestamento do feito até a conclusão do julgamento do RE 592.616 pelo STF, a inaplica-

bilidade da tese firmada no tema 69 ao presente caso e a constitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS. Por fim, pugna pela adequação da verba honorária.

Resposta apresentada.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL, nos termos do art. 1.021 do CPC/15, contra decisão monocrática que deu parcial provimento ao seu apelo e à remessa necessária.

Ressalto, de início, não haver empeço à decisão unipessoal, no caso.

No âmbito do STJ, rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se, lá, a Súmula 586 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). Confira-se: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno - POR SINAL UTILIZADO PELA PARTE, AQUI - contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016). Deveras, “Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno “ (AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

No âmbito do STF tem-se que “A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, *caput*, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte” (HC 144187 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018). Nesse sentido: ARE 1089444 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de assegurar à parte acesso ao colegiado.

Por tal razão, o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa (MS 30113 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria.

Avanço.

Pelo Plenário do STF no RE nº 574.706 foi decidido que a inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições sociais levaria ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos desses tributos faturariam ICMS, o que não ocorre; concluiu-se - por maioria de votos - por fixar-se a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (tema 69).

Esta Corte Regional tem posição pacífica no sentido de que o quanto decidido como tema 69 se aplica ao ISS, porque *a lide é rigorosamente a mesma*: gira em torno da possibilidade ou não de a base de cálculo de tributo representada sobre a receita e o faturamento, ser composta também por numerário que não integrará o patrimônio do contribuinte; *in caso*, o ISSQN será repassado ao município.

Confira-se: 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024694-59.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 21/01/2020 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004533-32.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000676-40.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019 - 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005118-80.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005153-65.2018.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 22/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001245-55.2018.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/01/2020.

Em recente julgado, a 4ª Turma desta Casa ressaltou:

É cediço que a natureza do ISS (tributo indireto) e sua estrutura fazem com que ele componha o preço da operação. No entanto, conforme exposto, o faturamento não advém da soma dos preços cobrados, mas da riqueza que decorre do negócio, na qual um ônus fiscal não pode

estar incluído. Preço é conceito que não se confunde com o de faturamento, cuja definição deve ser extraída da interpretação sistemática da Constituição, âmbito no qual carece de sentido a tributação sobre tributo, sob pena de violação aos princípios basilares do sistema tributário, especialmente o da capacidade contributiva. O valor da operação pago pelo consumidor não se presta como alicerce para a construção do conceito constitucional de faturamento que, conforme explicitado, está vinculado à expressão econômica auferida pela realização da atividade da empresa, em que não se inclui a produção de impostos. (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5003157-18.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 22/11/2019, Intimação via sistema DATA: 04/12/2019).

É certo que “o STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; *leading case*: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciais do País” (3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5017089-32.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2020).

Quanto à repetição do indébito tributário, observo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no dia 13 de maio de 2021, em relação ao tema 69, que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins é válida somente a partir de 15 de março de 2017, data em que foi fixada a tese de repercussão geral no julgamento do RE nº 574.706. Os ministros também esclareceram que o ICMS que deve ser expurgado é o que é destacado na nota fiscal.

Essa questão pode ser aqui fixada, porquanto, à luz do art. 493 do CPC, mesmo que a parte dela não tenha cuidado em sede recursal, trata-se de fato novo que é de conhecimento público, inclusive para dispensar a prévia audiência das partes.

O marco se impõe também ao ISS enquanto medida de adequação à jurisprudência agora consolidada; tal como no ICMS, a orientação jurisprudencial, resultante inclusive do regime de repetitivos (REsp 1.330.737), era no sentido de incluir o ISS na base de cálculo do PIS/COFINS. Firmada posição diversa no julgamento do RE 574.706 e feita a modulação temporal, há de se observar o marco em situação tributária idêntica.

No tocante a pleito de compensação (ou de restituição, se houver pedido alternativo nesse sentido), portanto, será assim observado: os contribuintes que ingressaram com ações *antes* de 15/3/2017 devem receber a devolução do que foi pago a maior considerando a prescrição quinquenal desde a data do ingresso da ação; já os contribuintes que ajuizaram as ações *após* 15/03/2017 só poderão obter a devolução do indébito considerando essa data como limite.

A correção do indébito para fins de compensação ou restituição (se houve esse pedido) deverá ser feita pela SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o art. 170-A do CTN.

Registre-se que em caso de compensação, esta se fará conforme o art. 74 da Lei 9.430/96, *na redação vigente ao tempo do ajuizamento da ação* (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973 - 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5010803-23.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, Intimação via sistema DATA: 28/04/2020 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal

NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020).

Destaco que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa – seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados com os créditos que apurar – possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Por fim, tem razão a agravante quanto à verba honorária.

Reconhecido em parte o pleito, tem-se a necessária redistribuição dos ônus sucumbenciais, nos seguintes termos: a autora fica condenada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, do CPC/15, a partir do proveito econômico/valor da condenação obtido pela União Federal (os valores anteriores ao marco inicial de 15/03/2017); e a União, condenada nos mesmos percentuais e base de cálculo (os valores devidos em momento posterior). As custas são devidas na mesma proporção.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

O EXMO. DES. DEF. SOUZA RIBEIRO

Peço vênia para divergir do e. Relator.

No que toca ao ISSQN, compartilho do entendimento externado pela e. Relatoria de que tal tributo não compõe a base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, aplicando, por similaridade, a tese fixada no RE nº 574.706. Entretanto, tenho que a modulação dos efeitos da decisão do RE nº 574.706/PR não se aplica aos casos do ISS e, por conseguinte, não há que se falar em sucumbência recíproca.

De todo modo, quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tratando-se a modulação dos seus efeitos de questão secundária, que se deu, por conta da segurança jurídica, dada a estimativa do impacto financeiro que a tese firmada geraria aos cofres públicos, manifesto-me no sentido de que não há que se impor ao contribuinte condenação na verba honorária, pois reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS de acordo com o objeto da ação ajuizada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno da União.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator para o Acórdão

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5006974-11.2021.4.03.0000

Agravante: NESTLÉ BRASIL LTDA

Agravada: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DJEN 29/03/2022

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANTECIPATÓRIA DE GARANTIA AJUIZADA ANTERIORMENTE. PREVENÇÃO RECONHECIDA. REMESSA AO JUÍZO ESPECIALIZADO. RECURSO PROVIDO.

1. Discute-se a ocorrência, ou não, de prevenção do juízo especializado onde tramita a ação antecipatória de garantia para o processamento da execução fiscal.
2. O artigo 1º, inciso III, do Provimento CJF3R nº 25/2017 atribui às Varas Especializadas em Execuções Fiscais, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, competência para processar e julgar as ações e tutelas tendentes, exclusivamente, à antecipação de garantia da execução fiscal não ajuizada, mesmo quando já aforada, no Juízo cível, ação voltada à discussão do crédito fiscal.
3. Havendo relação de acessoriedade entre a ação antecipatória e a execução fiscal, deve aquela ser proposta no juízo competente para a ação principal, conforme preconizam os artigos 61 e 299 do Código de Processo Civil.
4. No caso concreto, a antecipação de garantia foi distribuída anteriormente perante o juízo especializado, o que induz prevenção para o processamento e julgamento da execução fiscal ajuizada posteriormente. Precedentes desta Corte.
5. Reconhecida a prevenção do Juízo da 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais da Seção Judiciária de São Paulo, para o qual deverá ser remetida a execução fiscal originária, nos termos do artigo 59 do Código de Processo Civil.
6. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto por Nestlé Brasil Ltda. contra a r. decisão de ID 35787784 dos autos da execução fiscal nº 5003568-51.2019.4.03.6143, ajuizada pelo Instituto Nacional de Metro-

logia Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, que indeferiu o pedido de remessa dos autos para o Juízo onde tramita a ação de antecipação de garantia.

Alega a agravante que a possibilidade de garantia antecipada do débito fiscal, após o fim do processo administrativo e antes de ajuizado o executivo fiscal, restou consagrada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.123.669/RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Defende que, no presente caso, o débito foi caucionado através de apólice de seguro apresentada no bojo de ação antecipatória de garantia, distribuída anteriormente à execução fiscal, razão pela qual deve ser reconhecida a prevenção daquele Juízo, em atenção ao disposto nos artigos 58 e 59 do Código de Processo Civil, bem como no artigo 1º do Provimento CJF3R nº 25/2017.

Requer que sejam os autos remetidos para o juízo prevento e especializado da 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais da Seção Judiciária de São Paulo, para preservação da segurança jurídica e por economia processual.

Pela decisão de ID 157033970, indeferiu-se o pedido de efeito suspensivo.

A parte agravada apresentou contraminuta, na qual pugnou pelo desprovimento do recurso (ID 158108849).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): A controvérsia gravita em torno da ocorrência, ou não, de prevenção do juízo especializado onde tramita a ação antecipatória de garantia para o processamento da execução fiscal.

A agravante propôs, em 01/11/2019, a ação antecipatória de garantia nº 5022476-39.2019.4.03.6182, perante a 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais da Seção Judiciária de São Paulo, no bojo da qual foi apresentado seguro garantia para caucionar o débito discutido no PA nº 52636.000923/2019-15 entre outros, como forma de antecipar-se à penhora em futuro processo executivo.

Em 20/12/2019, foi ajuizada a execução fiscal nº 5003568-51.2019.4.03.6143, perante a 1ª Vara Federal de Limeira, para cobrança da CDA nº 1, decorrente do PA nº 52636.000923/2019-15, relacionado no seguro garantia ofertado na antecipatória.

Com efeito, o artigo 1º, inciso III, do Provimento CJF3R nº 25/2017 atribui às Varas Especializadas em Execuções Fiscais, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, competência para processar e julgar as ações e tutelas tendentes, exclusivamente, à antecipação de garantia da execução fiscal não ajuizada, mesmo quando já aforada, no Juízo cível, ação voltada à discussão do crédito fiscal.

Havendo relação de acessoriedade entre a ação antecipatória e a execução fiscal, deve aquela ser proposta no juízo competente para a ação principal, conforme preconizam os artigos 61 e 299 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 61. A ação acessória será proposta no juízo competente para a ação principal.”

“Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do juízo principal.”

No caso concreto, a antecipação de garantia foi distribuída anteriormente perante o juízo especializado, o que induz prevenção para o processamento e julgamento da execução fiscal ajuizada posteriormente.

Sobre o tema, confirmam-se os recentes julgados desta E. Corte Regional:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE GARANTIA ANTERIORMENTE AJUIZADA. PREVENÇÃO. REMESSA AO JUÍZO ESPECIALIZADO PREVENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. A controvérsia diz respeito à ocorrência ou não de conexão, com consequente prevenção da 5ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo, em que tramita a Ação Antecipatória de garantia registrada sob o nº 5022476-39.2019.4.03.6182, para processamento da execução fiscal originária.

2. Afasta-se a alegada nulidade da decisão agravada haja vista que houve pronunciamento específico e fundamentado do Juízo acerca da controvérsia sobre a competência para processamento do feito.

3. A ação que veicula pedido de antecipação de garantia para futura execução fiscal, ainda que haja pedido de não inscrição no CADIN, é de competência para processamento e julgamento do Juízo Especializado, conforme preconiza o Provimento CJF3R nº 25, de 12/09/2017, artigo 1º, III, o qual atribui às Varas Especializadas em Execuções Fiscais competência para processar e julgar as “as ações e tutelas tendentes, exclusivamente, à antecipação fiscal não ajuizada, mesmo quando já aforada, no Juízo cível, ação voltada à discussão do crédito fiscal”.

4. Com efeito, pela ação de antecipação de garantia, há nítido intento de prestar garantia a ser utilizada na execução de modo a viabilizar, inclusive, o manejo dos embargos à execução.

5. *Sendo plenamente viável considerar relação de acessoriedade entre as demandas (antecipação de garantia em relação à execução), deve a antecipação de garantia ser proposta no Juízo competente para a ação principal, no caso o de execuções, também conforme dicção dos artigos 61 e 299 do Código de Processo Civil.*

6. E este é o caso dos autos, em que a ação de antecipação de garantia foi proposta perante o Juízo competente, no caso o da 5ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo, o qual, por consequência, deve também processar a execução fiscal, posteriormente ajuizada, ante a relação de acessoriedade entre as demandas.

7. Nos termos do artigo 64, § 4º, do CPC, os atos decisórios praticados pelo Juízo incompetente deverão conservar sua validade e eficácia até ulterior pronunciamento judicial pelo Juízo competente.

8. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5030999-25.2020.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, TRF3 – 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 15/10/2021) (grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL AÇÃO ANTECIPATÓRIA DE GARANTIA. EXECUÇÃO FISCAL. CONEXÃO. PREVENÇÃO. POSSIBILIDADE. SEGURO-GARANTIA. BACENJUD ACEITAÇÃO POSTERIOR. DESBLOQUEIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

7. No caso dos autos, como mencionado, *uma vez que a ação antecipatória foi ajuizada em 30/01/2020 na 9ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo, e tramita ainda sem provimento definitivo, e o feito executivo foi ajuizado em 24/08/2020 na 2ª Vara Federal de Marília (que acumula os executivos fiscais), o primeiro Juízo encontra-se preventivo.*

8. Agravo parcialmente provido.”

(AI 5003130-53.2021.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO

TRF3 – 3ª Turma, DJEN DATA: 24/08/2021) (grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – AÇÃO ANTECIPATÓRIA DE GARANTIA – ACESSORIEDADE – CONEXÃO - PREVENÇÃO – JUÍZO ESPECIALIZADO – REUNIÃO – POSSIBILIDADE – MULTA – ART. 1026, § 2º, CPC – AFASTAMENTO – RECURSO PROVIDO.

1.A execução fiscal foi proposta em 29/3/2020, perante à 2ª Vara Federal de Araçatuba, de competência mista, para cobrança de CDAs 82 e 66, decorrentes respectivamente dos PAs 52617.001419/2017-91 e 52617.001605/2017-20 (Id 30325760 dos autos originários). Citada, a executada alegou a prevenção do Juízo da 5ª Vara das Execuções Fiscais da Seção Judiciária de São Paulo, por onde tramita a Ação Antecipatória n. 5022476-39.2019.4.03.6182, em cujos autos se discute o PA 52617.001419/2017-91 e onde foi apresentada apólice de seguro para garantia do juízo.

2.A ação antecipatória de garantia nº 5022476-39.2019.4.03.6182 foi proposta em 1/11/2019, perante à 5ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo, para a garantia do débito discutido no PA 52617.001419/2017-91 entre outros. Naqueles autos, houve oferecimento de seguro como garantia.

3.Enquanto não proposta a execução fiscal, cabível ao devedor o oferecimento de bens como forma de antecipar-se à penhora no futuro processo executivo. Flagrante a acessoriedade daquela em relação a este.

4.Considerando o disposto no art. 1º, III, Provimento CJF3R n. 25, de 12 de setembro de 2017, que atribui às Varas Especializadas em Execuções Fiscais, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, competência para processar e julgar as ações e tutelas tendentes, exclusivamente, à antecipação de garantia da execução fiscal não ajuizada, mesmo quando já aforada, no Juízo cível, ação voltada à discussão do crédito fiscal, bem como o disposto no art. 299, CPC (“A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.”), a ação n. 5022476-39.2019.4.03.6182 foi distribuída ao Juízo da 5ª Vara das Execuções Fiscais da Seção Judiciária de São Paulo.

5.A questão não abarca competência absoluta, na medida em ambos os juízos são competentes para o processamento de execuções fiscais, mas territorial e, portanto, relativa.

6.*A jurisprudência entende que a conexão não modifica a competência absoluta, havendo reunião da ação anulatória e da execução fiscal, se o juízo da execução for prevento ou se o juízo da ação anulatória – proposta anteriormente – for competente para processar e julgar execuções fiscais.*

7.Cabe reconhecer a prevenção do Juízo da 5ª Vara de Execuções Fiscais Federal de São Paulo, nos termos do art. 59, CPC (“O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo.”), sendo possível a reunião dos feitos, considerando a especialização desse juízo.

[...]

8.Agravo de instrumento provido.”

(AI 5029727-93.2020.4.03.0000, Relator Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, TRF3 – 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 16/07/2021) (grifei)

“TRIBUTÁRIO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO – ART. 1021, CPC – ARGUMENTOS QUE NÃO MODIFICAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO MONOCRÁTICA – ANTECIPATÓRIA DE GARANTIA – EXECUÇÃO FISCAL – PREVENÇÃO RECONHECIDA – IMPOSIÇÃO DE MULTA EM VIRTUDE DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVOS INTERNOS DESPROVIDOS.

1. Argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, no sentido de que *a ação antecipatória é acessória da execução fiscal e, tendo sido ajuizada perante uma vara especializada, anteriormente ao feito executivo, atrai a prevenção para aquele juízo, não havendo qualquer afronta às regras de competência absoluta*. Precedentes desta Corte.

[...]

4. Agravos internos não providos.”

(AI 5021403-80.2021.4.03.0000, Relator Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, TRF3 – 6ª Turma, Intimação via sistema DATA: 14/01/2022) (grifei)

Oportuno ressaltar que se trata de critério de modificação da competência, tendo em vista que ambos os juízos são competentes para o processamento de execuções fiscais, não havendo afronta às regras de competência absoluta.

Nesse sentido, extraem-se os ensinamentos do doutrinador Fredie Didier Jr. (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 172):

“A prevenção é critério para exclusão dos demais juízos competentes de um mesmo foro ou tribunal. A prevenção não é fator de determinação de competência. Por força da prevenção permanece apenas a competência de um entre vários juízes competentes, excluindo-se os demais. A prevenção funciona como mecanismo de integração em casos de conexão: é o instrumento para que se saiba em qual juízo serão reunidas as causas conexas.”

Destarte, é de se reconhecer a prevenção do Juízo da 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais da Seção Judiciária de São Paulo, para o qual deverá ser remetida a execução fiscal originária, nos termos do artigo 59 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5026345-58.2021.4.03.0000

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO
Agravado: MARCELO APARECIDO ALVES DE LIMA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 16/03/2022

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL - ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011 – AÇÃO AJUIZADA ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 14.195/2021 - PRINCÍPIO DO “TEMPUS REGIT ACTUM” – NÃO INCIDÊNCIA DA NOVEL LEGISLAÇÃO - LIMITE DE QUATRO ANUIDADES SUPERADO – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO - RECURSO PROVIDO.

1. A fim de ampliar a eficácia dos princípios da economia e celeridade processuais, o art. 8º da Lei nº 12.514/11 inovou o ordenamento jurídico, fixando como patamar mínimo para a execução judicial por conselhos profissionais o valor de 4 anuidades.
2. Por ocasião do advento da Lei nº 12.514/2011, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.404.796, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou a seguinte tese: “É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 (‘Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente’) às execuções propostas antes de sua entrada em vigor” (Tese 696).
3. Observado o princípio do “tempus regit actum”, isto é, respeitando-se os atos praticados e os efeitos legitimamente esperados pelas partes quando do ajuizamento da ação (art. 14, CPC/15), a mesma razão deve operar na hipótese dos autos, afastando-se a modificação introduzida pela Lei nº 14.195/2021, na medida em que referido diploma legal entrou em vigor após a propositura do executivo fiscal.
4. Ultrapassado o patamar mínimo previsto pela Lei nº 12.514/2011, em sua redação original, de rigor o prosseguimento da execução fiscal.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Desembargador Federal Mairam Maia, acompanhado pelo voto do Desembargador Federal Johonsom di Salvo, vencido o Relator, que lhe negava provimento. Lavrará o acórdão o Desembargador Federal Mairam Maia, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO (COREN/SP), com pedido de antecipação de tutela recursal, em face de decisão proferida em autos de execução fiscal proposta contra MARCELO APARECIDO ALVES DE LIMA, que determinou o arquivamento do processo nos termos do art. 8º, §2º, da Lei nº 12.514/11, incluído pela Lei nº 14.195/2021.

Sustenta o agravante que a ação executiva foi ajuizada sob a égide da Lei nº 12.514/2011, anteriormente à alteração estabelecida pela Lei nº 14.195/2021, encontrando-se o valor exequendo dentro do limite então estabelecido, correspondente à cobrança de pelo menos 4 anuidades. Pretende a concessão da tutela recursal e, ao final, a reforma da decisão para que seja declarada a inconstitucionalidade do §2º do art. 8º da Lei 12.514/2011, incluído pelo art. 21 da Lei nº 14.195/2021, e o regular processamento da execução fiscal.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (ID 210351119).

Sem contraminuta, consoante informação de ID 250272871.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

A matéria ora posta cinge-se à aplicação da alteração legislativa promovida pelo art. 21 da Lei nº 14.195/2021 no art. 8º da Lei nº 12.514/2011 às execuções fiscais ajuizadas sob a égide da norma alterada.

O art. 8º, na redação dada pela Lei nº 12.514/11, dispunha que:

“Art. 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.”

Após a alteração legislativa advinda do art. 21 da Lei nº 14.195/21, tal norma passou a estabelecer que:

“Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas, de quaisquer das origens previstas no art. 4º desta Lei, com valor total inferior a 5 (cinco) vezes o constante do inciso I do *caput* do art. 6º desta Lei, observado o disposto no seu § 1º.

(...)

§ 2º Os executivos fiscais de valor inferior ao previsto no *caput* deste artigo serão arquivados, sem baixa na distribuição das execuções fiscais, sem prejuízo do disposto no art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.” (NR)

Depreende-se, assim, que além de instituir um novo limite mínimo para o ajuizamento da execução fiscal, correspondente a 5 (cinco) vezes o valor da anuidade cobrada pelo Conselho, a nova norma previu expressamente a sua aplicação aos processos em curso, ajuizados antes da sua vigência, determinando o seu arquivamento, sem baixa na distribuição.

Assim o fazendo, o legislador evitou a situação verificada quando da edição da Lei nº 12.514/2011, cuja aplicação retroativa aos processos em curso foi afastada pelo Superior Tri-

bunal de Justiça no julgamento do recurso repetitivo REsp nº 1.404.796/SP, em 09.04.2014, que dispôs que:

“... para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido, como por exemplo no art. 20 da Lei 10.522/2002 que, de forma evidente, dispôs que “serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”

Nesse sentido, inclusive, os recentes julgados deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÃO REGULAMENTADA. ARTIGO 8º, § 2º, DA LEI nº 12.514/11, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI nº 14.195, de 26/08/2021, ARTIGO 21. LEI PROCESSUAL. APLICABILIDADE IMEDIATA. VALOR COBRADO SUPERIOR AO MÍNIMO EXIGIDO.

1. A questão posta a exame cinge-se na aplicabilidade do artigo 8º, § 2º, da Lei nº 12.514/2011, com a redação dada pela Lei nº 14.195, de 26/08/2021, artigo 21.

2. Trata-se de norma processual. Em matéria processual, a lei inovadora tem aplicabilidade imediata aos processos pendentes, bem assim aos recursos interpostos, independentemente da fase em que se encontram, disciplinando-lhes a prática dos atos futuros de acordo com o princípio *tempus regit actum*. Precedente: STJ, AgInt no AREsp 785.269/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016.

3. A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento, inclusive no âmbito de julgamento de recurso repetitivo, no sentido de que (...) Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. (...) (REsp 1.404.796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

4. O artigo 21 da Lei nº 14.195, publicada em 26/08/2021, que deu nova redação ao artigo 8º, § 2º da Lei 12.514/2011 previu expressamente o arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, de valor inferior a 5 (cinco) vezes o constante do inciso I do *caput* do artigo 6º da Lei retrocitada.

5. A ação foi ajuizada em 16/01/2019, visando a cobrança de anuidades compreendidas entre 2014 a 2017, no valor total de R\$ 1.325,41. Conclui-se, assim, que o débito exequendo supera em termos monetários o valor correspondente a 05 (cinco) anuidades, considerando a anuidade de 2019 no valor de R\$ 254,17, ano da propositura da execução fiscal, conforme consulta ao site do Conselho-exequente. Desse modo, possível o prosseguimento da Execução Fiscal.

6. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023410-45.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 23/02/2022, DJEN DATA: 04/03/2022)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADE. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/11, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 14.195/2021. VALOR INFERIOR A 5 VEZES O CONSTANTE DO INCISO I DO *CAPUT* DO ART. 6º DA LEI Nº 12.514/11. ARQUIVAMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

- O conselho ajuizou, em 20.02.2009, execução fiscal para cobrar anuidades de 1999, 2005 e 2006 e multa por infração de 2007, no aporte de R\$ 448,00, incluídos os encargos legais (multas e juros). A controvérsia se cinge à cobrança da multa. Incide na espécie o disposto no artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, na redação dada pela Lei nº 14.195/2021, o qual diz ex-

pressamente que dívidas de quaisquer das origens previstas no artigo 4º da referida lei, o que inclui a multa cobrada nos presentes autos, com valor total inferior a 5 (cinco) vezes o constante do inciso I do *caput* do art. 6º desta Lei, não serão cobradas pelo conselho. Assim, se a cobrança for inferior a R\$ 2.500,00 não deve ser cobrada.

- O parágrafo 2º da citada norma dispõe que os feitos executivos ajuizados nessas condições devem ser arquivados, sem baixa na distribuição, e não extintos como ocorreu na espécie.

- O artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, na redação dada pela Lei nº 14.195/2021, por se tratar de norma processual tem aplicação imediata, inclusive às ações em curso (artigo 14 do CPC).

- Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0005356-20.2009.4.03.6182, Rel. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA MARTINS, julgado em 22/02/2022, DJEN DATA: 04/03/2022)

No presente caso, o agravante (COREN/SP), em 31.01.2020 propôs execução fiscal (proc. nº 5003433-82.202.4.03.6182 da 9ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP), objetivando a cobrança de anuidades vencidas nos exercícios de 2015 a 2018, no valor de R\$ 1.283,35 (um mil, duzentos e oitenta e três reais e trinta e cinco centavos).

Esse valor, contudo, ainda que acrescido dos consectários legais, não supera o novo mínimo legal de 5 (cinco) anuidades, considerado o valor da anuidade na data de ajuizamento da execução fiscal de R\$ 261,59 (duzentos e sessenta e um reais e cinquenta e nove centavos – correspondente à anuidade de 2020, conforme consulta ao sítio eletrônico do Conselho exequente), sendo de rigor a aplicação da norma prevista no §2º do mencionado artigo 8º.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO DO DES. FEDERAL JOHONSOM DI SALVO:

Dou provimento ao agravo.

Controvérsia semelhante surdiu quando da edição da Lei nº 12.514/2011, cujo artigo 8º, em sua original redação, estabeleceu um quantum mínimo para a cobrança judicial, a impedir o ajuizamento de execuções fiscais novas, quando se tratar de cobrança de créditos de valor inferior a quatro anuidades.

Tal questão foi definida pelo e. Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de Recurso Especial, submetido ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que “É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 (‘Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente’) às execuções propostas antes de sua entrada em vigor” (REsp 1.404.796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

Nessa linha, o mesmo entendimento deve prevalecer para a situação posta nos autos.

No presente caso, observo que a ação executiva foi proposta antes da entrada em vigor da aludida Lei nº 14.195/2021, publicada em 26 de agosto de 2021, de modo que a decisão deve ser reformada, para determinar o prosseguimento da ação executiva.

O DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA:

Vênia devida ao entendimento do e. Relator, ousou divergir.

Cinge-se a controvérsia à incidência do comando insculpido no art. 8º, § 2º, da Lei 12.514/2011, com as alterações perpetradas pela Lei 14.195/2021, às ações executivas propostas anteriormente à referida modificação legislativa, a implicar o arquivamento dos feitos ajuizados para a cobrança de dívidas inferiores a cinco vezes o valor da anuidade profissional.

A questão referente à aplicabilidade de nova lei processual aos executivos já ajuizados não é nova.

Com efeito, por ocasião do advento da própria Lei nº 12.514/2011, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.404.796, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou a seguinte tese: “É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 (‘Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente’) às execuções propostas antes de sua entrada em vigor” (Tese 696).

Nesse diapasão, observado o princípio do “tempus regit actum”, isto é, respeitando-se os atos praticados e os efeitos legitimamente esperados pelas partes quando do ajuizamento da ação (art. 14, CPC/15), a mesma razão deve operar na hipótese dos autos, afastando-se a limitação introduzida pela novel lei aos executivos já propostos.

Nesse mesmo sentido, transcrevo excerto de decisão proferida pelo Desembargador Federal Carlos Muta nos autos do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5028594-79.2021.4.03.0000 (TRF-3 – 3ª Turma; PUBLICAÇÃO: 30/11/2021):

Ao contrário da Lei 12.514/2011 que, ao impedir propositura de ações de valor inferior ao previsto, não fixou regramento específico quanto ao processos em curso, a Lei 14.195/2021, além de elevar o valor mínimo executável, dispôs, expressamente, que as cobranças já ajuizadas devem ser arquivadas sem baixa na distribuição.

Embora a regra de arquivamento processual por lei superveniente possa ser aplicada a feitos em curso, uma vez que cumpridas as respectivas condições, segundo a própria teoria dos atos processuais isolados ou do *tempus regit actum*, sem implicar, portanto, retroação se a causa legal do arquivamento configura fato verificado posteriormente no processo, a conclusão é outra, quando a regra de arquivamento, como na espécie, decorre ou sanciona o próprio descumprimento de requisito de admissibilidade para ajuizamento da ação, ato processual anterior ao advento da nova legislação, pois, neste caso, o arquivamento configura solução prática destinada a dar efeito retroativo à proibição de tramitação de demandas com valor inferior ao previsto na nova legislação processual, referindo-se, assim, a ato processual que não poderia ser atingido pelo advento de novo regramento.

Dito de outro modo: se a proibição de ajuizamento de execuções fiscais para cobrança de dívidas inferiores a cinco vezes o valor previsto no artigo 6º, I, da Lei 12.514/2011, não pode atingir feitos propostos anteriormente à edição da Lei 14.195/2021, também o arquivamento de tais ações não pode ser autorizada com base no valor previsto na nova legislação processual, dado o evidente caráter retroativo da aplicação do preceito.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a ação foi ajuizada antes da entrada em vigor da Lei nº 14.195/2021, publicada em 26 de agosto de 2021, motivo pelo qual, uma vez superado o valor então vigente (correspondente a quatro anuidades), impõe-se o prosseguimento do feito executivo.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator para o Acórdão

Sentenças



EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0005900-90.2018.4.03.6182

Autora: SEARA ALIMENTOS LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: ERIK GRAMSTRUP

Disponibilização da Sentença: DJEN 21/03/2022

SENTENÇA

Vistos, etc.

Trata-se de embargos à execução fiscal proposta pela União Federal para exigência de de débitos de IOF, decorrentes de Auto de Infração relativo ao período de 01/01/2008 a 31/12/2010, motivado por operações consideradas pela Fiscalização como sendo de empréstimo entre empresas coligadas.

Aduz a embargante, em breve síntese, que:

- Os lançamentos contábeis apontados como base de cálculo na autuação, que acabaram constituindo de ofício os débitos ora executados, não são passíveis de tributação pelo IOF, na medida em que se tratam de meras reclassificações contábeis promovidas pela ora embargante;

- Embora a escrituração contábil da Penasul pudesse ter induzido a erro o agente fiscal, a operação descrita contabilmente não se tratava de verdadeiro empréstimo, mas apenas de trânsito de numerário entre contas contábeis, que não se sujeita à incidência do IOF. A “Penasul” registrava os movimentos diários dos fluxos de numerário entre empresas em contas de passivo, de forma transitória. Embora tais contas fossem denominadas de empréstimos, tal denominação não correspondia à realidade das operações e acabou induzindo a Fiscalização a erro, pois não se tratavam de empréstimos, mas de meros registros contábeis de numerário que circulava entre empresas controladas ou coligada;

- De todo modo, a Fiscalização deveria ter considerado a real natureza (essência) da operação, ao invés da nomenclatura equivocada registrada contabilmente. Isso em virtude do princípio da verdade real;

- Os contratos de conta corrente firmados pela embargante configuram meras cessões de créditos parciais realizadas entre empresas coligadas, que necessariamente exigem a correspondente quitação equivalente da quantia cedida, de forma igualmente parcial. Ou seja, os referidos contratos pactuam um gerenciamento de recursos financeiros entre as empresas de um mesmo grupo econômico, de modo que, a essência e as características intrínsecas e extrínsecas destes contratos não se confundem, de forma alguma, como mútuo financeiro e, por conseguinte, não se subsumem à hipótese de incidência do IOF;

- Mesmo que se pudesse enquadrar os contratos de conta corrente como contratos de mútuo, o que se admite apenas em atenção ao princípio da eventualidade, é certo que o IOF somente incide sobre os contratos de mútuo firmados por instituições que participem do Sistema Financeiro Nacional, o que não é o caso da embargante. Nesse sentido, lei complementar já circunscreveu o fato gerador do IOF àquelas operações de crédito realizadas apenas e tão-somente pelas instituições financeiras, de tal modo que é defeso à lei ordinária inovar;

- Outrossim, não houve incidência de juros sobre as quantias que circularam, sendo que a incidência de juros seria essencial à incidência do IOF;

- Sendo o IOF imposto extrafiscal, lei ordinária não pode agregar hipóteses que não guardam sintonia com essa natureza;

- Na forma prevista pelo art. 13 da Lei n.º 9.779/99 o IOF assume caráter de imposto sobre o patrimônio e não sobre operações de crédito;

- Descabimento da cobrança do encargo legal.

Com a inicial vieram documentos.

Os embargos foram recebidos com efeito suspensivo (fls. 397).

A Fazenda Nacional impugnou a ID 42131520 – fls. 401/423, sustentando:

a) A incidência do IOF não pressupõe a participação de instituições financeiras no negócio;

b) A incidência do IOF não ultrapassa os limites postos no art. 153, V, CF, tampouco do art. 63, I, CTN;

c) Restou demonstrado nos autos, que a embargante, possuía diversas cessões de crédito parciais e quitações, igualmente, parciais, enquadrando- na modalidade de crédito rotativo. Esses empréstimos caracterizam-se como operações de crédito, portanto estão sujeitos à incidência do IOF;

d) O contrato de mútuo não é a única espécie contratual que leva à incidência do IOF, tanto que o legislador, quando se refere ao mútuo, trata de “operações de crédito” que sejam -correspondentes- àquele negócio jurídico. sem limitar, portanto,. a cobrança do imposto exclusivamente este tipo de contrato;

e) O caráter extrafiscal do IOF não exime o contribuinte de pagá-lo quando assim determinar a legislação de regência;

f) É legítima a cobrança do encargo legal;

g) É hígida a CDA em cobrança.

Réplica a ID 68352731 com reiteração das alegações iniciais e pedido de julgamento antecipado do feito.

É o relatório. DECIDO

NULIDADE DA CDA

A CDA que instruiu a inicial da execução, preenche todos os requisitos legais e contém todos os elementos e indicações necessárias à defesa da embargante. Por outro lado, estando regularmente inscrita, goza de presunção de certeza e liquidez, somente elidida mediante prova inequívoca, em sentido contrário, a cargo do sujeito passivo da obrigação.

Os requisitos de regularidade formal da certidão de dívida ativa, coincidentes com aqueles do termo de inscrição, estão elencados pelo art. 20., pars. 50. e 60. da Lei n. 6.830, de 22.09.1980. Percebe-se que a intenção do legislador foi a de deixar transparentes os seguintes dados, acerca da dívida ativa: de que circunstâncias proveio; quem seja o devedor/responsável; o documentário em que se encontra formalizada; sua expressão monetária singela e final.

Ora, tudo isso está bem espelhado pelo título que aparelhou a inicial da execução.

Os atos administrativos que desaguam na inscrição, como essa própria e a certidão dela retirada gozam de presunção de veracidade e legitimidade.

Além disso, a certidão de dívida ativa também goza da liquidez e certeza decorrentes de sua classificação legal como título executivo extrajudicial.

Dessa forma, alegações genéricas de irregularidade não são suficientes para arredar tais qualificativos legais.

No caso, a CDA apresenta-se perfeita, com a descrição adequada do débito e seus acréscimos legais, cuja legislação de regência foi oportunamente mencionada, abrindo oportunidade para a defesa de mérito do contribuinte.

A principal decorrência desse fato é o de que, em executivo fiscal, o ônus da prova recai integralmente sobre o contribuinte.

Ele deve, na qualidade de pólo ativo dos embargos do devedor, demonstrar todos fatos constitutivos de sua pretensão elisiva do título executivo.

O Fisco nada tem de demonstrar, embora possa eventualmente fazer contraprova.

Por derradeiro, registro que a parte executada demonstrou pleno conhecimento do que compete à cobrança e exerceu amplamente o direito de defesa, o que demonstra, por via indireta, que as finalidades legais foram atingidas. Não se deve, por leitura excessivamente formalista, levar à letra exigências de ordem adjetiva e sacar delas onerosas consequências para o credor, se os objetivos da lei lograram sucesso. Nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. FALTA DE INDICAÇÃO DO LIVRO E FOLHA DE INSCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ESSENCIAL OU RELEVANTE À CONSTITUIÇÃO FORMAL DO TÍTULO EXECUTIVO E À DEFESA DO EXECUTADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Apesar da previsão legal e jurídica em sentido contrário, a jurisprudência desta Corte já orientou que meros vícios formais não têm o efeito de contaminar a validade da CDA, desde que possa o contribuinte/executado aferir com precisão a exação devida, tendo-lhe assegurado o exercício de ampla defesa. Nesse sentido aplica-se o princípio da instrumentalidade das formas, quando a omissão é apenas da indicação do livro e da folha de inscrição da dívida.

2. No entanto, essa prática deve ser coibida, por representar uma dificuldade adicional à demonstração da regularidade da inscrição.

3. Agravo Regimental do contribuinte a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp 1400594/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 14/02/2014)

É o que recomenda o princípio da instrumentalidade das formas, de modo que se rejeitam as alegações da parte embargante quanto à irregularidade da certidão de dívida ativa.

Na verdade, o princípio da instrumentalidade é levado tão a sério pela Jurisprudência que, mesmo havendo defeito formal do título, ele não é levado em consideração se não causar prejuízo à defesa do devedor:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CDA. AUSÊNCIA DO NÚMERO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal de origem, com fundamento no princípio da instrumentalidade das formas e com base na prova dos autos, não obstante tenha verificado inexistir o número do processo administrativo na CDA, reconheceu a validade do título, pois entendeu não ter havido prejuízo à executada, em face da comprovação do recebimento da cópia do processo.

2. Rever a ocorrência (ou não) de prejuízo ante a ausência do número do processo administrativo da CDA implica revisar o contexto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 599.873/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 27/08/2015)

Outro exemplo ainda mais claro desse princípio encontra-se no seguinte precedente:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL – CDA – REQUISITOS – FALTA DE INDICAÇÃO DO LIVRO E DA FOLHA DA INSCRIÇÃO DA DÍVIDA – NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. A nulidade da CDA não deve ser declarada por eventuais falhas que não geram prejuízos para o executado promover a sua defesa, informado que é o sistema processual brasileiro pela regra da instrumentalidade das formas (*pas des nullités sans grief*), nulificando-se o processo, inclusive a execução fiscal, apenas quando há sacrifício aos fins da Justiça.

2. Recurso especial provido.

(REsp 840.353/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 07/11/2008)

Em suma, em que pesem os inúmeros requisitos formais da certidão de dívida ativa, enquanto título executivo extrajudicial, não se decreta a nulidade dela, nem da execução, quando o devedor aparelhou defesa na qual manifesta a ciência do que está sendo cobrado e por que está sendo cobrado (ainda que para rejeitar a cobrança).

Em reforço a esses argumentos, é sedimentada a noção de que a CDA não exige em acréscimo a juntada de nenhum material probatório, nem de demonstrativos analíticos do débito ou de seus acessórios.

O Fisco nada tem de demonstrar, embora o devedor tenha o ônus de fazer contraprova. Pacífico, há muitos anos, o entendimento jurisprudencial no sentido de que:

“Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de certeza e liquidez, a exeqüente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas o embargante que irá enfraquecê-lo (...). No caso a certidão da dívida ativa está regular e não foi ilidida com as alegações formuladas pela embargante, já que não acompanhadas de nenhuma prova, como nem foi requerida a posterior produção de elemento probatório.”

(Acórdão da 5ª T. de extinto E. Tribunal Federal de Recursos, na Apel. Cív. nº 114.803-SC; rel. Min. Sebastião Reis - Boletim AASP nº 1465/11).

(I)LEGITIMIDADE DA INCIDÊNCIA DO IOF SOBRE FLUXOS FINANCEIROS DERIVADOS DE CONTRATOS DE CONTA CORRENTE

Trata-se, na origem, de execução fiscal ajuizada pela União Federal em face da ora embargante para a cobrança crédito tributário relativo IOF, pelo período compreendido entre 01/01/2008 a 31/12/2010, controlados nos autos do Processo Administrativo nº 11020.724347/2012-71 e, posteriormente, inscritos em dívida ativa sob o nº 80.4.17.130961-10.

A lavratura do auto de infração que dá azo à cobrança se deu sob o entendimento de que a sistemática de conta corrente adotada entre embargante e sua controladora, a PENASUL ALI-

MENTOS LTDA. (incorporada pela ora embargante), configuraria operação de crédito sujeita à incidência do IOF, nos termos dos artigos 2º, I, 3º ao 7º, 47, 49 e 50 do Decreto nº 6.306/2007.

A controvérsia reside na discussão a respeito da constitucionalidade, legalidade e interpretação legítima do art. 13 da Lei n.º 9.779/99, de modo a atrair ou afastar sua incidência sobre a disponibilização de recursos financeiros entre a embargante e sua(s) coligada(s), escorada em contratos de conta corrente. *In verbis*:

Art. 13. As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras. (grifei)

Como se vê, o dispositivo é bastante claro ao determinar a incidência do IOF a operações de crédito que correspondam a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, tal como incide nas operações de financiamento e empréstimos praticadas por instituições financeiras.

Pela sua literalidade, é irrelevante, para fins de incidência do imposto, fato de a operação de crédito se dar ou não com a participação de uma instituição financeira.

Questiona a embargante, contudo, o próprio dispositivo legal, afirmando que o legislador ordinário, ao estender a hipótese de incidência, exorbitou sua competência, deturpando o seu desenho legal-constitucional.

Pois bem.

A Constituição Federal, no seu art. 153, V, atribuiu à União competência para instituir o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

A sua função é essencialmente extrafiscal, eis que possibilita à União intervir no funcionamento do mercado financeiro no intuito de gerir, dentre outras, as políticas de crédito câmbio e seguro. Bem por isso, dele se excluiu a exigência de lei para modificação de suas alíquotas e a sujeição aos princípios da anterioridade e da noventena, visando-se conceder à União agilidade em seu manejo.

Não se despreza, todavia, sua função fiscal ou arrecadatória. O fato de o IOF ser utilizado para fins extrafiscais não afeta a higidez do crédito tributário lançado, uma vez verificado o seu fato gerador conforme a legislação de regência.

Quanto ao seu fato gerador, estabelece o CTN em seu art. 63:

Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

I - quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

II - quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;

III - quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável;

IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.

Parágrafo único. A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito.

Já no art. 64 do CTN a base de cálculo encontra-se assim definida:

Art. 64. A base de cálculo do imposto é:

I - quanto às operações de crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros;

II - quanto às operações de câmbio, o respectivo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição;

III - quanto às operações de seguro, o montante do prêmio;

IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários:

a) na emissão, o valor nominal mais o ágio, se houver;

b) na transmissão, o preço ou o valor nominal, ou o valor da cotação em Bolsa, como determinar a lei;

c) no pagamento ou resgate, o preço.

Quanto à definição do sujeito passivo, dispõe o art. 66 do CTN:

Art. 66. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

Quer dizer, cuida-se de imposto *sem contribuinte específico*, que grava o resultado de operação financeira. Daí a liberdade conferida pelo ao legislador ordinário para sua definição (a de quem será contribuinte).

Lei anterior, qual seja, a Lei n.º 5.143/66, sujeitava à sua incidência apenas as operações realizadas por instituições financeiras, o que veio a ser modificado pelo indigitado art. 13 da Lei n.º 9.789/99 tornando-o não exclusivo dessas instituições, passando a tributá-las – as operações – sejam elas realizadas por pessoa física ou jurídica, equiparada ou não a instituição financeira.

A discussão sobre a constitucionalidade dessa modificação legal teve sua Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado em 17/10/2019 (Tema 104 – *leading case*: RE 590186), sendo esta a sua ementa:

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA NAS OPERAÇÕES DE MÚTUO PRATICADAS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS OU ENTRE PESSOAS JURÍDICAS E PESSOAS FÍSICAS SEGUNDO AS MESMAS REGRAS APLICÁVEIS ÀS OPERAÇÕES PRATICADAS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 13 DA LEI Nº 9.779/99. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 590186 RG, Relator(a): MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-13 PP-02799)

Não houve, contudo, decisão expressa pelo sobrestamento dos feitos em que a questão é discutida, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidido, ao julgar a Questão de

Ordem no RE 966.177/RS, de relatoria do Min Luiz Fux, em 7.6.2017, que a suspensão do processamento prevista no artigo 1.035, § 5º, do CPC não é decorrência necessária do reconhecimento da Repercussão Geral, tendo o relator do Recurso Extraordinário paradigma a faculdade de determinar ou não tal sobrestamento.

Assim, nada impede que se prossiga no presente julgamento.

De todo modo, em sede de controle concentrado, tratando em específico da incidência do tributo sobre operações de factoring (Lei n.º 9.532/97, art. 58), o C. STF já sinalizou o entendimento de que o IOF não se restringe às operações financeiras praticadas por instituições financeiras, podendo incidir também sobre qualquer operação com títulos e valores mobiliários.

Confira-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Tributário. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). Alienações de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo às empresas de factoring. Artigo 58 da Lei nº 9.532/97. Constitucionalidade.

1. As empresas de factoring são distintas das instituições financeiras, não integrando o Sistema Financeiro Nacional. Não há atividade bancária no factoring nem vinculação entre o contrato de factoring e as atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras.

2. O fato de as empresas de factoring não necessitarem ser instituições financeiras não é razão suficiente para inquirir de inconstitucional a norma questionada. E isso porque nada há na Constituição Federal, ou no próprio Código Tributário Nacional, que restrinja a incidência do IOF sobre as operações de crédito realizadas por instituições financeiras.

3. A noção de operação de crédito descreve um tipo. Portanto, quando se fala que as operações de crédito devem envolver vários elementos (tempo, confiança, interesse e risco), a exclusão de um deles pode não descaracterizar por inteiro a qualidade creditícia de tais operações quando a presença dos demais elementos for suficiente para que se reconheça a elas essa qualidade.

4. No caso do conventional factoring, há, inegavelmente, uma antecipação de recursos financeiros, pois, ordinariamente, o empresário aguarda o vencimento dos créditos decorrentes da venda de mercadorias a seus clientes. Cedendo tais créditos ao factor, o empresário recebe no presente aquilo que ele somente perceberia no futuro, descontado, evidentemente, o fator de compra, que é a própria remuneração do factor.

5. Também é constitucional a incidência do IOF sobre o maturity factoring. Nessa modalidade de faturização (como na modalidade conventional factoring), as alienações de direito creditório podem ser enquadradas no art. 153, inciso V, da Constituição Federal, na parte referente a “operações relativas a títulos ou valores mobiliários”.

6. A alienação de direitos creditórios a empresa de factoring envolve, sempre, uma operação de crédito ou uma operação relativa a títulos ou valores mobiliários. É, aliás, própria do IOF a possibilidade de ocorrência de superposição da tributação das operações de crédito e daquelas relativas a títulos e valores mobiliários, motivo pelo qual o Código Tributário Nacional, no parágrafo único do seu art. 63, traz uma regra de tributação alternativa, de sorte a evitar o *bis in idem*.

7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade do art. 58 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

ADI 1763, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 29-07-2020 PUBLIC 30-07-2020)

Embora esse precedente trate em específico da incidência do tributo sobre operações de *factoring*, as suas razões de decidir aplicam-se parcialmente ao presente caso.

Realmente, como vislumbrou a Corte Constitucional, não há que se falar que o art. 13 da Lei n.º 9.779/99 transborda os limites da Constituição ou da legislação complementar, à medida em que nada há na Carta Magna que restrinja a incidência do IOF apenas às operações de crédito realizadas por instituições financeiras, enquanto que o CTN, ao traçar o desenho legal do imposto, deixa claro que a sua incidência se dá sobre operações de crédito, sem definir qualidade especial das partes envolvidas, sendo delegada à lei ordinária a definição de seu sujeito passivo.

Em suma, a tributação recai sobre a operação financeira em si, de forma que não há que se falar em criação de imposto novo pelo art. 13 da Lei 9.779/99, muito menos em modificação do fato gerador definido pelo CTN e de modo que não se trata de matéria reservada à lei complementar nos termos do art. 146, III, “a”, da CF.

O art. 13 da Lei 9.779/99 apenas ampliou a hipótese de incidência do IOF às operações de crédito realizadas por pessoas jurídicas desvinculadas do sistema financeiro nacional, inclusive integrantes do mesmo grupo econômico, sem ofensa à CF ou ao CTN.

Também o C. STJ, fazendo alusão à ADI acima mencionada, decidiu pela compatibilidade da Lei n.º 9779/99 com a CF e o art. 66 do CTN, tal como aqui defendido.

Confira-se:

TRIBUTÁRIO - IOF - INCIDÊNCIA SOBRE MÚTUO NÃO MERCANTIL - LEGALIDADE DA LEI 9.779/99.

1. A lei 9.779/99, dentro do absoluto contexto do art. 66 CTN, estabeleceu, como hipótese de incidência do IOF, o resultado de mútuo.
 2. Inovação chancelada pelo STF na ADIN 1.763/DF (rel. Min. Pertence).
 3. A lei nova incide sobre os resultados de aplicações realizadas anteriormente.
 4. Recurso especial improvido.”
- (STJ, 2ª Turma, RESP 522294, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 08.03.2004, p. 221).

A jurisprudência do TRF da 3ª Região, também já se assentou a respeito da matéria:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO À APELAÇÃO. OPERAÇÕES DE MÚTUO PRATICADAS ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. INCIDÊNCIA DO IOF. ART. 13 DA LEI Nº 9.799/99. LEGITIMIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO LEGAL NÃO CONHECIDO NA PARTE QUE CONFIGURA INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL.

1. As operações de mútuo celebradas por pessoas jurídicas, sejam instituições financeiras ou não, subsumem-se ao fato gerador insculpido no inciso I do art. 63 do Código Tributário Nacional.
2. O art. 13 da Lei nº 9.779/99, amparado nos arts. 63, I e art. 66 do Código Tributário Nacional, determinou a incidência do IOF sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, conforme as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.
3. Não existe nenhuma inconstitucionalidade na extensão da tributação pelo IOF às pessoas jurídicas não financeiras, sendo de nenhum valor a afirmação de que o mútuo celebrado entre empresas coligadas, para fins apenas empresariais e, portanto, sem caráter especulativo, deveriam restar fora da órbita de incidência do imposto.
4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 1.763 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 26/9/2003, Tribunal Pleno), exarou entendimento no sentido de que “o âmbito constituo-

nal de incidência possível do IOF sobre operações de crédito não se restringe às praticadas por instituições financeiras”. Embora o processo versasse sobre as operações de factoring, o entendimento é perfeitamente aplicável ao caso vertente.

5. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legalidade do art. 13 da Lei nº 9.779/99, eis que foi editado “dentro do absoluto contexto do art. 66 do CTN”.

6. Cumpre destacar, ainda, alguns aspectos necessários a se afastar a pretensão inconstitucionalidade: a) o IOF não tem como sujeito passivo, a teor da lei, exclusivamente as “entidades financeiras”; b) há conformação do fato gerador do tributo com a transmissão de valores mobiliários; c) o mútuo é uma operação de crédito, de modo que o IOF deve compreender operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas mesmo que nenhuma delas seja “entidade financeira”.

7. Por fim, o argumento de que os contratos denominados “convênio de mútua assistência financeira” e “contrato de abertura recíproca de crédito” revestir-se-iam de verdadeira natureza de contrato de conta corrente, de forma que não se subsumiriam a hipótese tratada no art. 13 da Lei nº 9.779/99 é argumento novo deduzido apenas nas razões do agravo legal, motivo pelo qual não pode ser conhecido.

8. Agravo legal improvido, na parte conhecida.

(AC 00075831120044036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2014).

AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA PROCESSUAL CIVIL. RECOLHIMENTO DE IOF. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. Nem a constituição, nem o CTN pretenderam delimitar a incidência do tributo sobre operações realizadas exclusivamente por instituições financeiras. A conclusão que se impõe é que todo aquele que, nos termos da lei, realizar uma operação de crédito, poderá ser alcançado pela tributação em exame, não se exigindo que a operação tenha sido realizada por uma instituição financeira. Não se trata, portanto, de uma mera equiparação legal a instituições financeiras (como fez o art. 15, § 1º, III, “d”, da Lei nº 9.249/95), mas uma verdadeira indiferença legislativa quanto à qualidade ou natureza das instituições envolvidas na operação de crédito.

3. O artigo 13 da Lei nº 9.779/99 limitou-se a disciplinar a incidência do IOF sobre “operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoas jurídicas e pessoa física”, não tendo, desse modo, criado nova hipótese de incidência do tributo, como quer fazer crer a impetrante, considerando que tal hipótese de incidência - realização de operações de crédito - já se encontra prevista no CTN (artigo 63, I), tendo a aludida lei somente especificado o tipo de operação, o que, conforme precedente da Corte Suprema acima citado, não configura inconstitucionalidade.

4. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 281678 - 0032212-49.2004.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 03/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2016).

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IOF. ARTIGO 13 DA LEI Nº 9.799/99. INCIDÊNCIA NO CASO DE MÚTUA ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. SENTENÇA MANTIDA.

1. O imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários, comumente chamado de imposto sobre operações financeiras - IOF integra a competência da União (art. 153, inciso V, da Constituição Federal), que o utiliza como instrumento de gestão de várias políticas, principalmente as de crédito, câmbio e se-

guro, tendo função essencialmente extrafiscal, muito embora se preste, também, à função fiscal ou arrecadatória.

2. O IOF, com o advento da Lei nº 9.779/99, passou a incidir, nos termos do artigo 13, sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

3. Nesse contexto, insta registrar que a Lei nº 9.779/99, não exorbitou quando definiu a incidência do IOF inclusive em relação a pessoas que não instituições financeiras, porque, frise-se, a tributação recai sobre a operação financeira em si, com incidência prevista na legislação de regência da matéria, não havendo falar em instituição de imposto novo, nem ao menos em alteração do fato gerador, de modo que não se trata de matéria reservada à lei complementar, sendo legítima a exigência contida no seu artigo 13.

4. Em suma, o artigo 13, da Lei nº 9.779/99, institui o mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, ou entre pessoas jurídicas e pessoas físicas, configurando-se assim hipótese de incidência do IOF, não havendo que se falar em ato ilegal da autoridade impetrada, porquanto é devido o imposto, sendo este exigido nos exatos termos da legislação de regência da matéria.

5. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional.

6. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 312119, 0022751-48.2007.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, julgado em 15/07/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/07/2010 PÁGINA: 376)

Mas a embargante defende também que a incidência do IOF, ainda que admitida nas operações de crédito entre pessoas jurídicas que não sejam instituições financeiras, estaria restrita a contratos de mútuo, que teria caracteres bastante diversos das operações que realizou: contratos de conta corrente entre empresas coligadas.

Sucede que, já da letra do art. 13 da Lei nº 9.779/99 (*“As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras”*), resta evidente que o legislador pretendeu abarcar negócios jurídicos que envolvam operações de crédito, qualquer seja a forma adotada, independentemente de seu caráter especulativo – *o que torna irrelevante a incidência de juros*. O mútuo é uma de suas espécies, envolve empréstimo de coisas fungíveis (p.ex. recursos financeiros) e a obrigação do mutuário de restituir ao mutuante o que dele recebeu em gênero qualidade e espécie. O termo final não é cláusula essencial e o negócio prescinde de finalidade específica. De forma correspondente, a sistemática da conta corrente entre coligadas envolve a disponibilização de recursos a uma das partes a serem restituídos pela outra sem prazo determinado. *Dessarte, as operações realizadas são verdadeiras “operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros”, na medida em que, em todos os casos, é disponibilizado numerário de forma imediata para pagamento futuro a depender do saldo existente.*

Nesse mesmo sentido, o C. STJ também já se pronunciou sobre a legitimidade da incidência do IOF a operações de crédito “correspondentes a mútuo” na forma do art. 13 da Lei nº 9.779/99, de modo que compreendidas, inclusive, os aqui discutidos contratos de conta corrente entre empresas coligadas com a previsão de concessão de crédito:

TRIBUTÁRIO. IOF. TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO CORRESPONDENTES A MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. ART. 13, DA LEI N. 9.779/99.

1. O art. 13, da Lei nº 9.779/99 caracteriza como fato gerador do IOF a ocorrência de “operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas” e não

a específica operação de mútuo. Sendo assim, no contexto do fato gerador do tributo devem ser compreendidas também as operações realizadas ao abrigo de contrato de conta corrente entre empresas coligadas com a previsão de concessão de crédito.

2. Recurso especial não provido.

(REsp 1239101/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 19/09/2011)

Dessarte, resta demonstrado que a tese da inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 13 da Lei nº 9.779/99 não merece acolhimento, além de já ter sido suficientemente debatida e repelida pela jurisprudência, restando assentado o entendimento de sua perfeita higidez, o que torna improcedente o pedido formulado.

INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO ENCARGO LEGAL

Em sede doutrinária há enorme divergência acerca do enquadramento jurídico do encargo. O problema de qualificação deriva em grande parte de sua dupla função de (a) substitutivo dos honorários advocatícios; e de (b) verba vinculada à cobertura das despesas com as quais a Fazenda Nacional tem de arcar para promover a cobrança da dívida ativa. Em artigo sobre o tema a juíza federal INGRID SCHRODER SLIWKA do Tribunal Regional Federal da 4ª Região elenca nada menos do que *cinco* posicionamentos doutrinários diversos a respeito de sua natureza jurídica: o encargo como (i) *verba de sucumbência*; como (ii) *subsídio ou remuneração*; como (iii) *taxa em razão de serviço público*; como (iv) *contraprestação das despesas necessárias à cobrança do crédito público*; e até como (v) *preço público* (cf. *O encargo legal da execução da dívida ativa da União e o princípio da razoabilidade*. In: Revista de Doutrina do TRF4 Publicado na Edição 22 - 28.02.2008).

Essas diferentes visões acerca da natureza do encargo legal instigam, de outra parte, os debates acerca da legitimidade de sua incidência, em especial a sua recepção pela Constituição Federal de 1988.

Em sede jurisprudencial, contudo, a discussão arrefece. Muitas vezes contornando o problema relativo à sua categorização, nossas Cortes pacificaram-se em torno do entendimento de que é válida a sua cobrança e de que ele possui a dupla função de substituir os honorários advocatícios e subsidia a cobrança judicial da dívida ativa.

Mesmo o extinto Tribunal Federal de Recursos já havia sumulado o entendimento de que o encargo “... é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios” (Súmula n. 168).

A interpretação do Tribunal Federal de Recursos seguiu sendo invocada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo o tema sendo analisado sob a égide da nova ordem constitucional.

É o que se pode observar nos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECRETO-LEI Nº 1.025/69.

1. “O encargo de 20% previsto no art. 1º do D.L. 1.025/69, além de atender a despesas com a cobrança de tributos não recolhidos substitui, inclusive, os honorários advocatícios sendo inadmissível a condenação de verba sob esse mesmo título” (REsp 181.747/RN (1998/0050746-9), Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julg. 20.05.99, DJU de 10.04.00, pág. 77).

2. Recurso especial improvido. (grifo nosso)
(STJ, Resp 642300, Rel. Min. CASTRO MEIRA)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA PELA FAZENDA NACIONAL. DESISTÊNCIA, PELO CONTRIBUINTE, DA AÇÃO JUDICIAL PARA FINS DE ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (ARTIGO 26, DO CPC). DESCABIMENTO. VERBA HONORÁRIA COMPREENDIDA NO ENCARGO DE 20% PREVISTO NO DECRETO-LEI 1.025/69.

1. A condenação, em honorários advocatícios, do contribuinte, que formula pedido de desistência dos embargos à execução fiscal de créditos tributários da Fazenda Nacional, para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal, configura inadmissível *bis in idem*, tendo em vista o encargo estipulado no Decreto-Lei 1.025/69, que já abrange a verba honorária (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 475.820/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 08.10.2003, DJ 15.12.2003; EREsp 412.409/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 10.03.2004, DJ 07.06.2004; EREsp 252.360/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 13.12.2006, DJ 01.10.2007; e EREsp 608.119/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 27.06.2007, DJ 24.09.2007. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.006.682/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.08.2008, DJe 22.09.2008; AgRg no REsp 940.863/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27.05.2008, DJe 23.06.2008; REsp 678.916/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.04.2008, DJe 05.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 767.979/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.10.2007, DJ 25.10.2007; REsp 963.294/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.10.2007, DJ 22.10.2007; e REsp 940.469/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007).

2. A Súmula 168, do Tribunal Federal de Recursos, cristalizou o entendimento de que: “o encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”.

3. Malgrado a Lei 10.684/2003 (que dispôs sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social) estipule o percentual de 1% (um por cento) do valor do débito consolidado, a título de verba de sucumbência, prevalece o entendimento jurisprudencial de que a fixação da verba honorária, nas hipóteses de desistência da ação judicial para adesão a programa de parcelamento fiscal, revela-se casuística, devendo ser observadas as normas gerais da legislação processual civil.

4. Consequentemente, em se tratando de desistência de embargos à execução fiscal de créditos da Fazenda Nacional, mercê da adesão do contribuinte a programa de parcelamento fiscal, descabe a condenação em honorários advocatícios, uma vez já incluído, no débito consolidado, o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto-Lei 1.025/69, no qual se encontra compreendida a verba honorária.

5. *In casu*, cuida-se de embargos à execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional, em que o embargante procedeu à desistência da ação para fins de adesão a programa de parcelamento fiscal (Lei 10.684/2003), razão pela qual não merece reforma o acórdão regional que afastou a condenação em honorários advocatícios, por considera-los “englobados no encargo legal de 20% previsto no Decreto-Lei nº 1025/69, o qual substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”.

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (grifo nosso)

..EMEN: (RESP 200901063349, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:21/05/2010 ..DTPB:.)

Superada a questão da possibilidade de sua exigência, o Superior Tribunal de Justiça já sumulou o entendimento de que o encargo legal é exigível inclusive na execução fiscal proposta

contra a massa falida” (v. Súmula 400). E ainda, a sua Primeira Seção decidiu recentemente, em julgamento de recurso repetitivo, que o encargo legal possui preferências iguais à do crédito tributário em sede de falência. O colegiado seguiu, por maioria, o voto do Exmo. Min. Gurgel de Faria, e fixou a seguinte tese para os efeitos do artigo 1.036 do CPC: “O encargo do DL 1.025/69 tem as mesmas preferências do crédito tributário, devendo, por isso, ser classificado, na falência, na ordem estabelecida pelo artigo 83, III, da Lei 11.101/05”.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, a sua jurisprudência entende que o tema da legitimidade do encargo legal é de ordem infraconstitucional. Daí não ter efetivamente se debruçado sobre a questão da recepção do Decreto-lei 1.025/69 pela Constituição Federal de 1988: “De mais a mais, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema alusivo ao encargo legal previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/1969 não transborda os limites do âmbito infraconstitucional. Logo, ofensa à Carta Federal de 1988, se existente, ocorreria de forma reflexa ou indireta’. Ante o exposto, quanto à questão remanescente, conheço do presente agravo para negar-lhe provimento (art. 544, § 4º, II, ‘a’, do CPC) e, com relação à utilização da taxa SELIC para fins tributários (RE-RG 582.461), julgo prejudicado o recurso” (AI 833.915, Relator o Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJe 21.8.2013, transitada em julgado em 4.9.2013).

Temos que o encargo legal é legítimo.

Ele não nega vigência às disposições Código de Processo Civil a respeito da fixação da verba honorária e tampouco ofende a garantia do juiz natural, justamente pois não tem por escopo, apenas cobri-la, mas, também, como dito, custear a promoção do executivo fiscal. Outrossim, a determinação pelo legislador de um percentual exato a título de honorários e até mesmo a restrição à sua fixação são recorrentes no processo civil brasileiro (v. percentuais de 10% dos arts. 523, §1º e 526, 2º do CPC/15; e restrições à condenação em honorários da Lei do Mandado de Segurança e da Lei da Ação Civil Pública).

Tampouco há que se falar em desproporcionalidade ou falta de razoabilidade do percentual de 20%. Veja-se, por exemplo, que no procedimento do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa o Código de Processo Civil fixa o acréscimo de multa de 10% somado a honorários de 10% na hipótese de débito não ser pago voluntariamente no prazo de quinze dias (art. 523, §1º). Da mesma forma, é lícito ao réu, antes de ser intimado para o cumprimento da sentença, comparecer em juízo e oferecer em pagamento o valor que entender devido, apresentando memória discriminada do cálculo, mas sendo o depósito impugnado, e concluindo o juiz pela sua insuficiência, sobre a diferença incidirão multa de dez por cento e honorários advocatícios (art. 526, §2º). No que toca à execução por quantia certa, ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de 10%, a serem pagos pelo executado, sendo que o valor dos honorários poderá ser elevado até 20%, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente (art. 827). Embora o percentual do encargo seja a princípio maior, além de se prestar ao custeio da máquina pública, sua incidência sobre o crédito exequendo tem por contrapartida obstar a condenação a título de honorários advocatícios nos embargos em caso de improcedência. Também não há dúvida da maior importância dos créditos em cobro na execução fiscal, tudo a justificar o percentual mais elevado.

Rejeito a alegação de ilegitimidade do encargo legal.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, julgo *IMPROCEDENTES* os embargos à execução fiscal. Deixo de condenar a embargante ao pagamento de honorários advocatícios por força do encargo legal do

Decreto-lei n. 1.025/69, incidente na espécie e que faz as vezes de sucumbência. Determino o traslado de cópia desta para os autos do executivo fiscal. Oportunamente, remetam-se os autos ao arquivo, observadas as cautelas de estilo.

Publique-se. Intimem-se.

Juiz Federal ERIK GRAMSTRUP

AÇÃO PENAL

0000049-28.2019.4.03.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Réus: DANIEL MUNHOZ GARCIA PEREZ JUNIOR, PORTO DE AREIA SÃO CARLOS EIRELI - EPP

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DJEN 16/12/2021

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia¹[1] contra DANIEL MUNHOZ GARCIA PEREZ JUNIOR e PORTO DE AREIA SÃO CARLOS LTDA (qualificados na denúncia), imputando ao primeiro a prática dos delitos previstos no artigo 55 da Lei 9.605/1998 em concurso formal com o art. 2º da Lei 8.176/1991 e à segunda apenas o crime do art. 55 da Lei 9.605/1998. Segundo a denúncia, em 17/11/2015 operação conjunta de órgãos ambientais, Polícia Militar e Marinha do Brasil constatou a existência de pontos de degradação ambiental às margens do rio Mogi Guaçu, dentro das poligonais de exploração de areia da empresa ré, que resultaram na supressão de vegetação em área de preservação permanente. O dano teria sido causado por desmonte hidráulico, processo que consiste na aplicação de fortes jatos de água nas margens para intensificar artificialmente o depósito de sedimentos no leito do rio, de modo a aumentar a oferta de minério para exploração.

A denúncia foi recebida em 28 de março de 2019².

Na resposta à acusação³ a Defesa sustentou que não há prova de que os acidentes geográficos que embasam a denúncia tenham sido causados pela ação humana, muito menos que a empresa ou seu dirigente tenham relação com esse evento.

O pedido de absolvição sumária foi rejeitado⁴.

Em 9 de outubro de 2019 se realizou a audiência de instrução, ocasião em que foram inquiridas seis testemunhas e realizado o interrogatório.

Em alegações finais⁵ o MPF discorreu sobre as provas colhidas, concluindo que o conjunto probatório demonstra a materialidade e autoria dos crimes narrados na denúncia, impondo-se a condenação.

Já a Defesa⁶ arguiu preliminar de inépcia da inicial em relação ao crime do art. 2º da Lei 8.176/1991, uma vez que não foi quantificada a vantagem ilícita decorrente da conduta, requisito essencial para os crimes patrimoniais. No mérito, reforçou a tese de que não há prova

1 Num. 39237311 a partir da p. 3.

2 Num. 39237311 – p. 8-9.

3 Num. 39237311 a partir da p. 29.

4 Num. 39237311 - Pág. 47.

5 Num. 39237311 a partir da p. 79.

6 Num. 39237311 a partir da p. 91.

de que o desbarrancamento do rio tenha sido causado por ação humana, tampouco que os réus tenham concorrido para esse evento.

O MPF informou que o caso admite a realização de acordo de não persecução penal, porém os réus não demonstraram interesse na celebração de ANPP.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A preliminar levantada pela Defesa não se sustenta, uma vez que o tipo penal do art. 2º da Lei 8.176/1991 não apresenta a quantificação do dano causado ao patrimônio da União como elementar do tipo. O que importa é que a denúncia indique de forma clara e precisa a exploração, em tese, de matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo — neste caso a denúncia sinaliza para essa segunda hipótese. O exame da denúncia sob as lentes dos elementos nela referidos, em especial o laudo da Polícia Federal, permite identificar os pontos nas margens do rio Mogi Guaçu em que, segundo a percepção do MPF, teriam sido realizadas manobras que causaram danos ao meio-ambiente, praticadas com o intuito de extrair minério do leito do rio em maior quantidade e/ou de forma mais fácil, em um ou outro caso com o intuito de lucro. Se tal imputação procede ou não é questão a ser tratada no mérito; o que importa é que do ponto de vista formal a denúncia se revela apta a embasar a pretensão acusatória do MPF.

No mérito, imputa-se aos réus a prática de crimes que teriam sido praticados por meio de ação que a um só tempo resulta em dano ambiental (a eliminação de vegetação nativa em área de proteção ambiental e o impedimento permanente de regeneração da flora nos pontos onde constatado o dano) e na usurpação de matéria-prima da União, no caso a exploração mineral em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei. Trocando em miúdos, a denúncia narra que em data desconhecida, mas certamente anterior a 17/11/2015, a empresa ré, por meio de seu maquinário, promoveu o desbarrancamento de margens em pontos específicos do rio Mogi Guaçu, por meio de desmonte hidráulico.

O depósito de sedimentos no leito do rio é consequência do deslocamento da massa que forma as margens do corpo d'água, fundamentalmente pela atuação da correnteza nessas estruturas, ação denominada de erosão hídrica. A maior parte do material erodido pesado, composto basicamente de areia e pedregulhos, se deposita no leito do rio, nas áreas em que a correnteza é mais lenta. Trata-se de processo natural e constante, porém com velocidade e intensidade ditadas pelo humor da natureza. Como a erosão hídrica é produto da atuação da força da correnteza nas margens do rio, a forma de apresentação do fenômeno está relacionada a inúmeras variáveis, como o regime de chuvas, a cobertura vegetal das margens, a incidência de ventos e até mesmo o resultado das operações regulares de extração de areia.

Já o desmonte hidráulico é processo mecânico que induz artificialmente a erosão das margens, por meio da utilização das dragas para direcionar fortes jatos de água nas margens do rio, causando o desbarrancamento súbito da área atingida. O objetivo é acelerar o depósito de sedimentos no leito do rio, de modo a aumentar artificialmente a oferta de minério que pode ser retirado pelas dragas. Como se vê, trata-se de método que compõe o catálogo de ações em que a mão humana interfere nos rumos da natureza, no caso no processo espontâneo de movimentação de sedimentos no leito do rio.

Geralmente o desmonte hidráulico deixa características peculiares no desenho do rio, manifestadas por reentrâncias curvilíneas nas áreas que foram objeto do desmoronamento causado pelos jatos lançados pelas dragas — esses acidentes são conhecidos como “ferraduras” ou “panelas”. O problema é que alguns fenômenos naturais também podem resultar na forma-

ção desse tipo de reentrância, como a queda de grandes árvores localizadas nas margens ou o aumento substancial do nível de água do rio por conta de fortes chuvas, o que intensifica a velocidade da corrente, tornando mais severa a erosão hídrica.

A maior dificuldade no caso dos autos consiste em definir se o desbarrancamento das margens nas áreas identificadas no laudo da Polícia Federal como resultado de desmonte hidráulico realmente é produto dessa ação (o que comprovaria a materialidade delitiva) ou se isso é decorrência de fenômeno natural. E quanto a isso, tenho que a prova carece da segurança necessária para embasar uma condenação.

A testemunha Carlos Tetsuo Hoshino é o perito responsável pelo laudo da Polícia Federal que embasa a denúncia. O depoente disse que elaborou em torno de dez laudos referentes ao rio Mogi Guaçu, razão pela qual não tem lembrança clara referente à empresa Porto de Areia São Carlos. Questionado sobre os desbarrancamentos nas margens do rio, confirmou que há duas causas principais para a erosão das margens: o processo natural decorrente da força da corrente e a retirada excessiva de material do leito do rio, o que causa uma fragilização da margem. Perguntado sobre as referências ao desmonte hidráulico, confirmou as informações do laudo no sentido de que a ação das dragas nas proximidades das margens pode ser causa de dano ambiental. O desbarrancamento artificial dificilmente pode ser verificado por inspeção direta nas margens, mas pode ser constatado pela análise de imagens de satélite, como ocorre no presente caso. A erosão causada pela natureza possui características diferentes do fenômeno causado pela ação humana, sendo a mais marcante a dimensão da faixa erodida. No desbarrancamento natural, a erosão se estende por centenas de metros, ao passo que nos casos em que o fenômeno se deve à ação humana a faixa desbarrancada é mais estreita. O depoente observou que o rio Mogi Guaçu é extremamente dinâmico, tende a mudar sua conformação de forma constante, em razão de sua sinuosidade e por conta da velocidade de sua correnteza, que é bem forte, chegando a ter corredeiras em alguns pontos.

Os depoentes André Luiz e Luciano são policiais militares do batalhão ambiental e nessa condição participaram da operação que resultou na ação penal. A operação foi motivada pela repetição de flagrantes da prática de desbarrancamento por dragas que exploram areia no rio Mogi Guaçu. O rio Mogi Guaçu apresenta várias cavas que são produto do desbarrancamento. A testemunha André Luiz acredita que os técnicos ambientais podem aferir se determinada cava é resultado da ação da natureza ou de intervenção humana, mas ele próprio não tem condições de afirmar se as reentrâncias destacadas no laudo da Polícia Federal são resultado de desmonte hidráulico. Já a testemunha Luciano, analisando as mesmas imagens mostradas à André Luiz, afirmou que as reentrâncias identificadas no laudo são típicas da intervenção humana. No dia da operação apenas a testemunha Luciano participou das ações no rio; a testemunha André Luiz ficou responsável pela condução da viatura em terra. O depoente Luciano lembra que na fiscalização da poligonal do Porto de Areia São Carlos foram encontrados pontos de desbarrancamento que sinalizavam para a ação humana. Isso se deve a características próprias da erosão provocada pela ação humana, pois nesse caso a reentrância possui formato peculiar e o barranco deixa nítida a sobreposição de camadas dos diferentes solos que o compõem, o que não ocorre quando o processo se dá de forma natural. Ambas as testemunhas sabem que já houve casos de flagrante da exploração de areia diretamente das margens ou da prática de desmonte hidráulico.

A testemunha Claudécir José Sbardelotto trabalhava num posto de combustíveis próximo às margens do rio Mogi Guaçu, na região compreendida na poligonal explorada pela empresa Porto de Areia São Carlos. Além disso, tem o hábito de pescar no rio sempre que pode. Nunca presenciou a prática de desmonte hidráulico por nenhuma empresa. Sabe que o rio Mogi Guaçu tende a desbarrancar, sobretudo na época de cheias, fenômeno que já presenciou por diversas vezes.

O depoente José Carlsec possui uma propriedade às margens do rio Mogi Guaçu, na região explorada pela empresa Porto de Areia São Carlos. Nunca presenciou a prática de desmonte hidráulico. Atesta que na época de cheias o rio Mogi Guaçu costuma sofrer desbarrancamentos súbitos. Recentemente presenciou a erosão de uma faixa grande de margem, com mais de sessenta metros, que se desprendeu num bloco único e desceu o rio.

Em seu interrogatório o réu Daniel Munhoz Garcia Perez Junior negou que a empresa tenha praticado desmonte hidráulico ou mesmo que tenha explorado o rio Mogi Guaçu fora dos limites da licença. A empresa encerrou a exploração de minério naquela poligonal um pouco antes da fiscalização que constatou o suposto dano ambiental, e nunca mais a retomou. A empresa pagou uma multa alta por danos ambientais, mas só fez isso para poder renovar seu registro na CETESB. Também por conta disso concordou em reflorestar parte das margens, com o plantio de mais de três mil árvores. A poligonal foi explorada pelo Porto de Areia São Carlos por mais de 46 anos. A área de exploração é bem extensa, o que permite a retirada constante de minério — basta ficar mudando a draga de lugar. Nunca tiveram problema de escassez de areia, tampouco ouviu esse tipo de reclamação de outras empresas. Sua empresa sempre recolheu a areia do leito do rio dentro da faixa regulamentar, distante das margens. Porém, as dragas não contam com dispositivos que permitam o controle permanente da localização precisa das embarcações. A fiscalização da CETESB e da Polícia Militar Ambiental é frequente, quase que diária. Por outro lado, a fiscalização da Marinha é apenas eventual. Certa vez seus funcionários reforçaram um trecho da margem com cascalho, mas os órgãos ambientais entenderam essa intervenção como indevida e aplicaram uma multa à empresa. O equipamento de sua empresa só permite a exploração do fundo do leito do rio.

Na leitura que faço, a prova produzida é inconclusiva quanto à causa dos acidentes identificados na denúncia como sendo dano ambiental decorrente de processo antrópico. Sopesando todas as informações colhidas desde a fase de investigação, em especial os subsídios técnicos de quem entende do assunto, no caso o perito Carlos Tetsuo, os PMs André Luiz e Luciano e o geógrafo Salvador Carpi Jr., que subscreve o bem-fundamentado laudo⁷ anexado pela Defesa na fase do inquérito, chega-se à conclusão de que as reentrâncias identificadas no laudo da Polícia Federal provavelmente se devem a intervenções humanas. Todavia, para fins penais o mero juízo probabilístico é insuficiente para embasar um decreto condenatório. Só se pode cogitar da imposição de pena nos casos em que a materialidade delitiva é certa, não sendo suficiente o juízo de que a existência de crime é provável, como se passa no presente caso.

A indefinição que incide sobre a materialidade também se aplica à autoria delitiva — aliás, nessa perspectiva o quadro se revela ainda mais nebuloso. Mesmo dando de lambuja que os pontos de desbarrancamento suspeitos tenham sido provocados por desmonte hidráulico, não há prova segura de que essas manobras tenham sido praticadas pela empresa Porto de Areia São Carlos. Os dois policiais militares que prestaram depoimento informaram que já houve flagrante de empresas praticando desmonte hidráulico ou retirando areia diretamente das margens, sendo que nesses casos há o registro fotográfico e a identificação dos infratores. No caso dos autos, contudo, a constatação do fato se deu posteriormente ao suposto processo antrópico, sem identificação precisa de seus autores, sendo que a imputação da empresa e de seu responsável decorre unicamente da titularidade da licença de exploração na área onde constatados os indícios de dano ambiental.

7 Num. 39234793 – a partir da p. 42.

Trocando em miúdos, o quadro apurado após a instrução do feito não difere muito daquele que embasou a promoção de arquivamento⁸ do Ministério Público Federal, posteriormente reformada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. Diante desse panorama, não há outro caminho que não a absolvição dos réus, nos termos do art. 386, VII do CPP. A propósito disso, vale resgatar lição de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, transcrita por FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO⁹: “[Nesse caso] o juiz não tem dúvida quando absolve. Está firmemente seguro, tem a plena certeza. De quê? De que lhe faltam provas para condenar... Não se trata de um favor, senão de justiça”.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo *IMPROCEDENTE* a denúncia para o fim de *ABSOLVER* os réus *DANIEL MUNHOZ GARCIA PEREZ JUNIOR* e *PORTO DE AREIA SÃO CARLOS LTDA*, com fundamento no art. 386, VII do CPP.

Sem custas.

Publique-se. Intimem-se.

Transitada em julgado a sentença, dê-se baixa e archive-se.

ARARAQUARA, 15 de dezembro de 2021.

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert

⁸ Num. 39234793 a partir da p. 71.

⁹ Código de processo penal comentado : volume 1 — 13 ed. rev. e atual. — São Paulo : Saraiva, 2010, p. 968. Traduzido livremente do espanhol.

EXECUÇÃO PENAL

0000101-24.2019.403.6120

Exequente: JUSTIÇA PÚBLICA
Condenado: MARCO ANTONIO CARDOSO KANSO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA – SP
Juíza Federal: CARLA ABRANTKOSKI RISTER

SENTENÇA

1) - Trata-se de Execução Penal distribuída a esta Vara Federal por força da Lei 13.445/2017, do Decreto 9.199/2017 e do Tratado Sobre Transferência de Presos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Japão, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 8.718, de 25 de abril de 2016, e anteriormente aprovado pelo Congresso Nacional conforme Decreto Legislativo nº 259, de 23 de novembro de 2015.

O processo versa sobre a execução no Brasil da pena de MARCO ANTONIO CARDOSO KANSO, nascido no dia 27/07/1975 em São José do Rio Preto/SP, filho de Mehde Slaiman Kanso e Cleusa Cardoso Kanso.

Marco Antonio foi condenado em definitivo pela Justiça do Japão pela prática de *crimes de latrocínio, roubos, furtos, furto tentado e invasão de domicílio*, bem como por permanência ilegal no país, onde já iniciou o cumprimento da pena privativa de liberdade. Agora, com fundamento no Tratado Brasil-Japão, *o sentenciado pediu a sua transferência para o Brasil, onde deseja cumprir o restante da pena.*

O Ministério da Justiça, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) por sua Coordenadoria de Extradicação e Transferência de Pessoas Condenadas, remeteu a esta 1ª Vara Federal de Araraquara a documentação relativa aos fatos ocorridos no Japão envolvendo o sentenciado, destacando-se, entre os papéis, cópia da sentença condenatória confirmada pelo Tribunal Japonês e o pedido de transferência.

Em síntese, Marco Antonio foi condenado pela Justiça japonesa em relação aos vários crimes que praticou naquele país, prevalecendo, ao final, *a pena de prisão por tempo indeterminado com trabalhos forçados.*

Em havendo transferência para o Brasil, o condenado deverá cumprir pena em estabelecimento penitenciário localizado em Araraquara/SP, cidade na qual demonstrou possuir familiares e cuja vaga já foi providenciada pela Administração Penitenciária.

Caberá a esta Vara Federal, contudo, a análise da natureza e da duração da pena aplicada pela Justiça japonesa e sua compatibilidade com a Constituição Federal e a legislação brasileira, bem como a adaptação, se for o caso, da reprimenda imposta pelo Estado sentenciante à realidade nacional, nos termos do art. 10 do referido Tratado.

O Ministério Público Federal manifestou-se.

Foram solicitadas outras informações da Justiça do Japão, por intermédio do Ministério da Justiça.

Foi nomeado como Curador Especial do apenado o Dr. Mario Sergio Ota, sendo determinada a abertura de vista às partes para memoriais.

Em memoriais, o MPF fez menção à citação no juízo estrangeiro e *requereu a adequação da pena estrangeira* à ordem jurídica brasileira.

O Curador Especial do apenado, em memoriais, *requereu que este juízo faça a adequação* necessária da pena aplicada pelo Estado sentenciador à legislação brasileira, considerando ser o condenado *primário* e de bons antecedentes, e observe a *detração penal*. Salientou não constar o *tempo de trabalhos forçados* realizado pelo condenado, dado necessário, segundo ele, para a *remição* de pena. Requereu informações referentes ao tempo de trabalho realizado pelo condenado e a partir daí a adequação da pena.

Decido, fundamentadamente.

2) – *Inicialmente*, analiso as observações do Ministério Público Federal e do Curador Especial.

2.1) Com relação à menção do MPF a respeito da citação no estrangeiro, saliento que este juízo solicitou ao Ministério da Justiça, por intermédio do DRCI, informações sobre a citação em primeiro grau no processo em curso no Japão, mas essa confirmação não veio, apesar de a resposta enviada conter outros elementos fortalecedores do devido processo legal nas terras estrangeiras. De todo modo, *creio que a exigência da demonstração da citação em primeiro grau no processo penal condenatório estrangeiro deva ser mitigada* diante de outros elementos que demonstrem o contraditório e a ampla defesa, como me parece ter sido o caso na situação agora avaliada, o que será melhor discutido no momento da adequação. A mitigação dessa exigência na sentença penal condenatória faz-se necessária no caso concreto *de modo a não impedir a vinda do sentenciado para solo pátrio e o cumprimento da pena próximo de seus familiares, objetivos centrais do tratado, bem como porque o único juízo competente para revisar a pena é o Juízo do Japão*.

2.2) *Indefiro* o requerimento do Curador Especial do sentenciado em relação ao pedido de informações sobre o tempo trabalhado. Anoto que a realização de *trabalhos forçados* pelo apenado *possui natureza de pena*, portanto, *é obrigatório*, diferentemente do trabalho voluntário previsto pela legislação brasileira e cujos efeitos mais evidentes são a ressocialização e a detração penal. Assim, *não vislumbro a possibilidade de utilizar o tempo de trabalhos forçados no Japão para o fim de cálculo da detração penal no Brasil*.

3) – *Agora, passo a discorrer sobre a competência* deste juízo federal e a realizar o *juízo de acolhimento e compatibilização da sentença penal estrangeira* para que o condenado MARCO ANTONIO CARDOSO KANSO, hoje com 44 anos de idade, seja integrado ao sistema prisional brasileiro sob as regras da legislação local, adequando a pena à realidade nacional se necessário.

Saliento que a *competência* para a execução de penas de presos condenados no exterior e transferidos para o Brasil é da *Justiça Federal*, conforme determina o art. 105, §1º, da Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), no qual o legislador entendeu se tratar tal situação de mera transferência voluntária solicitada pelo condenado em seu benefício.

No conjunto das regras legais, *o ato do juízo federal equivaleria à homologação* de sentença estrangeira constitucionalmente prevista para ser realizada pelo STJ.

Ressalto que *a situação agora apresentada a este Juízo Federal é bastante nova*, tendo em vista que as leis e decretos já mencionados regendo a matéria datam de 2016 e 2017, e, pelo que sinto, o tema não está isento de debate tanto quanto a competência como quanto ao procedimento mais adequado a ser adotado.

A *Portaria nº 89*, de 14 de fevereiro 2018, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública afirma que o pedido de transferência ativa ocorre quando a pessoa condenada pela Justiça

do Estado estrangeiro solicita ou concorda com a transferência para o Brasil, por possuir a nacionalidade brasileira ou residência habitual, ou vínculo pessoal no território brasileiro, para cumprir o restante da pena (requisitos do pedido inicial estão descritos nos artigos 15 e 16 da Portaria). Sobre a competência, a Portaria esclarece:

Art. 18. Presentes os requisitos previstos nos arts. 15 e 16, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional solicitará ao juízo federal competente que providencie vaga em estabelecimento prisional para que a pessoa condenada cumpra o restante da pena.

§ 1º Para fins do disposto nesta Portaria, na ausência de regulamentação específica do Poder Judiciário, considera-se juízo federal competente aquele mais próximo ao meio social e familiar da pessoa condenada.

Cabe remeter ao teor dos artigos de 15 a 17 do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

Também, nessa esteira, nos termos da *Resolução nº 09/2005* do Superior Tribunal de Justiça (Republicada no DJ de 6/5/05):

Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

I - haver sido proferida por autoridade competente;

II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

III - ter transitado em julgado; e

IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Art. 6º Não será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.

Conforme o artigo 961 do novo Código de Processo Civil (CPC), a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação.

O artigo 10 do Tratado Brasil-Japão sobre transferência de pessoas condenadas prevê:

1. As autoridades competentes do Estado administrador deverão dar continuidade à execução da pena imediatamente ou com base em uma decisão judicial ou administrativa.

2. A continuidade da execução da pena após a transferência será regida pelas leis e regulamentos do Estado administrador, inclusive aqueles relativos às condições de cumprimento da pena ou de outra forma de privação de liberdade e aqueles relativos à redução do tempo de reclusão ou de outra forma de privação de liberdade devido a concessão de liberdade condicional, remissão ou outros.

3. O Estado administrador ficará vinculado à natureza legal e à duração da pena determinadas pelo Estado sentenciador.

4. Se, porém, a pena for, pela sua natureza ou duração incompatível com a lei do Estado administrador, ou se sua lei requerer, este Estado poderá, por meio de decisão judicial ou administrativa, *adaptar a condenação imposta no Estado sentenciador para uma condenação prevista em sua legislação para um crime semelhante*. Por sua natureza e duração, a condenação adaptada deve, na medida do possível, corresponder àquela imposta no Estado sentenciador e não deverá ser mais severa que aquela imposta no Estado sentenciador, nos termos de sua natureza e duração.

Nos termos do Tratado (art. 3º) a pessoa condenada somente poderá ser *transferida* se estiverem preenchidas algumas condições, entre as quais ter a sentença transitada em julgado, pressupondo tal comando que a autoridade administrativa, na hipótese o Poder Executivo, tenha examinado essa condição e outras previstas.

É o que consta da atual Lei de Migração, Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017:

Art. 101. O pedido de transferência de execução da pena de Estado estrangeiro será requerido por via diplomática ou por via de autoridades centrais.

§ 1º. O pedido será recebido pelo órgão competente do Poder Executivo e, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para decisão quanto à homologação .

Em relação ao condenado em país estrangeiro transferido ao Brasil, o *Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017*, que regulamenta a Lei de Migração, estabelece na seção “Da transferência de pessoa condenada”:

Art. 288. A aplicação da pena será regida pela lei do Estado recebedor, inclusive quanto às formas de extinção da punibilidade, exceto se previsto de maneira diversa em tratado de que o País seja parte.

Art. 289. Nenhuma pessoa condenada será transferida, a menos que a sentença seja de duração e natureza exequíveis ou que tenha sido adaptada a duração exequível no Estado recebedor por suas autoridades competentes, nos termos da legislação interna.

Parágrafo único. O Ministério da Justiça e Segurança Pública, no acompanhamento da aplicação da pena, *atentará para que o Estado recebedor não agrave*, de qualquer modo, a pena imposta no Estado remetente, observada a legislação do Estado remetente.

Concluindo, na hipótese de transferência de pessoa condenada no exterior, *tem-se entendido que a decisão do juiz federal é suficiente para o cumprimento da sentença no Brasil* e que a decisão do juiz federal corresponde à homologação que, em regra, seria proferida pelo STJ.

4) – *Início, portanto, o juízo de adequação.*

Já de plano ressaltar ter verificado a partir dos relatos do Tribunal do Japão que o sentenciado Marco Antonio Cardoso Kanso, ao menos na instância colegiada revisora, *foi submetido a tribunal regular no Japão*, na presença de promotor de justiça e de defensor público, a tradução da sentença demonstra a oitiva de testemunhas e a realização de interrogatório do réu, bem como utilização pelo juízo estrangeiro de documentos, perícias e outras provas, conforme foi consignado na documentação recebida.

4.1) *Sobre a pena aplicada no Japão e as circunstâncias apontadas pelo juízo estrangeiro.*

Pessoa condenada: MARCO ANTONIO CARDOSO KANSO, nacionalidade brasileira, nascido no dia 27/07/1975 em São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, Brasil, filho de Mehde Slaiman Kanso e Cleusa Cardoso Kanso.

Data dos fatos: de novembro/2001 até fins de novembro/2002.

Data da prisão: 27/11/2002.

Data da decisão confirmatória da sentença pelo Tribunal Regional de Nagoia – 4ª Seção criminal: 20/08/2004.

Pena aplicada: prisão perpétua (ou por prazo indeterminado) com trabalho forçado.

Data em que a sentença se tornou definitiva: 28/07/2005.

Data de início da pena: 28/07/2005.

Data prevista do término do cumprimento: indeterminada.

Dias de detenção antes da condenação passíveis de serem deduzidos da pena conforme informado: 631 dias (480 dias aguardando a sentença de 1ª instância; 120 dias aguardando a sentença da 2ª instância; e 31 dias reservados às apelações às instâncias superiores) (mov. 4.1).

A sentença de primeira instância foi submetida ao Tribunal Japonês, que manteve a pena nos seguintes termos (fls. 37/38):

“(...) considerando a responsabilidade criminal de todos os casos em questão, principalmente nos casos de Roubo seguido de morte e de roubo seguido de lesão corporal, mesmo ponderando ao máximo as circunstâncias que devem ser consideradas, a responsabilidade criminal de ambos os réus é de extrema gravidade, e não é possível fazer a redução da pena de prisão por tempo indeterminado com trabalhos forçados pelo crime de Roubo seguido de morte, e condenar com a pena por tempo determinado de prisão com trabalhos forçados.

Assim, determino a sentença como consta no texto principal”.

Observo que Marco Antonio foi condenado pela Justiça do Japão pela prática de cinco fatos tipificados como crime naquele país, e, por *sentença condenatória confirmada no dia 20 de agosto de 2004* pela 4ª Seção Criminal do Tribunal Regional de Nagoia (*tornou-se definitiva em 28/07/2005*), foi condenado à “*pena de prisão por tempo indeterminado com trabalhos forçados*”. Pela decisão, está claro que Marco Antonio foi julgado juntamente com um corréu. Restou evidenciado, também, que os crimes foram praticados em coautoria ou participação com outros agentes criminosos, que, todavia, não foram julgados no mesmo processo de Marco Antonio Kanso (fls. 30/38).

Consta da r. sentença estrangeira que “durante o período de novembro de 2001 até fins de novembro de 2002, consecutivamente, os réus, com firme decisão cometeram os crimes de invasão de domicílio, roubo seguido de morte, tentativa de furto, furto, invasão de propriedade alheia, roubo seguido de lesão corporal e também permanência ilegal” no Japão.

Transcrevo o resumo dos fatos, conforme foram identificados na sentença estrangeira por Nº 1, Nº 2 (este subdividido na sentença em condutas 1 e 2, ocorridos em dias diferentes), Nº 3, Nº 4 (este também englobando duas condutas denominadas 1 e 2, ocorridos em dias diferentes) e Nº 5. Transcrevo também a tipificação penal e a individualização da pena (fls. 30/38), tendo em vista que ali se encontram referências aos *elementos utilizados na dosimetria pela Justiça Japonesa* e que, logicamente, tais circunstâncias deverão ser sopesadas pela Justiça Brasileira como balizas para a compatibilização da reprimenda.

Seguem os fatos conforme foram considerados e descritos pela Justiça do Japão, restando consignado que o sentenciado MARCO KANSO agia acompanhado:

Fato nº 1. Ambos os réus, em cumplicidade com X2 e X3, planejando se apropriarem de dinheiro e objetos de valor, por volta das 11 horas e 15 minutos da manhã do dia *30 de novembro de 2001*, ambos os réus e X3, invadiram o escritório da Empresa S/A, situada na cidade de Nagoia, distrito de Naka, que estava sob vigilância do Diretor Representante V1 (com 60 anos na ocasião), pela porta do lado norte. Nesse mesmo local, em relação ao mesmo, o réu X1 segurou o braço e agarrou o pescoço de V1 e o réu MARCO ANTONIO CARDOSO KANSO borrifou o spray de gás lacrimogêneo em direção a esse rosto, e um após o outro, com o punho, golpearam a região abdominal, e além de prenderem seus punhos com a algema que levava,

enrolaram fita isolante na região do nariz e boca, entre outras agressões. Rendendo o mesmo dessa maneira, se apoderaram de dinheiro no valor aproximado de 400 mil ienes, de propriedade de V1. Nessa ocasião, pelas agressões sobreditas, causou ferimentos em V1, de eczema de contato (rosto) e outros, com necessidade de cerca de 2 semanas de tratamento médico.

Fato nº 2. Ambos os réus, em cumplicidade com X4, com o objetivo de *furtar* dinheiro e objetos de valor,

1 Por volta das 9 horas da noite do dia *24 de agosto de 2002*, além de invadirem a residência de V2, situada na província de Aichi, cidade de Chita, pela janela de terraço da sala do 1º andar do lado sul, nesse mesmo local, furtaram dinheiro no valor aproximado de 1 milhão, 95 mil e 500 ienes, 1 anel, e mais outros 30 itens (total do valor corrente estimado em 189 mil e 500 ienes), de propriedade de V2 ou que estavam sob sua administração.

2 Por volta das 7 horas e 7 minutos da noite do dia *30 do mesmo mês*, além de invadirem a residência de V3, situada na cidade de Nagoia, distrito de Midori, pela janela de terraço do quarto em estilo japonês do 1º andar do lado sul, nesse mesmo local, roubaram 15 relógios de pulso e cerca de mais outros 39 itens (total do valor corrente estirando em 6 milhões e 700 mil ienes), de propriedade de V3 e de mais 1 pessoa.

Fato nº 3. Ambos os réus, em cumplicidade com X5 e outra pessoa cujo nome é indefinido, planejando invadir a residência de V4 e roubar dinheiro e objetos de valor, por volta das 11 horas e 40 minutos da noite do dia *31 de agosto do mesmo ano (2002)*, invadiram a residência de V4, situada na província de Aichi, distrito de Ama, pela janela de terraço da cozinha do lado norte. Em relação a V4 (com 65 anos na ocasião) e sua esposa, V5 (com 61 anos na ocasião) que estavam dormindo no quarto do 1º andar, um após o outro, empurraram os corpos dos mesmos, e prendendo V5 supracitada, enrolando a fita adesiva em torno da boca, dos punhos e dos tornozelos, golpearam o peito, etc. de V4 que tinha reagido, e além de pressionarem algo parecido com um aparelho de choque na região do seu antebraço, provocando a descarga elétrica, enrolou a fita adesiva no seu rosto, entre outras agressões. Rendendo ambas as vítimas dessa maneira, se apoderaram de dinheiro ao valor aproximado de 2 milhões e 536 mil ienes que se encontrava dentro de uma bolsa, etc. que estava no quarto de espaço de 4.5 tatami do 1º andar do lado norte, de propriedade de V5 e de mais outras 2 pessoas. Pelas agressões sobreditas, nesse momento, nesse mesmo local, pela obstrução das vias aéreas, *fizeram com que V4 morresse asfixiado*.

Fato nº 4. Ambos os réus, em cumplicidade com X4, com o objetivo de *furtar* dinheiro e objetos de valor,

1 Por volta das 7 horas e 20 minutos da noite do dia *26 de outubro do mesmo ano (2002)*, além de invadirem a residência de V6, situada na mesma província, distrito de Aichi, pela janela do terraço do quarto em estilo japonês do 1º andar do lado sul, nesse mesmo local, furtaram dinheiro no valor aproximado de 70 mil ienes e 2 computadores (total do valor corrente assiado em 900 mil ienes), de propriedade de V6.

2 No dia *15 de novembro do mesmo ano (2002)*, invadiram a residência de V7, situada na mesma província, cidade de Owariasahi, pela janela de terraço do quarto em estilo japonês do 1º andar do lado sul, e nesse mesmo local, abriram as gavetas da cômoda, etc., mas como os moradores voltaram quando estavam procurando dinheiro e objetos de valor, fugiram, sem conseguirem alcançar os seus objetivos.

Fato nº 5. O réu MARCO ANTONIO CARDOSO KANSO é um estrangeiro cuja nacionalidade é da República Federativa do Brasil e portando o passaporte emitido pelo governo do mesmo país, desembarcou no Japão em 15 de dezembro de 1996, mas o período de permanência era até o dia 15 de dezembro de 1999. No dia 14 do mesmo mês fez a solicitação da renovação do

período de permanência, mas no dia 17 de fevereiro de 2000 ficou decidido a recusa a essa solicitação pelo Ministro da Justiça. Nesse mesmo dia, a notificação da recusa foi enviada ao réu, mas, mesmo assim, após esses dias, não saiu do Japão e até o dia 26 de novembro de 2002, morava na cidade de Nagoia, distrito de Naka e outros. Assim, permaneceu no Japão após ultrapassar o período de permanência.

As penas conforme foram aplicadas pela Justiça do Japão a MARCO ANTONIO KANSO.

A Justiça Japonesa considerou os seguintes fatos como praticados em concurso de crimes e apontou a tipologia penal aplicada:

Fato criminoso nº 1: Roubo seguido de lesão corporal com invasão de propriedade. Punição pelo crime mais grave de roubo seguido de lesão corporal, parte final do parágrafo 1 do artigo 45, artigo 10 do Código Penal Japonês. Pena: prisão por tempo determinado com trabalhos forçados.

Fato criminoso nº 2, item 1, c.c. o nº 4, item 1: Furto, por duas vezes, com invasão de domicílio. Punição pelo crime mais grave de furto, parte final do parágrafo 1 do artigo 54, artigo 10 do Código Penal japonês.

Fato criminoso nº 3: Roubo seguido de morte como crime continuado, combinado com invasão de domicílio. Punição pelo crime mais grave de roubo seguido de morte, parte final do parágrafo 1 do artigo 54, artigo 10 do Código Penal. Pena: prisão por tempo indeterminado com trabalhos forçados.

Fato criminoso nº 4, item 2: Tentativa de furto, por uma vez, combinado com invasão de domicílio. Punição pelo crime mais grave de tentativa de furto, nos termos da parte final do parágrafo 1 do artigo 54, artigo 10 do Código Penal.

Fato nº 5: Permanência ilegal no Japão após vencimento do período autorizado. Tipificação pelo parágrafo 1 do art. 70 da lei de controle de imigração e reconhecimento de status de refugiado. Pena de prisão com trabalhos forçados.

Apesar da menção na sentença a esses artigos há pouco referidos, o documento remetido pela Justiça do Japão traz outras indicações de artigos sob a rubrica “Direito Criminal”, pelos quais a condenação se norteou (fls. 40):

Art. 130. Invasão de domicílio, pena de prisão de até 3 anos ou multa.

Art. 235. Furto, pena de prisão de até 10 anos ou multa.

Art 236. Roubo mediante agressão ou ameaça: prisão por período definido de mais de 5 anos.

Art. 240. Roubo com lesão corporal: pena de prisão perpétua ou de mais de 7 anos. Roubo com resultado morte: pena de morte ou pena de prisão perpétua.

Art. 243. É punida a tentativa (...).

Em decorrência do *fenômeno da “conexão”* reconhecido na sentença, fundamentado no “caput” do art. 45, parágrafo 2º, do art. 46 do Código Penal estrangeiro, a Justiça Japonesa declarou (fls. 35):

“(...) condeno com a pena de prisão por tempo indeterminado com trabalhos forçados pelo crime mais grave do contexto legal Nº 3, não haverá outras penalizações”.

Efetivamente, a *Justiça do Japão aplicou a mais grave das penas de restritivas de liberdade cabíveis*, exatamente a de prisão por tempo indeterminado com trabalhos forçados referente às condutas de roubo seguido de morte, em continuação, combinado com invasão de domicílio (Fato nº 3).

O réu *ficou isento do pagamento de despesas* do julgamento.

Analisando a sentença de primeira instância, verifico que o Tribunal reconheceu que a soma total dos danos materiais causados pelos crimes atingiu “quantia extremamente alta”. Além disso, salienta-se no julgado que réu e corréu, “permanecendo ilegalmente no Japão repetiram os crimes do caso em questão de furto e roubo, e mesmo depois que souberam que como resultado dos seus atos criminais uma pessoa acabou morrendo, ainda assim repetiram os furtos”, e que agiram “de maneira planejada e nociva, insistente e perigosa”, e os crimes praticados, portanto, “são crimes profissionais”.

O Tribunal ressaltou também em seus fundamentos que o réu MARCO e o corréu que com ele estava sendo julgado, em relação ao *Fato nº 3*, no qual houve invasão de domicílio e roubo seguido de morte, “ao invadirem o aposento, agarraram os corpos de V4 e de sua esposa, V5 que estavam dormindo, golpearam a região abdominal, etc. de V4 que desesperadamente opôs resistência, e além de pressionar o aparelho de choque provocando a descarga elétrica, e outros, amarraram as mãos e os pés de V4 com fita adesiva e também enrolaram fortemente a fita adesiva no rosto. Em relação a V5, também amarraram as suas mãos e pés com a fita adesiva, enrolaram a fita adesiva na sua boca etc. (...)”. Ainda sobre o Fato nº 3, consta que o réu e outro “fizeram com que V4 morresse asfixiado, mas não está seguramente esclarecido pelas evidências, quem enrolou a fita adesiva no rosto de V4, mas como ambos os réus aceitaram amarrar a fita adesiva em V4 para anular a sua resistência, em relação a esse ponto não será possível livrarem-se das suas responsabilidades. V4 foi atacado pelos 2 réus corpulentos na sua residência que deveria ser um local de repouso”, bem como causaram grande “sofrimento físico e psicológico a V5, esposa de V4, que também se encontrava dormindo na residência” (fls. 36).

A decisão reconheceu que MARCO ANTONIO *confessou os crimes* e se mostrou *arrepentido*, dizendo também que iria ressarcir os prejuízos e pedir perdão às vítimas, elementos que segundo o Tribunal *deveriam ser considerados*. Salientou também o Tribunal que o réu *não possui antecedentes* criminais no Japão (fls. 37):

“(...) uma parte dos objetos vitimados foram devolvidos às vítimas, nas investigações e no julgamento, ambos os réus admitiram os crimes do caso em questão, e demonstraram arrependimento (...) o réu MARCO ANTONIO CARDOSO KANSO também possui a intenção de pedir perdão às vítimas, ambos não têm antecedentes criminais no Japão e nenhum registro policial, e ambos os réus tem familiares que aguardam o seu retorno à sociedade etc., havendo assim circunstâncias que devem ser consideradas”.

Não obstante essas considerações, relembro que o Tribunal de Nagoia esclareceu que, no caso concreto, “mesmo ponderando ao máximo as circunstâncias que devem ser consideradas, a responsabilidade criminal de ambos os réus é de extrema gravidade, e não é possível fazer a redução da pena de prisão por tempo indeterminado com trabalhos forçados (...) e condenar com a pena por tempo determinado de prisão com trabalhos forçados. Assim, determino a sentença como consta o texto principal”. O Tribunal manteve, portanto, a pena de prisão por tempo indeterminado com trabalhos forçados.

4.2) Sobre a compatibilidade da sentença estrangeira com a legislação brasileira.

Conforme já analisei, a sentença estrangeira impôs ao *crime mais grave* entre todos os praticados pelo réu penas de *prisão por tempo indeterminado, que pode ser interpretada como prisão perpétua*, e de *trabalhos forçados*, depois de ponderar fundamentadamente todos os fatos criminosos atribuídos ao réu e suas circunstâncias. Destaco que o *art. 240 do “Direito Criminal”* trazido aos autos pela Justiça do Japão *estabelece para o crime de roubo com resultado morte* (situação do réu), *a pena de morte ou pena de prisão perpétua*, tendo decidido por esta última, portanto.

De pronto, ressalto que as penas de prisão por tempo indeterminado ou perpétua e de trabalhos forçados são *incompatíveis* com a lei brasileira, de maneira que devem ser adequadas à legislação do Estado administrador da pena.

O *art. 5º da Constituição* da República Federativa do Brasil estabelece:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Observo que não há informações sobre eventuais antecedentes penais do sentenciado no Brasil. No Japão, a sentença estrangeira consignou a inexistência de antecedentes criminais naquele país.

Cabe ressaltar também que a justiça estrangeira condenou o réu à pena de *prisão por tempo determinado (Fato nº 1)* sem apontar qual a duração da condenação. Em outra dosimetria, por exemplo, na presença de dois crimes em concurso, a justiça estrangeira limitou-se a estabelecer que a pena aplicada seria a mais grave entre as duas concorrentes, mas sem apontar o tempo (Fatos nº 2, item 1, e Fato nº 4, item 2). Por esse motivo, *entendendo necessário adaptar a pena a um lapso temporal determinado*. Em regra, a invasão de domicílio foi absorvida.

Anoto também que o Judiciário do Japão considerou que os dois réus no processo (há outros coautores ou partícipes que não foram incluídos na ação penal) *agiram em pé de igualdade quanto à culpabilidade* e não há menção a eventual liderança de um deles.

Cabe lembrar que, nas ações criminosas descritas, somados todos os valores registrados nos autos, foram subtraídos das vítimas aproximadamente *11.289.000* (onze milhões e duzentos e oitenta e nove mil *ienes*), que, hoje, conforme a calculadora do Banco Central do Brasil, equivalem a aproximadamente, a *104.000,00 dólares americanos* (cento e quatro mil dólares) ou, *em moeda brasileira, a R\$ 430.500,00* (quatrocentos e trinta mil e quinhentos reais).

Na ação em que ocorreu roubo com resultado morte, exclusivamente, os valores subtraídos, segundo a sentença, somaram *2.536.000 ienes*, equivalente hoje a *R\$ 97.280,96* (noventa e sete mil e duzentos e oitenta reais e noventa e seis centavos).

4.3) Adequações necessárias à pena.

Agora passo a verificar as condutas praticadas no Japão e sua adaptação à legislação brasileira.

Faz-se necessário ingressar na dosimetria apenas como parâmetro para perquirir como seria a pena se tivesse sido aplicada sob a lei brasileira, já que os documentos em

alguns momentos não expressam a duração efetiva da pena imposta no Japão ou atestam que a decisão estrangeira inflige penas por “tempo determinado”, além daquela por tempo indeterminado – perpétua. Fica consignado que os dados utilizados, as circunstâncias e todas as referências respeitam os limites fornecidos e interpretados pela Justiça do Japão, que evidenciou o dolo em todos os crimes e intensa culpabilidade.

Importa destacar que, apesar de a documentação ao descrever as penas aplicadas informar que a justiça estrangeira reuniu os furtos (que são três) numa só análise, entendo que os três furtos foram agrupados, pois na exposição sobre as penas aparecem apenas dois furtos. De todo modo, saliento que neste juízo de adequação serão computados os três furtos mais a tentativa de furto da maneira como estão explicitados em cada fato descritivo das circunstâncias e modo de operação, e serão apenas reunidos se houver continuidade ou subsunção, o que, no meu entender, é mais adequado às exigências da legislação brasileira.

4.3.a) Fato nº 1 – Roubo ocorrido em 30/11/2001 em Nagoia, por volta das 11h15 do dia 30 de novembro de 2001 (o primeiro crime da série).

Trata-se de crime tipificado no Brasil no *art. 157, § 2º, II, do Código Penal* (observada a redação da época). Pena em abstrato: de 4 a 10 anos, e multa, além de aumento entre um terço até a metade pelo concurso de duas ou mais pessoas.

Os fatos descritos e considerados na sentença estrangeira (Fato nº 1) inserem MARCO ANTONIO KANSO e o corréu (também julgado no processo), em cumplicidade com outras duas pessoas, no contexto da prática de roubo consumado *qualificado pelo concurso de agentes*. O réu e os demais causaram à vítima lesões corporais que, segundo a legislação brasileira, são consideradas de natureza leve (*art. 129 do CP*). O réu e outros agentes golpearam a região abdominal da vítima depois de entrarem na empresa onde estava a vítima, prenderam seus punhos com a algema que levavam consigo, enrolaram fita isolante na região do nariz e da boca da vítima de 60 anos de idade, entre outras agressões, causando-lhe ferimento que exigiram cerca de duas semanas de tratamento médico. Consta da decisão do Tribunal Japonês que MARCO borrifou spray de gás lacrimogêneo em direção ao rosto da vítima. Contudo, violência ou grave ameaça à pessoa e o impedimento de sua resistência são circunstâncias elementares ao tipo.

Dito isso, na adequação da sentença estrangeira à legislação pátria, para o “Fato nº 1”, ocorrido no horário da manhã, a *culpabilidade* de MARCO ANTONIO é o normal para o tipo previsto no *art. 157, § 2º, II, do CP*, uma vez que não se distanciou das elementares. O Tribunal Japonês atestou que MARCO não possui *antecedentes* criminais no Japão. Os crimes descritos pela justiça estrangeira foram julgados simultaneamente pelo juízo japonês. Não há nos autos certidões criminais do período em que o réu permaneceu no Brasil. As *circunstâncias* no caso em análise também são normais ao tipo. As *consequências*, de acordo com a lei brasileira, afastam-se pouco do básico do tipo, pois o valor do roubo foi de 400.000 ienes ou R\$ 15.276,00 quando convertidos nesta data. O *motivo* foi a busca de lucro normal ao crime de roubo. A *personalidade* atrai maior reprovação, porque o réu desafiou as autoridades japonesas ao permanecer depois de vencida a autorização oficial, optando por praticar crimes. Por outro lado, mostrou-se arrependido no Tribunal e manifestou intenção de pedir perdão às vítimas, o que poderia ser considerado, mas não houve resultado prático demonstrado quanto a isso. Não há elementos para aferir a *conduta social*. A *vítima* em nada colaborou para a prática do crime.

Nesse quadro comparativo, considero justa na adaptação da reprimenda à realidade brasileira a pena-base acima no mínimo legal (fração de 1/6), tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou seja, para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Na segunda fase, não antevejo *agravante* a considerar (o concurso de pessoas está reservado à próxima fase, conforme comando do tipo). Contudo, incide a *atenuante* da *confissão* (art. 65, III, d, do CP), pois foi explicitada pelo Tribunal do Japão (fls. 37). Não existindo outras agravantes ou atenuantes, a pena será reduzida em 1/3, porém, não pode ficar abaixo do mínimo nesta fase (Súmula 231 STJ), permanecendo provisoriamente em 4 anos de reclusão.

Na terceira fase, nos termos do art. 157, § 2º, II, do CP, é cabível a causa de *aumento* pelo concurso de duas ou mais pessoas, em 1/3. Não havendo outras causas de aumento nem de diminuição, a pena será final será de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

A Justiça do Japão além de não estabelecer multa ainda desonerou o réu do pagamento de despesas de julgamento, e tal situação, deve ser mantida no Brasil.

A pena definitiva para o crime agora analisado (art. 157, § 2º, II, do CP), compatibilizada com a legislação brasileira, resulta em *5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão*.

4.3.b) Fato nº 2 – Furto (art. 155 do Código Penal) *por duas vezes* praticados no intervalo de 6 (seis) dias. Subdivide-se em:

Fato nº 2, item 1, que descreve situações ocorridas em 24/08/2002, por volta das 21h, na cidade de Chita.

Fato nº 2, item 2, que descreve a ocorrência de 30/08/2002, em torno de 19h07, na cidade de Nagoia.

No Fato nº 2, a sentença estrangeira condenou o réu pelo crime “mais grave de furto” (observando que no Fato n. 2 a sentença do Japão anotou dois furtos combinados com invasão de domicílio/residência, porém considerou a subsunção). O valor da subtração nos dois furtos foi apontado na sentença estrangeira. Convertido tal valor na data de hoje para a moeda brasileira, a subtração somou aproximadamente R\$ 304.870,00 (trezentos e quatro mil e oitocentos e setenta reais), quantia que englobou dinheiro em espécie, 15 relógios e outros 69 itens não especificados. Nos dois crimes, o réu Marco Antonio agiu em *concurso com outras duas pessoas*, conforme está descrito na documentação remetida a este Juízo. O juízo japonês consignou que os atos aconteceram à noite e considerou que houve *confissão*.

No Brasil o crime de furto está previsto no art. 155 do Código Penal:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado:

§ 4º - A pena é de reclusão de *dois a oito anos*, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - *mediante concurso de duas ou mais pessoas*

Extraio da sentença estrangeira que o réu cometeu *furtos qualificados*, pois as condutas foram praticadas em concurso com outros dois agentes e, ainda, *aumentados* por terem sido

perpetrados durante o repouso noturno. A pena prevista em abstrato é de 2 a 8 anos e multa (art. 155, §1º e § 4º, IV, do CP).

Verifico a presença das características do *crime continuado* entre os dois furtos. As cidades de Chita e Nagoia, segundo consulta à internet, não ficam distantes uma da outra a ponto de afastar a continuidade. O trajeto entre as duas cidades pode ser feito de carro ou de taxi em cerca de 27 minutos, e, de trem, a depender do trajeto e do tipo de veículo, entre 32 e 53 minutos. O intervalo entre um crime e outro é inferior a uma semana. Os crimes são da mesma espécie. As maneiras de execução são praticamente iguais. Há informação nos autos de que Marco Antonio residiu em Nagoia. Desse modo, entendo cabível a *continuidade*, conforme estabelece o art. 71 do CP brasileiro:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Na adequação da sentença estrangeira à legislação pátria, observando os requisitos da Primeira Fase da dosimetria à luz do Direito Penal brasileiro, observadas as circunstâncias sublinhadas pela justiça estrangeira, vejo que para os dois crimes de furto descritos no “Fato nº 2” a *culpabilidade* de MARCO ANTONIO é o normal para o tipo previsto no art. 155, § 4º, IV, do CP, uma vez que não se distanciou do comum ao tipo. O Tribunal Japonês atestou que o réu MARCO não possui *antecedentes* criminais no Japão. Não há nos autos certidões criminais do período em que o réu permaneceu no Brasil. Os vários crimes descritos pela justiça estrangeira foram julgados simultaneamente. As *circunstâncias* também são normais ao tipo. As *consequências*, de acordo com a lei brasileira, afastam-se bastante do básico do tipo, pois o valor total dos dois furtos foi de 8.383.000,00 ienes ou R\$ 304.870,00 aproximadamente quando convertidos nesta data. O *motivo* foi a busca de lucro normal ao crime de roubo. A *personalidade*, conforme já dito, atrai maior reprovação, porque o réu desafiou as autoridades japonesas ao permanecer depois de vencida a autorização oficial, optando por praticar crimes. Por outro lado, mostrou-se arrependido no Tribunal e manifestou intenção de pedir perdão às vítimas, porém nada há de concreto nesse sentido. Não há elementos para aferir *conduta social e personalidade*. A *vítima* em nada colaborou para a prática do crime.

Nesse quadro comparativo, considero justa na adaptação da pena à realidade brasileira a pena-base acima no mínimo legal sobretudo pelo elevado valor (fração de 1/2), tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou seja, para 3 (três) anos de reclusão.

Na segunda fase, não incide agravante, mas é imperiosa a *atenuante da confissão* (art. 65, III, d, do CP), explicitada pelo Tribunal do Japão (fls. 37) e reconhecida pela legislação brasileira. Logo, a pena será reduzida em 1/3, mas mantida provisoriamente em 2 anos de reclusão por não ser possível reduzi-la abaixo desse patamar agora (Súmula 231 STJ). Não há outras causas agravantes ou atenuantes a considerar.

Na terceira fase, nos termos do art. 157, § 2º, II, do CP, é cabível a causa de *aumento* pelo *concurso* de duas ou mais pessoas, em 1/3, elevando-a para 2 anos e 8 meses. Incide também o *aumento* pela *continuidade* delitiva (art. 71 do CP) entre os dois crimes de furto agora analisados e que compuseram, para a Justiça do Japão, o “Fato n. 2”. A previsão da pena em abstrato para os dois crimes é igual. O aumento será de 1/6. Não havendo outras causas de aumento nem de diminuição, a pena será final de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.

De igual modo ao sublinhado na análise do crime anterior, observo que a Justiça do Japão não estabeleceu multa e desonerou o réu do pagamento de despesas de julgamento, e tal situação, entendo, deverá ser mantida no Brasil.

A pena adaptada definitiva para o crime agora analisado (art. 157, § 2º, II, do CP; Fato n. 2, 1 e 2) é de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.

4.2.c) Fato nº 3. Roubo com a consequência morte – latrocínio na lei brasileira (art. 157, § 3º, segunda parte, do CP, com uma vítima fatal).

O fato ocorreu em 31 de agosto de 2002 numa residência da província de Aichi, às 23h40. O patrimônio subtraído era comum às vítimas.

No Brasil, a conduta está prevista no art. 157 do Código Penal, que, na época dos fatos, tinha a seguinte redação (grifei):

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º - A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

(...)

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

(...) § 3º - Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; *se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.*

No Brasil, o latrocínio é definido como *crime hediondo*, nos termos o art. 1º, II, da Lei nº 8.072/1990.

Com base nas informações da sentença estrangeira, verifico que o réu e mais uma pessoa foram julgados e condenados num mesmo processo, mas se sabe que contaram com a cumplicidade de terceira pessoa (X5) que não integrou o processo de Marco Antonio, segundo se pode verificar no texto remetido a este juízo federal. Portanto, atuaram pelo menos três pessoas no cometimento do crime.

Continuando a análise do crime de latrocínio (*Fato n. 3*), de acordo com a descrição apresentada nas cópias traduzidas da decisão proferida pelo Tribunal japonês, *perto da meia noite*, o réu e outros três invadiram a residência das vítimas, um casal de 65 e 61 anos de idade, respectivamente o marido e a esposa, que naquele momento dormiam; empurraram os corpos, desferiram golpes no peito das duas vítimas, usaram choque elétrico no homem e imobilizaram as vítimas com fitas adesivas em torno do punho, tornozelo e boca, sendo que também enrolaram fita adesiva no nariz do homem, causando-lhe a obstrução das vias aéreas e a *morte por asfixia*, e *subtraíram valores*. Os bens subtraídos pertenciam às duas vítimas diretamente atacadas e a outras duas pessoas que não estariam no local, segundo extraio da sentença.

Assim, na tarefa de *comparar e adequar a pena*, seguindo o comando do art. 59 c.c. o art 68 do CP, a *culpabilidade* de MARCO ANTONIO *supera o normal* para o tipo previsto no § 3º do art. 157 do CP, uma vez que, apesar de o tipo penal já prever grave ameaça e violência,

bem como a redução da capacidade de resistência da vítima, no caso concreto o réu já havia praticado crimes anteriormente, não sendo este o primeiro delito grave. *É necessário acolher a análise da justiça estrangeira que considerou de extrema gravidade a culpabilidade*, o que reflete também o sentimento ético e social da cultura do país da condenação. O sentimento manifestado pelos julgadores estrangeiros *aponta grau de reprovação acima do normal* para o tipo penal.

Cabe reconhecer que a *sentença estrangeira conclui se tratar de culpabilidade muito grave, e ao réu foi aplicada a pena restritiva de liberdade máxima naquele país* (depois dela, a pena aplicável seria a de morte). O Tribunal Japonês atestou que o réu não possui *antecedentes criminais no Japão*. Não há nos autos certidões criminais de *antecedentes* relacionados ao período em que o réu permaneceu no Brasil. Observo que os vários crimes praticados no Japão foram julgados simultaneamente pelo juízo japonês, não sendo possível falar condenações anteriores, mas é certo que a sentença evidenciou a prática de crimes anteriores ao latrocínio. As *circunstâncias* são desfavoráveis, pois superam o normal ao tipo, porquanto os atores invadiram a residência das vítimas perto da meia-noite, durante o descanso noturno, momento de menor vigilância, o que pressupõe a reduzida possibilidade de socorro durante os atos, e as imobilizaram. Quanto às *consequências* e conforme a lei brasileira, o evento morte, o prejuízo emocional ao cônjuge sobrevivente, que também foi amarrado com fitas adesivas, e o prejuízo material, estão insertos no tipo, mas até certo ponto, porque o valor subtraído é elevado, de R\$ 97.280,96 (2.536.000 ienes), exigindo interpretação desfavorável ao réu. O *motivo* foi a busca de lucro normal ao tipo. A *personalidade* atrai maior reprovação, porque além da agressividade em suas ações comprovadas nos autos, desafiou as autoridades japonesas ao permanecer depois de vencida a autorização oficial, optando por praticar vários crimes. Por outro lado, mostrou-se arrependido no Tribunal e manifestou intenção de pedir perdão às vítimas, o que não produziu resultado comprovado. Não há elementos para aferir a *conduta social*. As *vítimas* em nada colaboraram para a ocorrência do crime.

Nesse quadro comparativo, considero justa na adaptação da pena à realidade brasileira a pena-base acima no mínimo legal (fração de 1/2), tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou seja, para 30 (trinta) anos de reclusão.

Na segunda fase, existem *agravantes* a considerar. Nos termos do art. 61, II, do CP, são circunstâncias que *sempre agravam a pena*, quando não constituem ou qualificam o crime: *motivo fútil ou torpe; tortura ou meio insidioso ou cruel; contra “velho”* (redação da época). O CP na época trazia presunção *iuris et de iure* de que velho era quem tivesse 70 anos de idade, entretanto, o STF considerava (menção feita por Julio Fabbrini Mirabete em seu Código Penal Interpretado, Atlas, São Paulo, 1999, pp. 355/356; e também na 7ª ed., 2011, pp. 336), também na época da redação da alínea, que o reconhecimento da agravante da ancianidade dependia da análise do caso concreto. A senectude no presente caso pode ser dada por certa, já que a vítima que veio a falecer no episódio tinha 65 anos de idade e sua esposa, 61 anos, e os réus eram muito mais novos que as vítimas, portanto, em tese mais vigorosos (a decisão menciona que eram fortes e de fato dominaram as vítimas), ocorrendo a disparidade de forças não só por isso, mas também pelo número de agentes (há notícia na fundamentação japonesa de alguma resistência de uma das vítimas, o homem, porém não há descrição de sua conduta, sabendo-se, por fim, que o homem foi plenamente dominado e acabou falecendo). O patrimônio era comum às vítimas, segundo as informações dos autos.

Cabível, nesse contexto, elevar a pena pelas agravantes (1/6 para cada uma delas: motivo fútil, motivo torpe, meio cruel e ancianidade). No tipo penal já estão incluídas as condutas de violência ou grave ameaça à pessoa e a sua redução à impossibilidade de resistência. Porém,

o réu e os outros aplicaram descarga elétrica no homem, enrolaram fita adesiva em torno dos punhos, tornozelos, na boca e no nariz do morador, “entre outras agressões”, causando-lhe a morte por asfixia, na presença da esposa, que também foi imobilizada com fita adesiva, sofreu golpe no peito, isso tudo no interior da casa das vítimas, sem que conste qualquer motivo razoável para tais atos, estando caracterizados *motivo fútil* (ato desproporcional) e *torpe* (certamente o motivo é repugnante no Brasil e notadamente para a sociedade japonesa tal como se conhece no Brasil e é necessário reconhecer o abalo ao sentimento comum japonês) para a morte do homem e as agressões à mulher, e a utilização de *meio insidioso ou cruel* (socos, choque elétrico e asfixia, assemelhando-se a tortura). Além disso, a vítima do latrocínio tinha 65 anos de idade e sua mulher, 61. Ambas as vítimas foram completamente dominadas pelos autores do delito; podem ser consideradas pessoas “velhas” na descrição da época, apesar de terem menos de 70 anos de idade (atualmente a redação prevê expressamente 60 anos de idade no referido art. 61 do CP, mas, antes, não havia menção expressa à idade), cabendo a agravante contra *pessoa idosa*. Incide, contudo, a atenuante da *confissão* (art. 65, III, d, do CP) aqui reconhecida, pois explicitada pelo Tribunal do Japão (fls. 37), na base de 1/3. É possível, em tese, a compensação nessa fase, sopesado, de todo modo, o valor de cada circunstância no caso concreto, que aqui são diferentes, não sendo razoável a compensação pura e simples, pois o peso maior está com as agravantes. Feitos os cálculos, não é possível reduzir a pena abaixo do mínimo nesta fase (Súmula 231 do STJ) nem aumentar acima do máximo. Por consequência, apesar do maior peso para as agravantes, a pena permanece provisoriamente em 30 anos de reclusão. Não vislumbro outras agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, não há causa de aumento ou de diminuição. Não se aplica ao latrocínio a previsão de concurso de pessoas do § 2º, II, art. 157 do CP, razão pena qual, na adequação, a pena será de 30 (trinta) anos de reclusão.

Observe que a Justiça do Japão não estabeleceu multa e desonerou o réu do pagamento de despesas de julgamento, e tal situação, entendo, deve ser mantida no Brasil.

Portanto, adequada a reprimenda à legislação brasileira, dentro da interpretação dada ao fato pela justiça estrangeira, a pena definitiva para o crime em análise (art. 157, § 3º, do Código Penal) é de 30 (trinta) anos de reclusão.

4.3.d) “Fato nº 4”. São dois os crimes descritos no “Fato nº 4” pela Justiça do Japão, conforme segue.

Fato 4, item 1 – furto consumado (art. 155 do Código Penal).

Praticado em 26/10/2002, por volta das 19h20, no distrito de Aichi.

Fato 4, item 2 – a tentativa de furto (art. 155 c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal). Aconteceu em 15/11/2002 na cidade de Owariasahi, província de Aichi.

Quanto ao furto consumado, trata-se de *furto qualificado* pelo concurso de agentes, conduzida praticada pelo réu em concurso com outras duas pessoas, que invadiram a residência de “V6”, no distrito de Aichi, e furtaram dinheiro e dois computadores, tudo no valor estimado de 370.000 ienes. A pena aplicável é passível de aumento por ter o crime sido perpetrado durante o repouso noturno, conforme prevê o Código Penal. A pena prevista para o *furto qualificado* é de 2 a 8 anos e multa (art. 155, § 4º, IV, do CP).

Na tentativa de furto, o réu e outros dois agentes invadiram a residência de “V7”, em Owariasahi, abriram as gavetas da cômoda, mas, enquanto estavam procurando dinheiro e objetos de valor, os moradores voltaram, e os agentes fugiram sem alcançar os seus objetivos, conforme está consignado na documentação. Ficou evidenciado que o crime só não se consu-

mou por circunstâncias alheias à vontade do réu. De acordo com a previsão disposta no art. 14, II, parágrafo único, *pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços*.

Agora, serão analisados o furto de 26/10/2002 e a tentativa de furto de 15/11/2002 reunidos na descrição do Fato n. 4. Nesses dois casos, conforme descreveu a Justiça do Japão, o réu MARCO ANTONIO agiu em concurso de pessoas com outros dois agentes. A condenação se deu pelo crime “mais grave de furto”, no primeiro caso, e pelo crime “mais grave de tentativa de furto” no segundo caso, isso porque as duas condutas foram analisadas em grupos separados e cada qual em concurso com o crime de invasão de domicílio. Este último (invasão de domicílio) foi absorvido pelos demais, como também ocorreria no Brasil.

Tendo em vista que os crimes são da mesma espécie, as duas ações foram praticadas dentro de um lapso temporal de praticamente vinte dias, no mesmo distrito, pelos mesmos agentes criminosos, com modo de atuação semelhante, entendendo cabível reconhecer o *crime continuado* entre eles, nos termos do art. 71 do Código Penal.

Começo pelo furto consumado (Fato n. 4, item 4.1), por ter a pena mais grave entre eles, para depois aplicar a continuidade delitiva pelo crime tentado.

No juízo de adequação da sentença estrangeira à legislação brasileira, na Primeira Fase da dosimetria, à luz do Direito Penal brasileiro, vejo que no furto consumado a *culpabilidade* de MARCO ANTONIO é o normal para o tipo previsto no art. 155, § 4º, IV, do CP. O Tribunal Japonês atestou que o réu não possui *antecedentes* criminais no Japão. Não há nos autos certidões criminais do período em que o réu permaneceu no Brasil. Os vários crimes descritos pela justiça estrangeira foram julgados simultaneamente. As *circunstâncias* também são normais ao tipo. As *consequências*, de acordo com a lei brasileira, afastam-se um pouco do básico do tipo, pois o réu e os comparsas furtaram do interior da propriedade da vítima dinheiro e 2 computadores, no valor total de 370.000 ienes, que, convertidos nesta data em moeda nacional, somaram R\$ 14.100,00 (catorze mil e cem reais). O *motivo* foi a busca de lucro normal ao crime de roubo. A *personalidade* atrai maior reprovação, porque o réu desafiou as autoridades japonesas ao permanecer depois de vencida a autorização oficial, optando por praticar crimes, principalmente depois do latrocínio. Mostrou-se arrependido no Tribunal e manifestou intenção de pedir perdão às vítimas, mas não há notícia de que tenha concretizado tal intenção. Não há elementos para aferir a *conduta social*. A *vítima* em nada colaborou para a prática do crime.

Adaptada à realidade brasileira, a pena ficará acima no mínimo legal (fração de 1/6), tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou seja, para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, não incide *agravante*, mas é imperiosa a *atenuante da confissão* (art. 65, III, d, do CP), explicitada pelo Tribunal do Japão (fls. 37) e reconhecida pela legislação brasileira. Logo, a pena será reduzida em 1/3, mas mantida provisoriamente em 2 anos de reclusão por não ser possível reduzi-la abaixo desse patamar agora (Súmula 231 STJ). Não há outras causas agravantes ou atenuantes a considerar.

Na terceira fase, nos termos do art. 157, § 1º, do CP, é cabível a causa de *aumento* por ter praticado o crime durante o repouso noturno, em 1/3, alçando-a para 2 anos e 8 meses de reclusão. Some-se o aumento pelo crime continuado nos termos do art. 71 do CP. A *continuidade se deu entre o crime consumado e o furto tentado*. Nessas condições, aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Calculado o aumento de 1/6 sobre a pena do crime de furto qualificado, chega-se à pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão.

Conforme já sublinhado, observo que a Justiça do Japão não estabeleceu multa e desonerou o réu do pagamento de despesas de julgamento, e tal situação, entendo, deve ser mantida no Brasil.

A *pena definitiva* para o crime agora analisado (art. 157, § 2º e § 4º, IV, do CP) é de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão.

4.3.e) *Fato nº 5*. Permanência no Japão após ultrapassado o período de permanência autorizado.

A questão da permanência em Estado estrangeiro depois do vencimento da autorização que havia sido anteriormente deferida, mas não renovada, o que ocorreu com MARCO ANTONIO, foi considerado crime no Japão e ao réu foi imposta a pena de trabalhos forçados.

Observo que na época dos fatos (2001/2002) o tema relacionado ao estrangeiro era objeto no Brasil do Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que estabelecia no capítulo dedicado às infrações e penalidades que ao “demorar-se no território nacional após esgotado o prazo legal de estada”, o estrangeiro suportaria *pena de multa*, e, se não saísse do Brasil no prazo fixado, a deportação (art. 125 do Estatuto). A infração sujeita a pena de multa seria apurada por processo administrativo.

Logo, não havia equivalência entre as legislações quanto à permanência no país por estrangeiro depois de vencida a autorização.

4.3.f) *Unificação das penas (concurso material)*.

Os *Fatos 1, 2, 3 e 4* foram praticados em concurso material.

Nos termos do art. 66 da Lei 7.210/1984, Lei de Execução Penal, compete ao juízo da execução decidir sobre a soma ou unificação das penas, progressão ou regressão nos regimes, detração e remição da pena.

Já o art. 111 da Lei de Execução Penal (LEP) estabelece:

Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Estabelece o art. 69 do CP:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.

Diante disso, reconheço o *concurso material* entre os *Fatos de nº 1 a 4* já analisados e passo à *soma das penas* resultantes da condenação em cada fato.

Fato nº 1: 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Fato nº 2: 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.

Fato nº 3: 30 (trinta) anos de reclusão.

Fato nº 4: 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão.

A *pena unificada após a adaptação* será de 41 (quarenta e um) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. O Juízo da condenação isentou o sentenciado do pagamento de multa e despesas processuais.

É necessário reconhecer para o fim da detração penal todo o tempo em que o réu permaneceu preso, conforme o art. 111 da Lei 7.210/1984, e art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Assim, o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação no Brasil ou no estrangeiro será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. Cabe, portanto, englobar todo o período em que o réu permaneceu preso, isto é, calcular desde o dia da prisão.

Desde a data da prisão no Japão, em 27/11/2002, até 16/01/2020 já se passaram 6.259 (seis mil e duzentos e cinquenta e nove dias) ou 17 anos, 01 mês e 18 dias, tempo que deverá ser subtraído da pena total (41 anos, 06 meses e 20 dias). Resta ao sentenciado cumprir 24 (vinte e quatro) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, já considerada a detração dos dias de prisão antecedentes ao trânsito em julgado, ou seja, desde a data da prisão (de todo modo, no cálculo deverá prevalecer o sistema de cálculo do SEEU).

Calha salientar que o Código Penal Brasileiro estabelece o limite das penas a serem cumpridas no Brasil:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Por sua vez, o *regime inicial* de cumprimento da pena é o *fechado*.

5) - *Realizado o juízo de adequação*, diante dos dados apresentados, não antevejo manifesta ofensa aos direitos e garantias do réu, à coisa julgada ou à ordem pública, ressalvada a necessidade das adequações já mencionadas, e admito a execução da pena no Brasil.

6) - *Ante o exposto, declaro válida e passível de execução no Brasil a sentença proferida pela Justiça do Japão*, que condenou o brasileiro MARCO ANTONIO CARDOSO KANSO, qualificado nos autos, com as *adaptações realizadas em juízo de adequação da sentença estrangeira à legislação brasileira e a uma duração exequível no Brasil, e, sobretudo, à Constituição Federal*, conforme previsto nos arts. 288 e 289 do Decreto 9.199/2017 e nos termos do art. 105, §1º, da Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), e art. 10, item 4, do *Tratado Entre a República Federativa do Brasil e o Japão Sobre a Transferência de Pessoas Condenadas*, promulgado pelo Decreto n.8.718, de 25 de abril de 2016.

A pena total unificada após a adaptação é de 41 (quarenta e um) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, da qual será deduzido o tempo já cumprido, nos termos da fundamentação, devendo ser observado também na execução o disposto no art. 75 do Código Penal e o teor da Súmula 715 do STF. O Juízo da condenação isentou o sentenciado do pagamento de multa e despesas processuais, decisão aqui resguardada.

Resumo da pena adaptada e unificada:

Data da prisão no Japão: 27/11/2002.

Data do trânsito em julgado da condenação: 28/07/2005.

Data de início da pena após o trânsito: 28/07/2005

Pena adaptada à legislação brasileira: 41 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão.

Tempo de pena já cumprido desde a data da prisão até agora: 17 anos, 01 mês e 18 dias (cálculo até 16/01/2020).

Restante da pena a cumprir: *24 (vinte e quatro) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias* (cálculo até 16/01/2020, já computada a detração).

Com a chegada do reeducando ao Brasil (Araraquara/SP), prossiga-se imediatamente a execução da pena.

Como a vinda do sentenciado se dará em data futura, dependente da operacionalização de sua transferência para o Brasil, neste momento deixo de fixar data para a audiência de custódia.

O reeducando deverá ser apresentado a este Juízo Federal tão logo seja recebido pelo estabelecimento prisional, nos termos do art. 13 da Resolução nº 213 de 15/12/2015 do CNJ, para *audiência de custódia*, que será designada tão logo o sentenciado chegue ao presídio em Araraquara/SP.

Não obstante esta decisão possa ser submetida ao crivo das instâncias superiores, AUTORIZO CAUTELARMENTE a vinda do preso para o Brasil e seu ingresso no sistema penitenciário.

Oficie-se à administração penitenciária: a) informando de que a sentença estrangeira que condenou Marco Antonio Cardoso Kanso foi homologada e terá sua execução iniciada em Araraquara/SP; b) para que informe imediatamente este juízo federal sobre o ingresso do sentenciado a fim de que seja realizada *audiência de custódia neste juízo federal*, em data a ser designada quando da chegada do reeducando.

Dê-se ciência ao Ministério da Justiça – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), Coordenadoria de Extradicação e Transferência de Pessoas Condenadas, por meio da AGU, que deverá ser intimada, de que: a) este Juízo Federal declarou *válida e passível de execução no Brasil* a sentença proferida pela Justiça do Japão, que condenou o brasileiro MARCO ANTONIO CARDOSO KANSO, acolhendo-a, mas adaptando-a a uma duração exequível no Brasil e à legislação brasileira, sobretudo à Constituição Federal, e de que a pena total equivalente é de 41 (quarenta e um) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicial fechado e que, realizada a detração penal, resta ao sentenciado cumprir pena de 24 (vinte e quatro) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão (cálculo até 16/01/2020) em regime inicial *fechado*; e b) a vinda do sentenciado está autorizada cautelarmente.

Eventual progressão do regime de cumprimento de pena ou outras características da reprimenda corporal serão analisadas oportunamente, observado o contraditório e a ampla defesa, à luz da legislação aplicável à época dos fatos, das anotações sobre o comportamento do preso no exterior e demais elementos subjetivos, tendo em vista, também, que um dos delitos está enquadrado na lei dos crimes hediondos.

Após realizada a audiência de custódia, expeça-se guia definitiva para execução da pena.

Se restar confirmado que o sentenciado cumprirá pena restritiva de liberdade em estabelecimento prisional estadual, remetam-se os autos da execução penal para a Justiça Estadual, nos termos da Súmula 192 – STJ: Compete ao juízo das execuções penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela justiça federal, militar ou eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.

Intimem-se. Providencie a Secretaria o necessário. Cumpra-se.

Juíza Federal CARLA ABRANTKOSKI RISTER

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
5000823-90.2021.4.03.6123

Autora: CARVALHEIRA INDÚSTRIA DE PAPÉIS LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Juiz Federal: FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO
Disponibilização da Sentença: DJEN 02/05/2022

SENTENÇA

Vistos *em sentença*.

A autora ajuizou a presente ação em face da *UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)* postulando tutela declaratória que lhe assegure o direito aos créditos de IPI decorrentes da aquisição do bem “feltro”, utilizado no processo de fabricação de papel, seu objeto social.

Alega que tal direito já foi reconhecido no bojo de ação judicial que tramitou perante a Justiça Estadual, a envolver o ICMS.

Anexou cópia integral da aludida ação judicial.

Indeferida a tutela de urgência requerida (id nº 48046716).

Opostos embargos declaratórios pela autora (id nº 48482180).

Apresentada contestação pela ré (id nº 53267260), na qual alegou preliminar de falta de interesse de agir e rechaçou a utilização da prova pericial produzida no bojo da ação judicial que tramitou perante a Justiça Estadual como prova emprestada. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

Manifestação da ré sem provas a produzir (id nº 53733642).

Apresentada réplica pela autora (id nº 55012187).

É o relatório. *Fundamento e decido*.

Rechaço a preliminar de mérito de falta de interesse de agir apresentada pela ré, pois, a jurisprudência de há muito possui entendimento pacífico no sentido da desnecessidade de apresentação de prévio requerimento administrativo em matéria tributária, forte na garantia da inafastabilidade da Jurisdição, conforme artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Ademais, a ré impugnou o próprio mérito da pretensão apresentada pela autora, pelo que resta prejudicada a preliminar trazida.

Também rechaço a impugnação trazida pela ré em sua contestação, no sentido de não se utilizar a prova pericial produzida na ação que tramitou perante a Justiça Estadual como prova emprestada.

Em primeiro lugar, porque não há qualquer óbice a tal no artigo 372, do Código de Processo Civil.

Em segundo lugar porque, em comportamento absolutamente contraditório, impugnou a prova pericial produzida, mas a utilizou como argumento para a improcedência da ação, ao salientar que o feltro adquirido pela autora não integra o produto final produzido (papel), tampouco é imediatamente absorvido ou inutilizado em decorrência do processo de produção.

Passo ao julgamento de mérito da ação.

Busca a autora o reconhecimento do bem “feltro”, utilizado no processo de industrialização da celulose para a obtenção do produto final “papel”, como “produto intermediário”, de modo a poder creditar-se do valor do IPI pago na aquisição, para efeitos de operacionalização da regra da não cumulatividade do IPI, consagrada no artigo 153, §3º, inc. II, da Constituição Federal (“será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”).

Para a operacionalização da regra da não cumulatividade, o Constituinte Originário optou pelo regime de creditamento, pelo que uma série de Atos Normativos devem ser editados para cumprimento do comando constitucional.

Assim é que, no tocante ao IPI, vige robusto Decreto editado, dentre outras coisas, para disciplinar a questão – sempre tormentosa – do direito ao crédito de IPI, seus limites, alcance e contornos.

Trata-se do Decreto nº 7.212/2010, que assim prescreve na parte que interessa ao deslinde da presente controvérsia:

Art. 226. Os estabelecimentos industriais e os que lhes são equiparados poderão creditar-se (Lei nº 4.502, de 1964, art. 25):

I - do imposto relativo a matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, *incluindo-se, entre as matérias-primas e os produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização*, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente;
(...)

Observe-se que o direito ao creditamento do valor pago a título de IPI incidente sobre os “produtos intermediários” adquiridos para “emprego na industrialização de produtos tributados” é expresso e cristalino, garantido pela aludida disposição normativa.

Mas foi-se além, fazendo-se questão de acrescentar e deixar explícito que *tal direito também inclui as matérias primas e produtos intermediários* que, “embora não se integrando ao novo produto, *forem consumidos no processo de industrialização*”.

O cerne da controvérsia posta no feito reside em saber se, para o reconhecimento do direito aos créditos de IPI, tais produtos intermediários devem ser consumidos de forma imediata no processo de industrialização, como pretende o fisco federal, ou se podem durar, mesmo que um curto intervalo de tempo, como pretende a autora.

Parece-me claro que o *intuito do legislador foi o de estender o direito ao crédito da forma mais ampla possível, exatamente para dar o máximo de concretude à garantia constitucional da não cumulatividade*.

Não se está aqui a tratar de benesse estatal, mas de efetivação de garantia constitucional.

Assim, em primeiro lugar não se aplica a regra do artigo 150, §6º, da Constituição Federal, que exige lei específica para a criação de benefícios fiscais.

E, em segundo lugar, não se aplica a regra do artigo 111, do Código Tributário Nacional, que cuida da necessária interpretação literal e estreita das regras legais que concedem benefícios fiscais aos contribuintes.

Assim, para o efetivo e integral cumprimento do mandamento constitucional que assegura o regime de não cumulatividade ao IPI, há que se garantir o direito de crédito referente

a todas as matérias primas e produtos intermediários utilizados no processo fabril, desde que não possam ser reutilizados após o processo de industrialização.

Irrelevante, assim, a meu ver, se o consumo do produto intermediário se dá de forma instantânea ou não, até mesmo porque, de certa forma, exigir-se tal seria o mesmo que se exigir que tal produto fosse incorporado ao produto final, confundindo-se situações diversas, tratadas de forma distinta pelo Agente Normatizador.

Aliás, é argumento relevante mencionar que, sob o advento do RIPI anterior (Decreto nº 70.162/1972), seu então vigente artigo 32, inciso I, limita o alcance do direito ao creditamento, a abarcar unicamente, de forma expressa, “entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando no novo produto, *forem consumidos, imediata e integralmente*, no processo de industrialização”.

Porém, sob o advento do novel e atualmente vigente RIPI (Decreto nº 7.212/2010), não se reproduz a regra clara e nitidamente limitadora, o que evidencia a nítida intenção do Agente Normatizador de dar integral concretude à garantia da não cumulatividade, plasmada constitucionalmente, estendendo o direito de creditamento também às matérias primas e produtos intermediários consumidos no processo de industrialização, mesmo que não o sejam de forma imediata e integral.

Assim é que, em vista de todo o exposto, reconheço o direito da autora ao creditamento dos valores pagos, a título de IPI, incidentes sobre o bem “feltro” adquirido como produto intermediário, utilizado no processo de industrialização da celulose para a produção do produto final “papel”.

Não obstante, rechaço o pleito formulado pelo contribuinte, de utilização dos créditos de IPI apurados como créditos passíveis de ampla compensação tributária.

Isso porque deve ser observado todo o regramento contido no RIPI disciplinador da forma de apuração de tais créditos e de sua utilização, disciplina esta mais restrita do que aquela geral, fixada no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996.

Assim, a apuração e utilização de tais créditos de IPI deverão seguir a disciplina, exigências e procedimentos fixados no RIPI, ressalvada a possibilidade residual de utilização da compensação geral, porém, dentro das hipóteses e casos fixados pelos artigos 256 a 258, do RIPI.

DISPOSITIVO:

Pelas razões expostas, *JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO*, com resolução de mérito do processo nos moldes do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para *declarar* o direito da autora ao creditamento escritural do IPI recolhido incidente sobre o bem “feltro”, adquirido como produto intermediário utilizado no processo de fabricação de papel.

A forma de apuração, escrituração e utilização de tais créditos deverá observar o regramento contido no RIPI (Decreto nº 7.212/2010), inclusive no tocante à aplicação apenas subsidiária e limitada do regramento geral que cuida da compensação dos créditos tributários, conforme artigos 256 a 258, do RIPI.

Por ter decaído de parte mínima dos pedidos formulados, condeno a ré em honorários de sucumbência, fixados em 10% (dez por cento) incidente sobre o valor da condenação (artigo 85, §3º, inciso I, do CPC).

Custas e despesas processuais nos termos da lei.

Não comprovada a urgência da medida postulada, e ausente jurisprudência consolidada em torno do assunto, mantenho o indeferimento da tutela postulada.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Sentença registrada eletronicamente.

Bragança Paulista, data da assinatura eletrônica.

Juiz Federal FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5001008-07.2021.4.03.6131

Autora: EMPRESA CINEMATOGRAFICA ARAUJO LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DJEN 11/03/2022

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum, que tem por objetivo concretizar a desistência de plano de parcelamento fiscal a que atualmente se encontra agregada a postulante, para adesão a outro, dito mais vantajoso. Sustenta a inicial, em suma, que a ora promovente requereu e viu indeferida sua pretensão de rescisão dos parcelamentos a que estava agregada para que pudessem os mesmos ser incluídos no *PERSE*, instituído pela *Lei n. 14.148/21*. Sustenta que a autoridade fazendária interditou a pretensão da contribuinte ao singelo argumento de que as leis de parcelamentos estabelecem hipóteses de rescisão relacionadas, em regra, à inadimplência do devedor, inclusive falhas e atrasos reiterados no pagamento das prestações. Logo, não há hipótese de rescisão por solicitação do devedor, qualquer que seja seu intuito inclusive incluir o débito em transação tributária. Que esta posição não pode prevalecer pois implica, entre outras ilegalidades, tratamento tributário mais vantajoso para o inadimplente do que para o adimplemento, o que não pode ser acatado pelo Direito. Juntou documentos.

Medida liminar deferida parcialmente, de acordo com a decisão que está registrada sob o id n. 160378754.

Citada, a ré contesta o pedido inicial (id n. 171686448), ao argumento, em suma, de que é inviável a adesão da autora ao parcelamento aqui em análise, na medida em que o débito ora em causa não se encontra inscrito em Dívida Ativa da União, e nem poderia tê-lo sido até a data máxima prevista na *Portaria PGFN n. 7.917/21*. Que as *Leis n. 14.148/21* e *n. 13.988/20* possibilitam aos devedores de créditos inscritos em Dívida Ativa da União, nas condições, critérios e prazos especificados, a realização de transação, bem como viabilizam à Fazenda Nacional maior efetividade na recuperação dos créditos inscritos em Dívida Ativa da União, segundo o interesse da coletividade, e não de nenhum contribuinte em particular. Pugna pela improcedência.

Réplica registrada sob o id n. 242886528.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades e/ ou irregularidades a suprir ou sanar. Em se tratando de lide que revolve tema exclusivamente de direito, desnecessária a confecção de quaisquer outras provas, que não as documentais que já constam dos autos. Passo ao julgamento na forma do *art. 355, I do CPC*.

A ação prospera, ao menos em parte.

Está em discussão, no âmbito do presente processo, a decisão que constou do despacho do Ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal em Bauru/SP, que, apreciando requerimento da contribuinte autora, indeferiu o requerimento para que fossem rescindidos os parcelamentos a que, estava agregada para que pudessem os mesmos ser incluídos no PERSE, instituído pela *Lei n. 14.148/21*, o que foi feito nos seguintes termos, conforme documentação acostada sob o id n. 159981023 – pp. 21-22, *verbis*:

“Ocorre que as leis de parcelamentos estabelecem hipóteses de rescisão relacionadas, em regra, à inadimplência do devedor, inclusive falhas e atrasos reiterados no pagamento das prestações. Logo, não há hipótese de rescisão por solicitação do devedor, qualquer que seja seu intuito inclusive incluir o débito em transação tributária.

Diante do exposto, considerando que os parcelamentos não incidiram em hipótese de rescisão e que a única possibilidade de desistência dos parcelamentos da *Lei nº 10.522/2002* é para a realização de reparcelamento, condicionado ao recolhimento prévio do pedágio previsto em seu art. 14-A, proponho o indeferimento do pedido de desistência dos parcelamentos por falta de previsão legal” (g.n.).

Estas as circunstâncias, mostra-se irrazoável a posição externada pela Administração Tributária no que reconhece que, em hipóteses de inadimplemento ou falta reiterada de pagamento das obrigações assumidas no plano de recuperação fiscal, o parcelamento possa ser rescindido pelo sujeito passivo, mas não nas hipóteses em que, adimplente perante o programa, não possa dele desistir para inserir o débito em outro, que lhe seja mais vantajoso.

Se a legislação de regência permite a rescisão do favor fiscal em face de contribuintes inadimplentes ou faltosos com o programa, não há a mínima razão para que não o faça em relação àqueles que se mostram tempestivos e adimplentes. Sob pena de, em não sendo assim, dispensar tratamento mais favorável ao contribuinte moroso ou relapso no cumprimento de suas obrigações fiscais. Ou, o que se mostra ainda mais histriônico e aberrante, sugerir ao contribuinte pontual que – para conseguir o que quer – entre em estado de inadimplência fiscal.

Neste ponto, nem será necessário aviar grandes encômios argumentativos para concluir que não deve existir hipótese absolutamente nenhuma na qual o contribuinte adimplente fique privado de acessar algum benefício ou vantagem que tenha sido destinada ao inadimplente, sob pena de se admitir a total subversão do sistema tributário.

E tanto esta conclusão é verdadeira que, *e.g.*, a própria legislação, regra geral, trata mesmo a matéria desta forma, deferindo, em casos de parcelamento ou moratória, o abatimento parcial ou integral nos acréscimos legais incidentes sobre o débito (*v.g.*, multas de mora, de ofício, juros moratórios e demais encargos), de forma inversamente proporcional ao prazo de quitação da dívida, isto é, quanto menor o prazo de pagamento, maior o percentual de redução concedido. Nesse sentido, já se pronunciou o *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*:

“- A *Lei 11.941/2009*, em seu art. 1º, § 3º, previu duas modalidades de regularização de pendências fiscais oriundas de débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como de débitos para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: pagamento à vista e parcelamento específico. *Em ambas, foi deferido abatimento parcial ou integral nos acréscimos legais como multas de mora ou de ofício, juros moratórios e encargos do Decreto-*

-Lei 1.025/1969, de maneira inversamente proporcional ao prazo de quitação da dívida, isto é, quanto menor o prazo de pagamento, maior o percentual de redução concedido” (g.n.).
[APELAÇÃO CÍVEL – ApCiv 0002393-50.2007.4.03.6104; TRF3 - 2ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 17/11/2020].

Em outras palavras: não há como reconhecer que o sistema jurídico tributário abra, em favor do contribuinte inadimplente, opções ou possibilidades de saldar o crédito que não sejam extensíveis – *no mínimo em igualdade de condições* – ao contribuinte adimplente.

Nesse ponto, é de se anotar que a contestação procura refutar essa tese sob o arrefresado argumento de que, *in casu*, não seria possível a migração pretendida pela contribuinte ao parcelamento por ela pretendido, porque não atendido o requisito temporal de inscrição do débito em dívida ativa até uma determinada data (em especial àquela estabelecida pela *Portaria PGFN n. 7.917/21*).

Pois é justamente à *desnecessidade de inscrição do débito em dívida ativa*, ou mesmo à *qualquer caracterização do contribuinte em estado de inadimplência*, que se dirige a motivação da presente decisão, no que reside exatamente na possibilidade de estender o favor fiscal àquele que *não está em mora*, a motivação racional da pretensão que ora se encaminha. *Dizendo o mesmo por outras palavras*, é de se consignar que pouco importa a inobservância de datas máximas para inscrição em dívida ativa do débito a ser parcelado, porque, para os efeitos do fundamento adotado pela discussão que anima a lide, sequer estado de mora precisa estar presente para que o contribuinte possa exercer essa opção.

Por óbvio, não se está a dizer, com isso, que a adesão de contribuinte a plano de parcelamento se constitua em direito subjetivo do contribuinte, oponível ao Fisco, mas também não é menos certa a consideração de que, uma vez preenchidos os requisitos legais, o contribuinte adimplente não possa ter estendidos a ele os mesmos benefícios e possibilidades que o são aos contribuintes inadimplentes, sob pena, inclusive, de assalto, aos *princípios constitucionais implícitos* da razoabilidade, proporcionalidade, equidade e boa-fé. Isto para não falar da afronta aos *princípios constitucionais expressos* da moralidade, impessoalidade (*art. 37, caput, da CF*), e isonomia substancial perante a lei (*art. 5º, CF*), que sempre devem pautar a atuação de qualquer agente público em geral, e – como não poderia deixar de ser – da autoridade tributária no particular. *Notadamente quando*, como no caso, o contribuinte manifesta o inequívoco intento de pagar a obrigação a seu cargo, tanto que, em pretendendo a sua migração de uma modalidade de parcelamento para outra, demonstra não se encontrar inadimplente em relação a qualquer delas.

Em caso análogo já decidiu o *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, que, em atenção aos citados *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade* convalidou a reinclusão de contribuinte em plano de parcelamento fiscal, excluída em decorrência de descumprimento de obrigação de natureza meramente formal. Extraio excerto da ementa do julgado:

“Em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a reinclusão do impetrante no parcelamento da Lei nº 12.996/2014, deve ser tida como correta, a uma porque se demonstrou inequívoca sua intenção de prosseguir no parcelamento, tanto que continuou a efetuar os pagamentos das parcelas, a duas porque se deve levar em conta as consequências da exclusão para a impetrante por mero descumprimento de obrigação formal” (g.n.).
[APELAÇÃO CÍVEL – SIGLA_CLASSE: ApCiv 5000033-24.2016.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, TRF3 - 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/01/2021].

É, *mutatis mutandis*, o caso dos autos, na medida em que não vejo como se possa coartar o acesso de *contribuinte adimplente* a programa de parcelamento oficial para o qual manifesta interesse, sendo que, *para a situação de inadimplência*, o favor legal está disponível, uma vez observados os demais requisitos legais.

Nesses termos, força é concluir que o argumento aduzido com a inicial da demanda ostenta foros de indiscutível juridicidade, no que, se a própria autoridade fazendária admite, com base no *art. 14-A da Lei n. 10.522/02*, desistência do favor fiscal para fins de reparcelamento, nas hipóteses de ausência ou mora na efetivação do pagamento das parcelas referentes ao programa de parcelamento, é porque também aceita – *implícita, mas necessariamente* – a possibilidade de que isto ocorra também nas hipóteses de adimplemento pontual das obrigações assumidas no parcelamento. Em razão disso, é de se concluir que o requerimento da contribuinte promovente não poderia ter sido indeferido por esta razão.

Por outro lado, a postulante comprova – afora pela inscrição do débito em Dívida Ativa da União nos prazos atinentes – a observância aos demais requisitos legais relacionados na legislação de regência, os quais, ou são expressamente reconhecidos pela requerida (como o fato, *p. ex.*, de se tratar de empresas ativada no segmento de eventos) ou não estão por ela especificamente infirmados na contestação apresentada, incidindo, portanto, quanto a esses pontos (*v.g.*, natureza dos créditos envolvidos, interesse na adesão ao programa de parcelamento), em preclusão (*art. 341 do CPC*).

Cabível, portanto, o acatamento da pretensão da contribuinte, para determinar à requerida que efetue a migração, ainda que manualmente, dos débitos ao PERSE, nas condições previstas na *Lei n. 14.148/21*, independente da inscrição dos débitos em Dívida Ativa da União – DAU, ou da observância de quaisquer dos prazos a tanto atinentes.

Anote-se, por fim, que, para essa finalidade – migração automática dos débitos à nova modalidade de parcelamento – a liminar anteriormente deferida parcialmente deve ser, nesta oportunidade, revista para ampliar os seus efeitos para o fim de determinar o reparcelamento incontinenti dos créditos aqui mencionados, uma vez que atendidos os requisitos legais a tanto atinentes.

Prospera o pedido inicial.

DISPOSITIVO

Do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC. Condene a ré em obrigação de fazer consistente em, afastada a impossibilidade declarada na decisão administrativa aqui em evidência (id n. 159981023 – pp. 21-22), bem assim seus desdobramentos (v.g., ausência de inscrição em dívida ativa, extrapolção do prazo para tanto, etc.), efetuar a migração dos débitos da requerente ao PERSE, nas condições previstas na Lei n. 14.148/21, independente da inscrição dos débitos em Dívida Ativa da União – DAU, ou da observância de quaisquer dos prazos a tanto atinentes.

Decreto a ampliação dos efeitos da medida liminar parcial anteriormente concedida (id n. id n. 160378754), para a finalidade de determinar à requerida que efetue, ainda que manualmente, o reparcelamento dos créditos aqui mencionados junto ao PERSE, no prazo máximo de 30 dias úteis, a contar da data da intimação da presente decisão. Para a hipótese de descumprimento, cumprimento moroso, retardatário ou imperfeito das obrigações impostas por meio da presente decisão, estabeleço multa ao patamar inicial de R\$ 1.000,00 por dia de atraso, podendo ser revista em caso de renitência ou recalcitrância, corrigida no momento do pagamento, sem prejuízo de, em sendo necessário, se adotem outras medidas necessárias à satisfação ou implementação do resultado prático da tutela específica que ora se defere.

Arca a ré, vencida, com o reembolso das custas e despesas processuais e mais honorários de advogado que, com base no que dispõe o *art. 85, §§ 2º e 3º do CPC*, estabeleço em 10% sobre o valor atualizado da causa à data da efetiva liquidação do débito.

P.I.

BOTUCATU, 9 de março de 2022.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- Vide CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULA Nº 38

Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário.

- Vide CCCiv nº 5011468-50.2020.4.03.0000, publicado na RTRF3R 147/99.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUÍZAS- DOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se

refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de 1/2 salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a 1/2 salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)